

## TEMA CENTRAL

# Transformación de los derechos de los acreedores: doctrina y jurisprudencia

## Transformation of Creditor Rights: Doctrine and Jurisprudence

UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, Sede Ecuador  
Área de Derecho

CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL

ISSN 1390-2466 e-ISSN 2631-2484

Julio-diciembre 2025 • Número 44

*Foro: Revista de Derecho* es una publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y la Corporación Editora Nacional, que se edita bajo la responsabilidad del Área de Derecho, creada para cumplir con el rol institucional de promoción y desarrollo del conocimiento, cuya dinámica nos exige respuestas innovadoras a las complejas situaciones que se producen cotidianamente. *Foro* recoge trabajos de alto nivel que enfocan problemas jurídicos en los ámbitos nacional, regional e internacional resultantes de los procesos de análisis, reflexión y producción crítica que desarrollan profesores, estudiantes y colaboradores nacionales y extranjeros.

**DIRECTOR:** Dr. César Montaña Galarza, UASB-E (Ecuador).

**EDITORA:** Dra. Claudia Storini, UASB-E (Ecuador).

**EDITORA ADJUNTA:** Dra. María Augusta León, UASB-E (Ecuador).

**EDITOR TEMÁTICO:** Dr. Juan Carlos Mejía Mediavilla, UASB-E (Ecuador).

**COMITÉ EDITORIAL:** Dra. Roxana Arroyo (Instituto de Altos Estudios Nacionales. Ecuador), Dra. Lilian Balmant (Universidade Federal do Rio de Janeiro. Brasil), Dr. Santiago Basabe (Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Ecuador), Dra. Liliana Estupiñán (Universidad Libre de Colombia. Colombia), Dr. Rafael Lara (Universidad Pública de Navarra. España), Dr. Germán Pardo Carrero (Universidad de Rosario. Colombia), Dr. Fernando Serrano Antón (Universidad Complutense de Madrid. España), Dra. Elisa Sierra (Universidad Pública de Navarra. España).

**COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL:** Dr. Víctor Abramovich (Universidad de Buenos Aires. Argentina), Dr. Alberto Bovino (Universidad de Buenos Aires. Argentina), Dr. Antonio de Cabo de la Vega (Universidad Complutense de Madrid. España), Dr. Miguel Carbonell (Universidad Nacional Autónoma de México. México), Dra. Silvia Bagni (Universidad de Bolonia. Italia), Dr. Andrés Gil Domínguez (Universidad de Buenos Aires. Argentina), Dra. Aimeé Figueroa Neri (Universidad de Guadalajara. México), Dr. Rodrigo Uprimny (Universidad Nacional de Colombia. Colombia), Dr. Alberto Zelada (Universidad Andina Simón Bolívar, La Paz. Bolivia), Dr. Francisco Zúñiga (Universidad de Chile. Chile), Dra. María Cristina Gómez (Universidad de Antioquia. Colombia).

**ASISTENTES ACADÉMICOS-EDITORIALES:** Dr. Fausto Quizhpe Gualán y Esp. Sebastián Páliz Larrea.

**DIAGRAMACIÓN Y SUPERVISIÓN EDITORIAL:** Jorge Ortega. **CORRECCIÓN:** Grace Sigüenza. **CUBIERTA: DISEÑO,** Raúl Yépez, **ARTE,** Edwin Navarrete. **IMPRESIÓN:** Marka Digital, Av. 12 de Octubre N21-247 y Carrión, Quito.



**CORPORACIÓN  
EDITORIA NACIONAL**



**UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR**  
Ecuador

*Foro* es una publicación gestionada por su comité editorial que circula semestralmente desde noviembre de 2003. Para la selección de ensayos se utiliza el sistema de doble ciego (*peer review*). Las ideas emitidas en los artículos son de responsabilidad de sus autores. Se permite la reproducción si se cita la fuente.

*Foro* es parte de las siguientes bases de datos: *Aura*, *Catálogo 2.0 de Latindex*, *Dialnet*, *DOAJ*, *ERIH PLUS*, *LatinREV* (*Red Latinoamericana de Revistas*), *Redalyc*, *REDIB*, *SciELO Ecuador*, *Scopus*, entre otros.

## Contenido

### Editorial

*Juan Carlos Mejía Mediavilla*

3

### TEMA CENTRAL

#### **TRANSFORMACIÓN DE LOS DERECHOS DE LOS ACREEDORES: DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA**

La “terminación” del contrato por causas intrínsecas y extrínsecas.

¿Un régimen unitario o diferenciado de efectos?

*Rodrigo Momberg Uribe y Gonzalo Severin Fuster*

9

Cuantificación contractual de daños y perjuicios. ¿Existen límites en el Ecuador?

*Iván Leandro Plascencia Morales*

29

La paradoja de la causalidad: ¿quién paga por el daño en un mar de responsables?

*Nicolás Camilo Maldonado Garcés y Mateo Antonio Sánchez Villacís*

47

Mitigación del daño ante el incumplimiento contractual:

fundamento y posible alcance en Ecuador

*Doménica Lisseth Ayala López*

65

### SECCIÓN ABIERTA

Más allá de la recaudación: los límites de la extrafiscalidad

*Maryuri Elizabeth Celi Masache, Verónica Vanessa Ajila Castillo*

y *Johana Cristina Sarmiento Vélez*

85

Juridicidad y silencio administrativo negativo: Contraloría General del Estado

*Antonella Stefania Gil Betancourt*

105

La selva habitada: aproximaciones a la comunidad Tikuna en clave de justicia restaurativa

*Marcela Gutiérrez Quevedo*

125

Deber de reparación integral y femicidio en Ecuador:

análisis de la respuesta estatal (2014-2021)

*Marcella Da Fonte Carvalho y Viviane Monteiro*

147

The influence of cloud computing services in GATS' enforcement

*Eugenia Patricia Novoa Zubiria*

171

### RECENSIONES

Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo, *LA TRIBUTACIÓN MEDIOAMBIENTAL*

*Y EL PRINCIPIO DE QUIEN CONTAMINA PAGA, por Christian Altamirano*

191

Andrea Galindo Lozano, *RITUAL Y DERECHO EN EL TINKU (PELEAS RITUALES)*,

*por José Luis Sánchez Vallejo*

193

Colaboradores

195

Normas para colaboradores

197

## Content

|                                     |   |
|-------------------------------------|---|
| Preface                             |   |
| <i>Juan Carlos Mejía Mediavilla</i> | 5 |

### CENTRAL THEME

#### TRANSFORMATION OF CREDITOR RIGHTS: DOCTRINE AND JURISPRUDENCE

|                                                                                                                                                                                       |    |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|----|
| The “Termination” of the Contract due to Intrinsic and Extrinsic causes.<br>A Unitary or Differentiated Regime of Effects?<br><i>Rodrigo Momberg Uribe and Gonzalo Severin Fuster</i> | 9  |
| Contractual Quantification of Damages. Are there Limits in Ecuador?<br><i>Iván Leandro Plascencia Morales</i>                                                                         | 29 |
| The Paradox of Causality: Who pays for the Damage in a Sea of Responsible Parties?<br><i>Nicolás Camilo Maldonado Garcés and Mateo Antonio Sánchez Villacís</i>                       | 47 |
| Mitigation of Damage in Contract Breach: Basis and Potential Scope in Ecuador<br><i>Doménica Lisseth Ayala López</i>                                                                  | 65 |

### OPEN SECTION

|                                                                                                                                                                        |     |
|------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Beyond Tax Collection: The Limits of Extra-Fiscality<br><i>Maryuri Elizabeth Celi Masache, Verónica Vanessa Ajila Castillo<br/>and Johana Cristina Sarmiento Vélez</i> | 85  |
| Legality and Negative Administrative Silence: General Comptroller’s Office<br><i>Antonella Stefania Gil Betancourt</i>                                                 | 105 |
| The Inhabited Jungle: Approaches to the Tikuna Community through Restorative Justice<br><i>Marcela Gutiérrez Quevedo</i>                                               | 125 |
| Duty of Full Reparation and Femicide in Ecuador:<br>Analysis of the State Response (2014-2021)<br><i>Marcella Da Fonte Carvalho and Viviane Monteiro</i>               | 147 |
| The Influence of Cloud Computing Services in GATS’ Enforcement<br><i>Eugenia Patricia Novoa Zubiria</i>                                                                | 171 |

### REVIEWS

|                                                                                                                                                   |     |
|---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------|-----|
| Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo, <i>LA TRIBUTACIÓN MEDIOAMBIENTAL<br/>Y EL PRINCIPIO DE QUIEN CONTAMINA PAGA</i> , by <i>Christian Altamirano</i> | 191 |
| Andrea Galindo Lozano, <i>RITUAL Y DERECHO EN EL TINKU (PELEAS RITUALES)</i> ,<br>by <i>José Luis Sánchez Vallejo</i>                             | 193 |
| Collaborators                                                                                                                                     | 195 |
| Rules for collaborators                                                                                                                           | 197 |

## Editorial

La transformación de los derechos del acreedor no es un fenómeno aislado ni exclusivo de una jurisdicción en particular. En un mundo donde las relaciones comerciales y contractuales evolucionan constantemente, el papel del acreedor se reconfigura en función de nuevas exigencias económicas, tecnológicas y jurídicas. El presente número de la revista *Foro* aborda estas transformaciones desde una perspectiva multidimensional, analizando la incidencia de principios como la autonomía de la voluntad, la reparación integral y la distribución del riesgo en los mecanismos de protección del acreedor.

En esta edición, diversos artículos abordan la problemática desde múltiples ángulos. En primer lugar, Rodrigo Momberg Uribe y Gonzalo Severin Fuster exploran la terminación del contrato por causas intrínsecas y extrínsecas, cuestionando si es viable mantener un régimen unitario de efectos o si la diferenciación responde mejor a los intereses de las partes y la coherencia del ordenamiento jurídico. Su análisis comparativo entre el Código de Bello y los Principios UNIDROIT permite visualizar cómo diferentes modelos normativos configuran los efectos de la ineficacia contractual, con consecuencias directas para los derechos del acreedor.

En una línea complementaria, Iván Leandro Plascencia Morales examina la cuantificación contractual de daños y perjuicios en Ecuador, destacando la incertidumbre normativa respecto de los límites que pueden imponerse a la libertad contractual en este ámbito. Su investigación subraya la necesidad de un equilibrio entre la autonomía de las partes y la previsibilidad del derecho, a fin de otorgar seguridad jurídica sin restringir la capacidad de negociación de los acreedores.

El problema de la causalidad y la asignación de responsabilidad en contextos complejos es abordado por Nicolás Camilo Maldonado Garcés y Mateo Antonio Sánchez Villacís en su artículo sobre la paradoja de la causalidad. Ante escenarios donde múltiples actores pueden ser considerados responsables de un daño, su análisis resalta la laguna normativa existente en la responsabilidad civil extracontractual y propone la adopción de un régimen de solidaridad proporcional que distribuya las cargas indemnizatorias de manera equitativa.

Por otro lado, Doménica Lisseth Ayala López estudia la mitigación del daño ante el incumplimiento contractual, evaluando si esta figura debe considerarse una obligación del acreedor, una manifestación de la buena fe o una simple carga procesal. Su artículo revisa la aplicación de este principio en el ordenamiento ecuatoriano y su impacto en la cuantificación de daños, destacando la ausencia de una doctrina consolidada en la jurisprudencia nacional.

En la sección abierta de esta edición, se incluyen investigaciones que, aunque no se centran exclusivamente en los derechos del acreedor, aportan al debate sobre la evolución del derecho privado y público. Desde una perspectiva tributaria, Maryuri Elizabeth Celi Masache, Verónica Vanessa Ajila Castillo y Johana Cristina Sarmiento Vélez analizan los límites de la extrafiscalidad y su relación con los objetivos constitucionales. Su estudio critica la falta de transparencia en la justificación y evaluación de los impuestos extrafiscales en Ecuador, argumentando que su eficacia no debe medirse únicamente en términos recaudatorios, sino también en función de su impacto en las conductas que buscan regular.

Marcella Da Fonte Carvalho y Viviane Monteiro analizan la respuesta estatal frente al femicidio en Ecuador, enfocándose en el deber de reparación integral y las asimetrías sistémicas que dificultan el acceso a la justicia para las víctimas y sus familias. Su estudio revela cómo la falta de medidas efectivas de reparación afecta no solo a los derechos de las víctimas, sino también a la credibilidad del sistema de justicia en su conjunto.

Asimismo, Eugenia Patricia Novoa Zubiria examina la influencia de los servicios de *cloud computing* en la aplicación del GATS, destacando la necesidad de reformular los marcos regulatorios del comercio internacional para abordar la naturaleza transfronteriza de estos servicios. Su análisis enfatiza la importancia de desarrollar una nueva categoría dentro del GATS que contemple las particularidades de la economía digital y sus implicaciones para los acreedores y deudores en contratos tecnológicos.

Finalmente, Marcela Gutiérrez Quevedo ofrece una aproximación a la ancestralidad y la justicia en la comunidad Tikuna de la Amazonía colombiana, resaltando cómo los modelos de desarrollo y las políticas estatales impactan las estructuras económicas y sociales de los pueblos indígenas. Su artículo reflexiona sobre la resistencia de estas comunidades a través de mecanismos de cooperación y autonomía, lo que abre un interesante debate sobre la intersección entre justicia ambiental y sistemas jurídicos ancestrales.

La selección de artículos en este número de *Foro* refleja la necesidad de repensar los derechos del acreedor en un contexto de transformación normativa y socioeconómica. La seguridad jurídica, la equidad en la distribución del riesgo y la efectividad de los mecanismos de reparación son elementos fundamentales para garantizar un equilibrio entre los intereses de acreedores y deudores. Esperamos que este número sirva como una plataforma de discusión y análisis para académicos, legisladores y profesionales del derecho, contribuyendo a la construcción de un sistema jurídico más justo y adaptado a los desafíos del presente.

*Juan Carlos Mejía*



TEMA CENTRAL

**TRANSFORMACIÓN DE LOS DERECHOS  
DE LOS ACREEDORES:  
DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA**



# La “terminación” del contrato por causas intrínsecas y extrínsecas ¿Un régimen unitario o diferenciado de efectos?

*Termination of the Contract for Intrinsic  
and Extrinsic Reasons.  
A Unitary or Differentiated Regime of Effects?*

**Rodrigo Momberg Uribe**

*Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho de la Pontificia  
Universidad Católica de Valparaíso*  
Valparaíso, Chile  
rodrigo.momberg@pucv.cl  
<https://orcid.org/0000-0002-4774-4256>

**Gonzalo Severin Fuster**

*Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho de la Pontificia  
Universidad Católica de Valparaíso*  
Valparaíso, Chile  
gonzalo.severin@pucv.cl  
<https://orcid.org/0000-0001-6937-4746>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2025.44.1>

Fecha de recepción: 15 de enero de 2025

Fecha de revisión: 19 de febrero de 2025

Fecha de aceptación: 10 de marzo de 2025

Fecha de publicación: 1 de julio de 2025

Licencia Creative Commons



## RESUMEN

Este trabajo aborda la pregunta sobre la razonabilidad de un sistema unitario de efectos de la terminación contractual en un sentido amplio, esto es, como consecuencia de causas intrínsecas como extrínsecas relativas. Para ello se analiza, comparativamente, la regulación de los efectos de la nulidad y de la resolución por incumplimiento en dos modelos normativos. Uno “tradicional”, el Código de Bello; el otro, “moderno”: los Principios UNIDROIT sobre contratos comerciales internacionales. Como conclusión, se sugiere que mantener un régimen diferenciado, como hacen ambos textos, es adecuado y, por lo mismo, sostener doctrinalmente una noción tan amplia de “terminación contractual” no es útil, ni como base de un sistema conceptual, ni como base para un régimen normativo.

**PALABRAS CLAVE:** terminación del contrato, nulidad, ineficacia, resolución por incumplimiento, Código de Bello, Principios UNIDROIT, derecho civil, derecho privado.

## ABSTRACT

This paper addresses the question of the reasonableness of a unitary system of effects for contractual termination in a broad sense, encompassing both intrinsic and extrinsic causes. To this end, it undertakes a comparative analysis of the regulation of the effects of nullity and termination for breach in two normative models: one “traditional”, the Civil Code of Bello, and the other “modern”, the UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts. The conclusion suggests that maintaining a differentiated regime, as both texts do, is appropriate. Consequently, doctrinally supporting such a broad notion of “contractual termination” proves neither useful as a basis for a conceptual framework nor as a foundation for a normative regime.

**KEYWORDS:** contract termination, nullity, inefficacy, termination for breach, Civil Code of Bello, UNIDROIT Principles, Civil Law, Private Law.

FORO

## INTRODUCCIÓN

### UNA CUESTIÓN PREVIA:

#### LA NOCIÓN DE “TERMINACIÓN” DEL CONTRATO

En el contexto del Derecho de contratos no existe un uso consistente de la expresión “terminación” del contrato. Así, el Código Civil de Bello<sup>1</sup> utiliza la expresión “terminación” para referirse a diversas hipótesis. Bajo esta denominación, se tratan situaciones en que el contrato “termina” por incumplimiento, como ocurre, por ejemplo, en materia de arrendamiento.<sup>2</sup> Pero también casos en los que no existe incumplimiento y en que la “terminación” se produce por la mera voluntad de alguna de las partes, como en el mandato.<sup>3</sup> O por un hecho objetivo distinto, como la llegada del plazo acordado (como sucede en el mismo caso del mandato<sup>4</sup> o el usufructo)<sup>5</sup> o por la muerte de alguna de las partes.<sup>6</sup> Y eso, sin contar otras “causas” como, por ejemplo, “una sentencia judicial”.<sup>7</sup> Todo lo anterior, sin considerar los casos en que el Código utiliza expresiones como “rescisión”, “extinción”, “desistimiento”, “disolución”, “expiración”, entre otras, que son también utilizadas como sinónimos de “terminación” o “extinción”.

La equivocidad de la palabra “terminación” se puede ilustrar sobre la base de la aproximación de la doctrina chilena, considerando *estos dos extremos*.

En un *sentido muy restringido*, la palabra “terminación” es utilizada como sinónimo de la voz “resolución” (por incumplimiento). Se dice, en este sen-

- 
1. En este trabajo, la expresión “Código Civil” debe entenderse hecha al Código Civil redactado por Andrés Bello, que entró en vigor en Chile en 1857, y adoptado posteriormente en Colombia y Ecuador, aún vigente, al menos en lo relativo al derecho civil patrimonial. Se da cuenta de la numeración que las normas tienen en cada uno de esos países, con la siguiente abreviatura: CCh, para el Código chileno; CCol, para el colombiano; CEc, para el ecuatoriano.
  2. Arts. 1932, 1938 y 1945 CCh; 1990, 1996, 2003 CCol; 1873, 1879, 1886 CEc.
  3. Art. 2163 CCh; 2189 CCol; 2067 CEc; n.º 3 y 4.
  4. Art. 2163 CCh; 2189 CCol; 2067 CEc; n.º 2.
  5. Art. 806 CCh; 865 CCol; 820 CEc.
  6. Como sucede en el mandato: art. 2163 CCh; 2189 CCol; 2067 CEc; n.º 5.
  7. Por ejemplo, en materia de usufructo: art. 809 CCh; 868 CCol; 829 CEc; o de arrendamiento: art. 1950 CCh; 2008 CCol; 1891 CEc; numeral 4.

tido, que en los contratos en los que la ejecución se proyecta en el tiempo (contratos de “tracto sucesivo”, de “ejecución diferida” o de “ejecución continua”, y actualmente, en general, de “larga duración”)<sup>8</sup> no procede la resolución, puesto que no se produce (al menos “en principio”) el efecto retroactivo propio de la resolución. Por ello, la doctrina señala que, en realidad, hay (o “debe hablarse de”) “terminación”,<sup>9</sup> limitando el uso de dicha palabra a esa particular hipótesis.

En el otro extremo, *en un sentido muy amplio*, la palabra “terminación” se refiere a todos los casos en los que un contrato deja de producir sus efectos, y no solo aquellos válidamente celebrados, sino que incluyendo también la *nulidad* del contrato. Sin perjuicio de que esta acepción “amplia” de terminación resulta tan criticable con la “restringida”, lo relevante es que la idea de que el contrato “termina” por nulidad es una idea que puede hallarse tanto en la doctrina<sup>10</sup> como en la legislación.<sup>11</sup>

Se puede afirmar que “terminación contractual” es un *concepto equívoco* que, en su acepción amplia, refiere una categoría que engloba todos los casos en los que contrato queda sin efecto o se extingue, ya sea por una causa *intrínseca* o *extrínseca*.

## LA PREGUNTA

La asunción del concepto amplio de “terminación” plantea la interrogante por la funcionalidad que puede tener, si se pretende utilizarlo como base para la construcción de un sistema conceptual o normativo.

Admitiendo que aquello que llamamos “terminación” (en sentido amplio) es algo que puede operar de diversas formas y por distintas causas, la pregunta es si resulta posible encontrar una unidad conceptual sobre la base de los *efec-*

---

8. Una presentación general, en Pablo Rodríguez, “El contrato de tracto sucesivo: una tipología especial”, *Actualidad Jurídica*, n.º 26 (2012). Una crítica al uso generalizado de la expresión “contrato de tracto sucesivo”, en Daniel Peñailillo, *Obligaciones* (Santiago: Jurídica de Chile, 2018), 345-50.

9. Cfr., por ejemplo, René Abeliuk, *Las obligaciones* (Santiago: Jurídica de Chile, 2009), t. I, 513; Arturo Alessandri, *De los contratos* (Santiago: Jurídica de Chile, 2009), 42.

10. Roberto Sanroman, “Algunas consideraciones de la terminación del contrato con un enfoque global”, *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia* VI (19) (2021): 64.

11. Así, art. 42 de la Ley de Matrimonio Civil de Chile [“*El matrimonio termina: (...) 3.º Por sentencia firme de nulidad*”].

tos, esto es, sobre las consecuencias que la ocurrencia de todas esas distintas causas tiene sobre la vigencia del contrato, y en la situación en que quedan las partes y de los terceros. En otras palabras, la pregunta que parece conveniente atender es si son —o deberían ser— unos mismos efectos los que produce, por ejemplo, la nulidad de un contrato, la resolución por incumplimiento o la terminación por otra causa extrínseca.

Esta cuestión ha sido discutida. Quienes abogan por la unidad del régimen de terminación (en sentido amplio) señalan que la existencia de regímenes diferenciados conllevaría problemas de coordinación y posibles contradicciones entre ellos. Por ello, el objetivo de dicho régimen debiese siempre ser que las partes sean restituidas al tiempo anterior al contrato, como si el contrato nunca hubiera existido, quedando las partes en el *statu quo ex ante contractum*.<sup>12</sup> De acuerdo con Zimmermann, por ejemplo, una vez extinguido el contrato, el principio sería que no debe permitirse a las partes retener lo que hayan recibido en virtud del mismo, independientemente de la causa que haya provocado dicha extinción.<sup>13</sup> Del otro lado, hay buenos argumentos para sostener la razonabilidad de un régimen diferenciado, al menos en cuanto a que se distinga entre los efectos de la terminación por vicios intrínsecos del contrato (nulidad) y aquella que deriva de causas extrínsecas precisamente, sobre la base del distinto fundamento que justifica, en esas dos hipótesis, la terminación.<sup>14</sup>

## OBJETIVO Y PLAN DE EXPOSICIÓN

Lo que se pretende mostrar es que, aun cuando se admita el uso corriente de una acepción amplia de “terminación contractual”, y aun cuando existan voces que sugieran la conveniencia de sistema unitario o unificado de efectos de “la terminación del contrato”, dicha aproximación no es adecuada. Se busca mostrar que la decisión de tratar separadamente los efectos de la “terminación del contrato”, distinguiendo entre la terminación por causas intrínsecas y extrínsecas, parece una decisión razonable y justificada. Esta conclusión per-

---

12. Phillip Hellwege, “Subsection 2: Effects of Termination and Restitution”, en *Commentaries on European Contract Laws*, eds. Nils Jansen y Reinhard Zimmermann (Oxford: Oxford University Press, 2018), 1375-81.

13. Reinhard Zimmermann, “The Unwinding of Failed Contracts in the UNIDROIT Principles 2010”, *Uniform Law Review* 16 (2011): 566.

14. Cfr. Rodrigo Momberg y Carlos Pizarro, “Las restituciones consecutivas a la nulidad o resolución en los contratos de bienes muebles”, *Ius et Praxis*, año 24, n.º 1 (2018): 337.

mite poner en tela de juicio la razonabilidad de sostener, dogmáticamente, la mentada noción amplia de terminación contractual, pues no parece una noción funcionalmente útil.

Con esta finalidad se expone cuál es la aproximación a la cuestión de los efectos de la terminación (entendida en un sentido amplio) en dos modelos normativos. Uno, el Código Civil de Bello. El otro, los *Principios UNIDROIT sobre los contratos comerciales internacionales* (Principios UNIDROIT o PICC).<sup>15</sup>

Se trata de dos textos muy distintos. Pero son precisamente sus diferencias las que justifican su elección y su análisis desde un enfoque comparativo.

El Código Civil de Bello es un texto normativo vinculante, anclado en la lógica económica de la primera mitad del siglo XIX. Es, por tanto, un modelo de regulación contractual que puede calificarse como “tradicional”.

Por su parte, los Principios UNIDROIT son un texto no vinculante (de “*Soft Law*”), de alcance supranacional, limitado al derecho contractual, elaborado por especialistas y operadores expertos con la pretensión de ser aplicado en relaciones contractuales celebradas tanto bajo la influencia del *Common Law* como del derecho continental, cuya última versión data de 2016. Por ello, tanto bajo criterios temporales como sustantivos es un texto “moderno” de derecho de contratos y, además, uno de los instrumentos de derecho uniforme más relevantes a nivel internacional.<sup>16</sup>

## LA APROXIMACIÓN DEL CÓDIGO BELLO

El Código de Bello no regula sistemáticamente la terminación del contrato en un sentido amplio. Existe una regulación dispersa e inorgánica de los efectos de la terminación, según las diferentes causas que la producen, con ocasión de la regulación de las clasificaciones y efectos de las obligaciones; y al interior de los diferentes contratos típicos especialmente regulados. Es claro que en lo que

---

15. International Institute for the Unification of Private Law (UNIDROIT), *UNIDROIT Principles of International Commercial Contracts 2016* (Roma, 2016). El texto íntegro en español está disponible en <https://www.unidroit.org/wp-content/uploads/2021/06/Unidroit-Principles-2016-Spanish-i.pdf>.

16. La Convención de Viena sobre Compraventa Internacional de Mercaderías (CISG), pese a su enorme importancia, no es útil para el presente análisis, ya que solo contiene reglas para la resolución por incumplimiento, y no se refiere a las condiciones de validez de los contratos.

respecta a la distinción entre la ineficacia por causas intrínsecas y extrínsecas el Código no ofrece un régimen unificado de efectos.

Puesto que no es posible ofrecer un análisis detallado de todas esas causas de ineficacia, mostraremos las principales coordenadas de la regulación de la terminación del contrato derivada de la declaración de nulidad (1); y de la que opera como resultado de la resolución por incumplimiento (2).

## “TERMINACIÓN DEL CONTRATO” POR NULIDAD

En lo que respecta a la nulidad del contrato,<sup>17</sup> el Código de Bello la trata como un *modo de extinguir las obligaciones*,<sup>18</sup> y le dedica un Título (*De la nulidad y la rescisión*). Con todo, la nulidad no es un modo de extinguir obligaciones, pues se trata de una declaración realizada por el juez sobre la base de la invalidez de ese contrato.<sup>19</sup> De ahí que la eliminación de los efectos de ese acto, su “extinción”, no es algo que la nulidad produzca directamente, sino que es *una consecuencia* lógica de su declaración: si el acto no puede tenerse como válido, no puede haber creado válidamente derechos y obligaciones. Esa “extinción” de efectos es lo que se denomina “efectos de la nulidad”, los que se producen *desde que la nulidad ha sido declarada por sentencia judicial firme*.

En cuanto a los efectos, no existe diferencia entre la nulidad absoluta y la relativa. Los efectos de la nulidad declarada *son los mismos*. Sin embargo, la doctrina suele distinguir entre los efectos que se producen *entre las partes* y los que se producen *respecto de terceros*, para los que el Código ofrece una serie de reglas, algunas de las cuales determinan un *efecto retroactivo*.<sup>20</sup> En este punto es de aplicación, por remisión, las normas que el propio Código Civil establece

---

17. No se consideran aquí los efectos de la denominada “nulidad de pleno derecho”; que el Código de Bello no reconoce ni regula. Véase Hernán Corral, *Curso de derecho civil. Parte General* (Santiago: Thompson Reuters, 2018), 667 y ss.; y José Joaquín Ugarte, “La inexistencia jurídica”, en *Escritos reunidos. Homenaje a una trayectoria académica 1970-2020*, eds. Jaime Alcalde, Hernán Corral y Raúl Madrid (Santiago: Thomson Reuters, 2022), 138 y ss.

18. Art. 1567 CCh; 1625 CCol; 1583 CEc.

19. Sobre la relación entre invalidez y nulidad, véase Ricardo Concha, “Nulidad e invalidez en el Código Civil de Bello, en especial en cuanto a su forma de operar”, *Revista de derecho, Universidad del Norte* (Colombia) 44 (2015).

20. Arts. 1687, 1688 CCh; 1746, 1747 CCol; 1704, 1705 CEc.

en materia de restituciones mutuas con ocasión de la regulación de la acción reivindicatoria.<sup>21</sup>

En lo que respecta particularmente a los efectos *entre las partes*, el Código de Bello dispone que “La nulidad pronunciada en sentencia que tiene la fuerza de cosa juzgada, da a las partes derecho para ser restituidas al mismo estado en que se hallarían si no hubiese existido el acto o contrato nulo; sin perjuicio de lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita”.<sup>22</sup> Por esta razón suele afirmarse que la nulidad declarada *opera retroactivamente*, en el sentido de que se busca volver al estado anterior, al de la celebración del contrato nulo. El Código establece algunas reglas sobre estas restituciones en el inciso segundo del citado artículo. Con todo, este “efecto retroactivo” entre las partes tiene algunas limitaciones. Además de la indicada en la misma norma (“lo prevenido sobre el objeto o causa ilícita”)<sup>23</sup> existen otras limitaciones o excepciones. Por ejemplo, el efecto retroactivo naturalmente no se produce si el contrato no ha sido ejecutado. Y los efectos retroactivos de la nulidad podrían quedar limitados, además, en el caso de contratos con prestaciones continuas o periódicas por las que se paga fraccionadamente, pues lo pagado se compensa con el goce del bien o servicio durante ese tiempo.<sup>24</sup> Otra limitación se presenta en el caso de la contratación con un incapaz, pues solo puede pedirse la restitución o el reembolso en la medida que el incapaz se haya hecho más rico.<sup>25</sup>

En relación con los *efectos respecto de terceros*, el Código Civil establece que “la nulidad judicialmente pronunciada da acción reivindicatoria contra terceros poseedores, sin perjuicio de las excepciones legales”.<sup>26</sup> Los terceros poseedores son aquellos que tienen la cosa en su poder o han constituido derecho sobre ella, es decir, las personas a quienes se ha enajenado el bien objeto del contrato.<sup>27</sup> Y en relación con este efecto, es indiferente si los terceros están de buena o mala fe; ello también abona la idea de que la nulidad opera “con efecto retroactivo”. En cuanto a las “excepciones”, la doctrina suele referir varios supuestos en los que, pese a haberse declarado la nulidad, el dueño no poseedor no tiene acción reivindicatoria en contra del tercero poseedor; no obstante, un

21. Art. 904 CCh; 961 CCol; 948 CEC; y ss.

22. Art. 1687 CCh; 1746 CCOL; 1704 CEC.

23. Lo cual es una referencia a la regla contenida en el art. 1468 CCh; 1525 CCOL; 1484 CEC.

24. En este sentido, Corral, *Curso de Derecho Civil*, 711.

25. Art. 1688 CCh; 1747 CCOL; 1705 CEC.

26. Art. 1689 CCh; 1748 CCOL; 1706 CEC.

27. Carlos Ducci, *Derecho Civil. Parte General*, 4.<sup>a</sup> ed. (Santiago: Jurídica de Chile, 2007), 347.

análisis detenido de esos casos demuestra que se trata de excepciones aparentes o no relacionados con la nulidad de los contratos.<sup>28</sup>

### “TERMINACIÓN DEL CONTRATO” POR INCUMPLIMIENTO

El Código Civil de Bello no regula sistemáticamente el fenómeno del incumplimiento contractual y los remedios del acreedor. La regulación es fragmentaria, con normas dispersas tanto en la parte general del derecho de obligaciones, como al interior de cada contrato.

La facultad resolutoria fue consagrada siguiendo, en este punto, muy de cerca al *Code civil* de 1804, como una condición implícita para los contratos bilaterales, en un artículo situado en el Título de Código Civil que regula las “Obligaciones Condicionales y Modales”.<sup>29</sup> De ahí que se le conozca bajo el nombre de “condición resolutoria tácita”.

Es precisamente por ello (la forma en que esta facultad fue concebida por el legislador y el lugar en el que se encuentra ubicada al interior del Código) que se ha entendido que los efectos de la resolución por incumplimiento se rigen por las reglas establecidas en ese Título para las obligaciones condicionales cumplidas. Esta es la posición generalizada en los textos doctrinales tradicionales, que sigue teniendo eco en la jurisprudencia.<sup>30</sup> Entre esas reglas hallamos algunas que han sido generalmente leídas como demostrativas de un “efecto retroactivo”. Y ello, *a priori*, podría sugerir la razonabilidad de un tratamiento conjunto de la terminación contractual en sentido amplio, que englobe la nulidad y la resolución.

La cuestión del pretendido efecto retroactivo de la resolución está lejos de ser un tema pacífico. La discusión a que ha dado lugar puede ser abordada desde *dos perspectivas*.

La primera consiste en poner en tela de juicio la premisa de que los efectos de la condición cumplida sean, a la luz de las normas del Código Civil,

---

28. Entre otros casos, suelen citarse las tres siguientes. *Primero*, si hubiera operado la prescripción adquisitiva del derecho en favor del tercero. *Segundo*, si se rescinde la compraventa debido a la manifiesta desproporción de las prestaciones (lesión enorme). *Tercero*, el caso de la declaración de nulidad del decreto que declara la muerte presunta (art. 94 CC; 109 CCol; 80 CEc).

29. Art. 1489 CCh; 1546 CCol; 1505 CEc.

30. Así, la Sentencia de la Corte Suprema (Chile), Rol n.º 1958-2010, de 13 de junio de 2011.

“retroactivos”. En este sentido, se ha puesto de relieve que las diversas reglas sobre efectos de la condición cumplida entre las partes (acreedor y deudor condicional)<sup>31</sup> no consagran expresamente un efecto retroactivo, sino más bien efectos “restitutorios”.<sup>32</sup> Además, se ha sugerido que esos artículos del Código Civil de Bello parecen referirse a los efectos de las condiciones suspensivas, y no a los de las resolutorias; lo que justificaría limitar su ámbito de aplicación.<sup>33</sup> Por otro lado, en lo que refiere a las reglas sobre efectos de la condición cumplida respecto de terceros,<sup>34</sup> es posible discutir también esa pretendida retroactividad, pues, en el mejor de los casos, se trata de un efecto “limitado” en cuanto solo afecta al tercero adquirente de mala fe (el que conoce o podía conocer la existencia de la condición).

La segunda perspectiva consiste en discutir la naturaleza de “condición” de la facultad resolutoria. En esta línea, se ha sugerido que, pese a su ubicación en el Código Civil, no es adecuado considerar a la facultad resolutoria como una especie de “condición”, pues se trata de una facultad o remedio del acreedor frente al incumplimiento contractual. Se sostiene que no es adecuado extender las reglas dadas para las condiciones ordinarias a la resolución por incumplimiento, incluyendo lo que el Código Civil previene sobre los efectos de la condición resolutoria cumplida, tanto respecto de las partes como respecto de los terceros.

Aunque esta última es una idea atractiva, y que está en sintonía con la aproximación de los textos más modernos, ella plantea, de cara al Derecho vigente, al menos *dos problemas*.

El *primer problema* es que se trata de una posición que resulta voluntarista. Y no solo porque suponga no tomar en consideración el tratamiento legal de la resolución por inejecución, que el Código regula como una “condición”. Es que, específicamente en lo que refiere a la pregunta por la razonabilidad de la aplicación, a la resolución por incumplimiento, de las reglas sobre efectos de las condiciones ordinarias, la cuestión viene expresamente resuelta por el propio legislador, en un sentido positivo. Así, en materia de compraventa, existe una regla que hace aplicable, por remisión expresa, las reglas de los efectos de

---

31. Art. 1486 CCh; 1543 CCol; 1502 CEC, y ss.

32. Claudia Mejías, “Una revisión crítica de los efectos de la resolución por incumplimiento y una propuesta de solución”, *Ius et Praxis*, año 22, n.º 1 (2016): 275.

33. *Ibid.*, 276-85.

34. Arts. 1490, 1491 CCh; 1547, 1548 CCol; 1506, 1507 CEC.

la condición cumplida respecto de terceros al caso de la resolución por incumplimiento de no pago del precio.<sup>35</sup>

El *segundo problema* es que, al desvincular completamente a la resolución por incumplimiento de los efectos atribuidos para las obligaciones condicionales, se deja a la resolución por incumplimiento desprovista de un régimen propio de efectos. Y no hay, en el Código Civil, un lugar al que acudir para rellenar ese vacío.

Este último aspecto pudiera verse como una oportunidad para, con cierta libertad, construir, ya como ejercicio doctrinal, ya como propuesta de *lege ferenda*, un régimen de los efectos de la resolución por inejecución. Y aquí bien podría explorarse la razonabilidad de un régimen autónomo, o bien uno que se inserte dentro de un sistema más general, aplicable a otros casos de terminación por causas extrínsecas, en las que la retroactividad no esté justificada. En este punto, puede ser de utilidad, precisamente, estudiar los modelos modernos de derecho contractual. Con todo, ha de procederse con cuidado, pues no es posible simplemente importar reglas sin considerar el derecho vigente; de ahí que, en la construcción de ese sistema, sea relevante considerar el fundamento de esas reglas, pues ello puede facilitar mejor su anclaje en los principios generales en materia de contratación.

Esta parece ser una tarea pendiente. De momento, el estudio de la facultad resolutoria parece haberse centrado más en otros aspectos, más que en la pregunta por los efectos de la resolución. Con todo, en la doctrina chilena es posible hallar algunos trabajos en esta línea.<sup>36</sup> Se ha avanzado en poner de relieve que lo propio de la resolución por incumplimiento, en cuanto remedio contractual, es su *efecto liberatorio* y que, si bien es posible que en algunos casos exista un efecto “restitutorio”, ello no es una consecuencia necesaria. En este sentido, en el caso de la resolución, si bien es posible afirmar que el contrato “termina” en cuanto a su contenido prestacional esencial, no es completamente aniquilado o extinguido, al menos no en el sentido de que deba mirarse “como si nunca se hubiera celebrado o existido”. Bajo esta perspectiva,

---

35. Art. 1876 CCh; 1816 CCol; 1933 CEc.

36. Juan Ignacio Contardo, *Indemnización y resolución por incumplimiento* (Santiago: Legal Publishing, 2015); Mejías, “Una revisión crítica”; Momberg y Pizarro, “Las restituciones consecutivas”; Jaime Alcalde, “El contenido de la restitución derivada de la resolución por incumplimiento”, en *Estudios de Derecho Civil, Comercial y Marítimo en homenaje al profesor Leslie Tomasello Hart*, eds. Ricardo Saavedra y Luis Peuriot (Valparaíso: Edeval, 2021).

se puede entender que el contrato resuelto se transforma, y pasa a una fase o proceso “de liquidación”, cuyo objetivo o propósito ya no es su cumplimiento o satisfacción del propósito práctico de las partes, sino que de lo que se trata es que ninguna de las partes tome ventaja o se enriquezca indebidamente como consecuencia de la terminación, podría decirse, “definitiva” del contrato. Esta idea ya ha sido esbozada por autores como Mejías, Contardo, Alcalde y Momberg y Pizarro en sus obras ya citadas. Se ha discutido especialmente la idea de que tal efecto restitutorio deba ser concebido como un efecto “retroactivo” que elimine el contrato *ex tunc*.<sup>37</sup> Se plantea que resulta preferible “la idea de que más que hablar de retroactividad quepa proceder a una liquidación económica del contrato”.<sup>38</sup> De esta forma, en materia de restituciones, el principio rector será el de evitar el enriquecimiento injustificado, debiendo construirse las reglas sobre los efectos de la terminación a partir de dicho principio, que puede ser compatible con otros, como el de responsabilidad.

## LA APROXIMACIÓN DE LOS PRINCIPIOS UNIDROIT SOBRE CONTRATOS COMERCIALES INTERNACIONALES

Los Principios UNIDROIT constituyen un ejemplo de un texto moderno que adopta una aproximación “diferenciada” para los efectos de la terminación del contrato distinguiendo básicamente dos sistemas. Uno para los casos de anulación del contrato (*avoidance*), cuya principal característica es que opera retroactivamente. El otro, para los demás casos de pérdida de eficacia (*termination*), cuya principal característica es que sus efectos o consecuencias se proyectan hacia el futuro (prospectivamente). Así, los PICC, al menos conceptualmente, tratan los efectos de la terminación por nulidad de manera diversa de los de la terminación.

En relación con la “anulación”, el art. 3.2.14 PICC establece expresamente que “La anulación tiene efectos retroactivos”. Según se explica en los co-

---

37. A modo de ejemplo, Carlos Pizarro, “Contra el efecto retroactivo de la resolución por incumplimiento”, en *Estudios de Derecho Civil VII*, ed. Fabián Elorriaga (Santiago: Abeledo Perrot, 2010); Emilio Bécar, “Revisión crítica de la retroactividad como factor operativo de la resolución del contrato”, *Derecho y Humanidades* 2, n.º 16 (2010); Jaime Alcalde, “Bases para una sistematización de los efectos de la resolución por incumplimiento”, en *Estudios de Derecho Civil X*, eds. Álvaro Vidal, Gonzalo Severin y Claudia Mejías (Santiago: Thomson Reuters, 2015); y Mejías, “Una revisión crítica”.

38. Momberg y Pizarro, “Las restituciones consecutivas”, 336.

mentarios oficiales, ello implica que “se considera que el contrato jamás ha existido”.<sup>39</sup> Esto es lo que en doctrina se suele denominar “efecto *ex tunc*”, esto es, “desde la celebración del contrato”, y no desde que se dicta la sentencia.<sup>40</sup> Ello implica que las obligaciones no ejecutadas o cumplidas se extinguen, lo que se explica como una consecuencia lógica de sostener que el contrato nunca existió.<sup>41</sup> Con todo, conviene tener presente que es perfectamente posible que algunas cláusulas del contrato *pueden subsistir* aun en caso de anulación. La nulidad no supone borrar completamente la existencia del contrato. La razón, se explica en los propios comentarios, es que dichas cláusulas se consideran “diferentes a las otras disposiciones del contrato”, y por esa razón “se puede mantener su validez a pesar de que el contrato sea anulado total o parcialmente”. En cualquier caso, se aclara que la norma de derecho interno que resulte aplicable será la que determine si esas cláusulas pueden considerarse vigentes o no, una vez anulado el contrato.<sup>42</sup>

En lo que respecta a la terminación por otras causas, *no existe un principio de retroactividad*. Las reglas fundamentales en relación con esta materia están contenidas en los arts. 7.3.5 y ss. PICC, reglas que están dadas particularmente para la resolución por incumplimiento contractual, aunque son también directamente aplicables a la terminación unilateral de los contratos de duración indefinida, por remisión expresa que hace el art. 5.1.8 PICC.<sup>43</sup> La regla, tratándose de la terminación por causa extrínseca, es el *efecto liberatorio*, que el art. 7.3.5 PICC expresa en estos términos: “(1) La resolución del contrato releva a ambas partes de la obligación de efectuar y recibir prestaciones futuras”. La

---

39. PICC (2016), 129.

40. Lucía Alvarado, “Validez”, en *Comentario a los Principios UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, 2.<sup>a</sup> ed., coord. David Morán (Navarra: Thomson Aranzadi, 2003), 224; Eckart Brödermann, *UNIDROIT Principles of International commercial contracts. An Article-by-Article Commentary* (Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2018), 98.

41. Paul Du Plessis, “Art. 3.2.14”, en *Commentary on the UNIDROIT Principles of international commercial contracts (PICC)*, 2.<sup>a</sup> ed., ed. Stefan Vogenauer (Oxford: Oxford University Press, 2015), 538.

42. PICC (2016), 129.

43. Art. 5.1.5 PICC. “En cuanto a los efectos de la resolución en general, como así también de la obligación de restituir, se aplicarán los arts. 7.3.5 y 7.3.7”. Sobre la terminación unilateral en los PICC, véase Gonzalo Severin, “La terminación unilateral de los contratos de larga duración en la edición 2016 de los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 159 (2020).

terminación, en este caso, libera a las partes de sus respectivas obligaciones *para el futuro*.<sup>44</sup>

Es claro que el régimen de la anulación del art. 3.2.14 PICC es distinto del régimen de la resolución de los arts. 7.3.5 y 7.3.7 PICC.<sup>45</sup>

Con todo, a pesar de su clara diferencia conceptual (con efecto retroactivo “*ex tunc*” en un caso, y con efecto liberatorio o prospectivo en otro “*ex nunc*”), la distinción puede no resultar tan relevante en la práctica. Esto es lo que ocurre, por ejemplo, en el caso de los contratos de ejecución instantánea que han sido ya ejecutados, total o parcialmente, por las partes. En este supuesto, la regla sobre los efectos de la terminación (en sentido amplio) es la misma: el derecho a restitución, tal cual se desprende de los arts. 3.2.15, para el caso de nulidad; y 7.3.6 PICC, para la de terminación por otras causas.

En este punto, conviene tener presente que la cuestión del derecho a la restitución fue ampliamente discutida con ocasión de la revisión de los PICC del año 2010, considerando que la restitución aplica no solo en los casos indicados, sino también como una consecuencia de la ilicitud del contrato (art. 3.3 PICC) o de la verificación de condiciones resolutorias (art. 5.3 PICC). Aunque se consideró, por parte de los redactores, incluir un capítulo separado para abordar la figura de la restitución, y así dar unidad al sistema, finalmente se optó por mantener una aproximación separada.

Con todo, los regímenes de restitución son en general muy similares.<sup>46</sup> De ello no se sigue que las soluciones sean idénticas, ni que las particularidades de los contratos se hayan abordado de la misma forma. Un ejemplo muy claro de ello es el supuesto de terminación extrínseca de los contratos de larga duración, para el que se contiene una regla expresa, el art. 7.3.7 PICC, según la cual “(1) Al resolver un contrato de larga duración, solamente se puede reclamar la restitución para el período posterior a la resolución, siempre que el contrato sea divisible”. No existe una regla del mismo tenor en materia de restituciones debidas en caso de nulidad, lo que podría generar problemas de aplicación práctica.

---

44. Stefan Eberhard, *Les sanctions de l'inexécution du contrat et les Principes UNIDROIT* (París, CEDIDAC), 134.

45. En este sentido, Brödermann, *UNIDROIT Principles*, 99.

46. Así, Peter Huber, “Art. 3.2.14”, en *Commentary on the UNIDROIT Principles of international commercial contracts (PICC)*, 2.<sup>a</sup> ed., ed. Stefan Vogenauer (Oxford: Oxford University Press, 2015), 958-9.

Considerando lo dicho, la diferencia entre la terminación por nulidad y la que deriva de otras causas (terminación extrínseca) no se encuentra tanto en el reconocimiento de un derecho a la restitución, sino más bien respecto de *otros efectos*. Por ejemplo, la conservación de algunas cláusulas del contrato, o el alcance de la indemnización derivada de la terminación del contrato.

En lo que respecta a la mantención de algunas partes del contrato, para el caso de terminación por causas extrínsecas, el art. 7.3.4 (3) PICC dispone que “(3) La resolución no afecta cualquier término del contrato relativo al arreglo de controversias o cualquier otra cláusula del contrato destinada a operar aún después de haber sido resuelto”. En el caso de la anulación no se indica que tales cláusulas subsistan en todo caso, sino que ellas pueden eventualmente considerarse subsistentes, lo que queda entregado al derecho interno aplicable.

En lo que respecta a la naturaleza y extensión de la indemnización de perjuicios que pueda surgir como consecuencia de la terminación del contrato, las diferencias son más marcadas. En el caso de la nulidad, el art. 3.2.16 PICC otorga la posibilidad de demandar daños y perjuicios a la parte que conocía o debía conocer el vicio, con independencia de que el contrato sea o no anulado. Sin embargo, esta indemnización tiene por finalidad dejar a la otra parte “en la misma situación en la que se encontraría de no haber celebrado el contrato”. Se trata de la indemnización por el daño al “interés negativo” (*reliance interest*).<sup>47</sup> En cambio, en el caso de la resolución, el art. 7.3.5 (2) PICC establece que “(2) La resolución no excluye el derecho a reclamar una indemnización de los daños y perjuicios causados por el incumplimiento” y por su parte, el art. 7.4.2 PICC establece, en relación con la extensión de esos daños, el derecho a la reparación integral. En este punto, parece claro que, en caso de incumplimiento, la indemnización busca poner a la parte afectada en la situación en la que se encontraría de haberse cumplido el contrato. Esto es, la indemnización del “interés positivo” o “interés en el cumplimiento”.

## REFLEXIONES FINALES

Si el contrato nace afectado por un vicio, por ejemplo, porque adolece de objeto o causa ilícita, parece razonable estimar que, declarada la nulidad, dicho contrato se entienda no haber existido jamás. La nulidad busca, en el fondo,

---

47. Paul Du Plessis, “Art. 7.3.6”, 538.

eliminar una anomalía en el sistema jurídico, en el sentido de que se trata de un contrato que, de haberse acatado las normas imperativas vigentes, no debió nunca haberse celebrado. En estos casos, la ficción de la retroactividad parece justificada, incluso afectando a terceros ajenos a dicho contrato. En cambio, cuando se trata de otras causales de terminación, extrínsecas, que inciden en la eficacia de un acto válido, como ocurre con la resolución por incumplimiento o la terminación unilateral *ad nutum*, lo que ocurre es que el contrato deja de ser adecuado para alcanzar el propósito práctico u objetivo que las partes pretendían al momento de su celebración, de modo que no hay razón para estimar que el contrato deba desaparecer, o que las partes deban quedar en la misma situación anterior, como si no hubieran contratado.

La diferenciación de regímenes de los efectos de la “terminación” contractual (en un sentido amplio), tiene sentido. Y de ahí que ella esté presente no solo en los modelos normativos tradicionales (como el Código Civil de Bello), sino que esa sea también la aproximación de los textos más modernos (como los PICC); aun cuando respecto de algunos aspectos, como los derechos a la restitución, los sistemas puedan acercarse.

De ello se puede concluir que la idea de una “terminación en sentido amplio” no es un concepto funcional, ni para la construcción de un sistema conceptual, ni para la construcción de régimen normativo (dogmático o de *lege ferenda*). No, al menos, si se pretende construir un régimen aplicable tanto a las causales de ineficacia intrínseca (nulidad) como a las de ineficacia extrínseca. Por lo mismo, debería ser abandonada.

Por otro lado, es evidente que no es posible sostener la razonabilidad de un “régimen unificado” sobre un pretendido “efecto retroactivo” de la resolución por incumplimiento. En este punto, parece conveniente dejar de lado la disputa entre la retroactividad o irretroactividad de sus efectos y, más bien, aplicar el principio de que, ante dicha terminación, ninguna de las partes quede en una posición patrimonial de ventaja injustificada frente a la otra a causa de la terminación del contrato. Es decir, evitar que una de las partes se enriquezca injustificadamente a costa de la otra. La idea de la retroactividad de la resolución es una idea que conviene abandonar, como lo ha hecho la doctrina moderna, siguiendo la aproximación de los instrumentos más modernos de Derecho de contratos.

Asumir que la resolución por incumplimiento no tiene efecto retroactivo permite explicar dogmáticamente mejor ciertas consecuencias, que muchas veces los autores asumen como premisas, pese a ser claramente incompatibles

con la retroactividad, y que terminan siendo explicadas como “excepciones”. También es coherente con la supervivencia de ciertas estipulaciones del contrato (por ejemplo, las relativas a cláusulas penales o la resolución de controversias). Y permite resolver cualquier conflicto teórico respecto del régimen de las indemnizaciones derivadas de dicha terminación, las cuales quedarán sujetas al régimen de la responsabilidad contractual, ya que derivan de un contrato existente y que produce efectos, los cuales, en esta hipótesis, son producto del incumplimiento.<sup>48</sup> Por último, permite también explicar por qué ciertos terceros (aquellos de buena fe) quedan protegidos de los efectos que produce la terminación en estos casos, al contrario de lo que sucede en la terminación derivada de un vicio del contrato.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abeliuk, René. *Las obligaciones*. Santiago: Jurídica de Chile, 2009.
- Alcalde, Jaime. “Bases para una sistematización de los efectos de la resolución por incumplimiento”. En *Estudios de Derecho Civil X*, editado por Álvaro Vidal, Gonzalo Severin y Claudia Mejías. Santiago: Thomson Reuters, 2015.
- . “El contenido de la restitución derivada de la resolución por incumplimiento”. En *Estudios de Derecho Civil, Comercial y Marítimo en homenaje al profesor Leslie Tomasello Hart*, editado por Ricardo Saavedra y Luis Peuriot. Valparaíso: Edeval, 2021.
- Alessandri, Arturo. *De los contratos*. Santiago: Jurídica de Chile, 2009.
- Alvarado, Lucía. “Validez”. En *Comentario a los Principios UNIDROIT para los Contratos del Comercio Internacional*, coordinado por David Morán. 2.<sup>a</sup> ed. Navarra: Thomson Aranzadi, 2003.
- Bécar, Emilio. “Revisión crítica de la retroactividad como factor operativo de la resolución del contrato”. *Derecho y Humanidades* 2, n.º 16 (2010).
- Brödermann, Eckart. *UNIDROIT Principles of International commercial contracts. An Article-by-Article Commentary*. Baden-Baden: Nomos Verlagsgesellschaft, 2018.
- Concha, Ricardo. “Nulidad e invalidez en el Código Civil de Bello, en especial en cuanto a su forma de operar”. *Revista de Derecho* (Universidad del Norte, Colombia), n.º 44 (2015).
- Contardo, Juan Ignacio. *Indemnización y resolución por incumplimiento*. Santiago: Legal Publishing, 2015.

---

48. Momberg y Pizarro, “Las restituciones consecutivas”, 335-7.

- Corral, Hernán. *Curso de Derecho Civil. Parte General*. Santiago: Thomson Reuters, 2018.
- Ducci, Carlos. *Derecho Civil. Parte General*. 4.<sup>a</sup> ed. Santiago: Jurídica de Chile, 2007.
- Du Plessis, Paul. “Art. 3.2.14”. En *Commentary on the UNIDROIT Principles of international commercial contracts (PICC)*, editado por Stefan Vogenauer. 2.<sup>a</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Eberhard, Stefan. *Les sanctions de l’inexécution du contrat et les Principes UNIDROIT*. París: CEDIDAC, 2005.
- Hellwege, Phillip. “Subsection 2: Effects of Termination and Restitution”. En *Commentaries on European Contract Laws*, editado por Nils Jansen y Reinhard Zimmermann. Oxford: Oxford University Press, 2018.
- Huber, Peter. “Art. 3.2.14”. En *Commentary on the UNIDROIT Principles of international commercial contracts (PICC)*, editado por Stefan Vogenauer. 2.<sup>a</sup> ed. Oxford: Oxford University Press, 2015.
- Mejías, Claudia. *El incumplimiento resolutorio en el Código Civil*. Santiago: Abeledo Perrot, 2011.
- . *Resolución por incumplimiento. Su procedencia y efectos*. Santiago: DER Ediciones, 2018.
- . “Una revisión crítica de los efectos de la resolución por incumplimiento y una propuesta de solución”. *Ius et Praxis*, año 22, n.º 1 (2016).
- Momberg, Rodrigo, y Carlos Pizarro. “Las restituciones consecutivas a la nulidad o resolución en los contratos de bienes muebles”. *Ius et Praxis*, año 24, n.º 1 (2018).
- Peñailillo, Daniel. *Obligaciones*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2018.
- Pizarro, Carlos. “Contra el efecto retroactivo de la resolución por incumplimiento”. En *Estudios de Derecho Civil VII*, editado por Fabián Elorriaga. Santiago: Abeledo Perrot, 2010.
- Rodríguez, Pablo. “El contrato de tracto sucesivo: una tipología especial”. *Actualidad Jurídica*, n.º 26 (julio 2012).
- Sanroman, Roberto. “Algunas consideraciones de la terminación del contrato con un enfoque global”. *Derecho Global. Estudios sobre Derecho y Justicia* VI, n.º 19 (2021).
- Severin, Gonzalo. “La terminación unilateral de los contratos de larga duración en la edición 2016 de los Principios UNIDROIT sobre Contratos Comerciales Internacionales”. *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, n.º 159 (2020).
- Ugarte, José Joaquín. “La inexistencia jurídica”. En *Escritos reunidos. Homenaje a una trayectoria académica 1970-2020*, editado por Jaime Alcalde, Hernán Corral y Raúl Madrid. Santiago: Thomson Reuters, 2022.

Zimmermann, Reinhard. “The Unwinding of Failed Contracts in the UNIDROIT Principles 2010”. *Uniform Law Review* 16 (2011).

#### **JURISPRUDENCIA**

Corte Suprema (Chile). Rol 1958-2010, 13 de junio de 2011.

#### **DECLARACIÓN DE CONFLICTO DE INTERESES**

Los autores declaran no tener ningún conflicto de interés financiero, académico ni personal que pueda haber influido en la realización del estudio.

#### **DECLARACIÓN DE AUTORÍA**

Rodrigo Momberg Uribe y Gonzalo Severin Fuster participaron en la conceptualización, análisis formal, investigación, planteamiento metodológico, redacción del borrador, redacción, revisión y edición del artículo final.



# Cuantificación contractual de daños y perjuicios. ¿Existen límites en el Ecuador?

*Contractual Quantification of Damages:  
Are there Limits in Ecuador?*

**Iván Leandro Plascencia Morales**

*Máster, Universidad de Salamanca*

Salamanca, España

[iplascencia@usal.es](mailto:iplascencia@usal.es)

<https://orcid.org/0009-0001-5765-9047>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2025.44.2>

Fecha de recepción: 13 de enero de 2025

Fecha de revisión: 19 de febrero de 2025

Fecha de aceptación: 10 de marzo de 2025

Fecha de publicación: 1 de julio de 2025

Licencia Creative Commons



## RESUMEN

Es necesario partir de una idea clara: el derecho de daños en el Ecuador durante décadas ha permanecido inmóvil respecto de la evolución continua que el resto de países a nivel mundial ha mantenido. Si bien existen varias aristas dentro del derecho de daños que se podrían abordar para procurar un análisis de posibles actualizaciones doctrinarias y/o jurisprudenciales, esta investigación se centra en analizar a la base del derecho civil, es decir, a la voluntad y autonomía de las partes, al momento de estipular contractualmente la forma y el monto de resarcirse cláusulas penales acumuladas a daños y perjuicios. Las modificaciones que ha sufrido nuestra norma sustantiva civil durante el último siglo, si bien no han sido trascendentales o aclaradoras dentro del ámbito del análisis propuesto, por el contrario, nos han dejado la puerta abierta para visualizar el problema y las posibles soluciones desde una perspectiva más amplia, la de libertad contractual como pilar del derecho civil, por lo cual se efectuará un análisis doctrinario y jurisprudencial. Repotenciando las ideas primigenias de nuestro Código Civil, tras analizar si existen o no prohibiciones normativas, doctrinarias y/o jurisprudenciales a la definición y cuantificación contractual de daños y perjuicios, la conclusión es que podemos ejecutarlo libremente, como un remedio eficiente para el acreedor.

**PALABRAS CLAVE:** autonomía, contrato, daños, Ecuador, normativa, voluntad, libertad, resarcimiento.

## ABSTRACT

It is necessary to start from a clear idea: the law of torts in Ecuador has remained immobile for decades with respect to the continuous evolution that the rest of the countries in the world have maintained. Although there are several aspects of tort law that could be approached to analyze possible doctrinal and/or jurisprudential updates, this research focuses on analyzing the basis of civil law, the voluntariness and autonomy of the parties at the time of contractually determining the form and amount of compensation for penal clauses accumulated to damages. The modifications that our substantive civil law has undergone during the last century, they have not been transcendental or clarifying within the scope of the proposed analysis, on the contrary, they have left the door open to visualize the problem and the possible solutions from a broader perspective, that of contractual freedom as a pillar of civil law, for which a doctrinal and jurisprudential analysis will be made. Re potentiating the original ideas of our civil code, after analyzing whether there are normative, doctrinal and/or jurisprudential prohibitions

to the definition and contractual quantification of damages, the conclusion is that we can execute it freely, as an efficient remedy for the creditor.

KEYWORDS: autonomy, contract, damages, Ecuador, regulation, will, freedom, redress.

FORO

## INTRODUCCIÓN

En el tráfico contractual privado que manejan las personas naturales y jurídicas, nacionales o extranjeras, para alcanzar a diario la consecución o ejecución de objetivos civiles y mercantiles mediante la prestación de servicios o la adquisición de bienes, no hay nada más habitual que la suscripción de contratos de toda índole que permiten alcanzar dichos fines.

Preceptúa el maestro Luis S. Parraguez Ruiz, que “El contrato es un fenómeno social demasiado importante como para seguir alentando sus viejos mitos y sustituir los antiguos por mitos nuevos. No es posible sustraerlo a los cambios que experimenta el permanente movimiento de la sociedad y de su entorno natural”.<sup>1</sup>

Dentro de ese tráfico negocial entonces, lo que las partes buscan a toda costa es protegerse respecto de la relación que están entablando con su contraparte en virtud del riesgo inherente que implica confiar en un tercero para que ejecute algo a favor de quien contrata.<sup>2</sup> Siendo así, el acreedor contratante buscará dejar plasmado en el contrato, uno o varios remedios contractuales que le den tranquilidad respecto del dinero que está entregando a un tercero —deudor— para que cumpla una obligación.<sup>3</sup>

- 
1. Luis S. Parraguez Ruiz, *Régimen jurídico del contrato* (Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2021), 92.
  2. Álvaro R. Vidal Olivares, “Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil: una perspectiva más realista”. *Revista Chilena de Derecho* 34, n.º 1 (2007): 41-59.
  3. Rubén Pérez Baile, “Incumplimiento de contrato de compraventa mercantil. Indemnización por daños y perjuicios al vendedor: caso práctico”. *CEFLegal. Revista práctica de Derecho*, n.º 15 (abril 2002): 180-2, <https://revistas.cefl.udima.es/index.php/cefllegal/article/view/15511>.

La tónica en el derecho ecuatoriano se ha circunscrito en entender, usar y moldear según la necesidad que cada negocio jurídico ha conllevado, el aprovechamiento de los remedios contractuales que el Código Civil como máximo cuerpo sustantivo tiene delimitados; procurando la creatividad cuando se toma de la doctrina los usos globalizados de otros remedios (cumplimiento forzoso, resolución, reducción de precio, indemnizaciones, etc.),<sup>4</sup> pero que, aún son muy difusos cuando deben ser analizados en situaciones complejas, por los ojos de jueces y/o árbitros que al no tener como precedente un desarrollo doctrinario o jurisprudencial nacional amplio, optan por mantenerse conservadores al decidir.

Bajo este prisma, el presente análisis procura ahondar en la revisión y examen de la normativa ecuatoriana, repotenciando sus máximas o generalidades, subsumiéndolas en la doctrina nacional e internacional de fuente similar y en la escueta jurisprudencia que al respecto se ha desarrollado en el Ecuador, destacando de entre los posibles remedios de protección para el acreedor, la definición y cuantificación contractual amplia de daños y perjuicios.

## GENERALIDADES DEL CONTRATO COMO FUENTE DE OBLIGACIONES EN EL DERECHO CIVIL ECUATORIANO

Menciona la primera parte del art. 1453 que las obligaciones nacen del concurso real de las voluntades de dos o más personas, como en los contratos o en las convenciones<sup>5</sup>. Artículo seguido —1454—, se define al contrato como un acto por el cual uno se obliga para con otro a dar, hacer o no hacer alguna cosa.<sup>6</sup>

A la connotación ya descrita del nacimiento de las obligaciones por medio de contratos, el mismo cuerpo normativo le ha sumado el efecto de la voluntad o consentimiento de las partes, al indicar, en el art. 1561<sup>7</sup>, que todo contrato es ley para estas, siempre que se encuentren debidamente celebrados.

La parte medular del clausulado antes expuesto nos remite a la conclusión —por definición de ley— de que los contratos debidamente celebrados son fuente de nacimiento de obligaciones entre dos partes, por la cual, un deudor

---

4. Ángel F. Pantaleón Prieto, “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”. *Anuario de Derecho Civil* 6, n.º 4 (1993): 1727-8.

5. Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 104, Suplemento, 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R. O. 526, 19 de junio de 2015, art. 1453.

6. *Ibíd.*, art. 1454.

7. *Ibíd.*, art. 1561.

se obliga a prestar un bien o servicio a favor de un acreedor,<sup>8</sup> bajo un precepto o máxima del derecho civil, el de la autonomía de la voluntad que lo convierte en ley para ellos.

En palabras de los profesores Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: “Visto desde esta perspectiva, el contrato es el negocio jurídico patrimonial de carácter bilateral cuyo efecto consiste en constituir, modificar o extinguir una relación jurídica patrimonial”.<sup>9</sup>

La capacidad y atribución que tienen deudores y acreedores para crear, modificar o extinguir sus relaciones jurídicas contractuales, es la base conceptual que permite concluir en derecho privado, en que todo aquello que las partes pacten y que no se encuentre confrontado con normas expresas, es permitido y, por tanto, puede constituirse en la base de obligaciones sinalagmáticas y ejecutables.<sup>10</sup>

Parafraseando a Luis S. Parraguez Ruiz, cuando acertadamente ratifica que nada puede sustituir a la voluntad de las partes en el ámbito negocial, o incluso citándolo cuando dice: “La simple manifestación de la voluntad —o la formación del consentimiento, como ella se expresa en el caso de los contratos— es presupuesto para su existencia”,<sup>11</sup> nos deja ratificada la posición de ser el contrato una absoluta ley para las partes, moldeado y decidido por ellas, en virtud de la máxima sobre la que reposa el derecho civil, es decir, el *pacta sunt servanda*.

## GENERALIDADES DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS CONTRACTUALES EN EL DERECHO CIVIL ECUATORIANO

Indica con absoluta precisión Guillermo Ospina Fernández: “El deudor debe cumplir su obligación [contractual] de modo perfecto y oportunamente, y en caso de inejecución total o parcial de ella, o de ejecución imperfecta o

- 
8. Luis Díez-Picazo y Ponce de León, “Contrato y libertad contractual”. *THEMIS. Revista de Derecho*, n.º 49 (diciembre 2004): 15-21, <https://revistas.pucp.edu.pe/index.php/themis/article/view/8545>.
  9. Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón, *El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*, vol. II, t. I (Madrid: Tecnos, 2016), 19.
  10. Luis Baena Cárdenas, *Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013), 345.
  11. Parraguez Ruiz, *Régimen jurídico del contrato*, 375-6.

tardía, imputables a aquel, debe indemnizar al acreedor, los perjuicios que le haya irrogado”.<sup>12</sup>

Misma línea maneja nuestra norma sustantiva. El art. 1571 ratifica que los daños y perjuicios son la resolución indemnizatoria por una obligación incumplida de no hacer una cosa.<sup>13</sup> En otras palabras, el deudor que no debiendo ejecutar un acto lo ha hecho, lo resolverá indemnizando al acreedor.

El art. 1572, por su parte, amplía las posibilidades subsumidas en “no ejecutar un acto”, a aquellas descritas como: i. en caso de no cumplirse; ii. en caso de cumplirse imperfectamente; o, iii. en caso de haberse retardado en el cumplimiento.<sup>14</sup> Todas estas posibilidades —escuetas, por cierto, al profundizarse por el legislador— son las que originan el deber general de resarcir daños y perjuicios, según nuestra legislación.

Bajo este paraguas escueto pero suficiente que otorga nuestra normativa, surge la primera duda que procuraremos responder por medio de este análisis. ¿Acaso cualquiera de las condiciones descritas en los párrafos previos (no hacer algo, hacerlo imperfectamente o hacerlo retardadamente)<sup>15</sup> no son condiciones que los remedios contractuales buscan mitigar al incluirlos en los contratos que suscribimos a diario? La respuesta es firme, sí; todas estas posibilidades pueden ser previstas mediante la inclusión de cláusulas de remedios que pueden o no conllevar indemnización por daños en caso de incumplimiento.

Bajo el esquema general que maneja nuestra legislación, al tener el acreedor que demandar por el incumplimiento de un contrato, este puede requerir el cumplimiento o la resolución y —en cualquiera opción— sumar la pretensión de los daños y perjuicios si los ha sufrido. Doctrinariamente hablando, Guillermo Ospina Fernández identifica al perjuicio del acreedor como: “El daño o detrimento que experimenta por la inexecución total o parcial, o por la ejecución tardía o defectuosa de la prestación que le es debida”.<sup>16</sup>

---

12. Guillermo Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones* (Bogotá: Editorial Temis, 2016), 91.

13. Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 104, Suplemento, 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R. O. 526, 19 de junio de 2015, art. 1571.

14. *Ibíd.*, art. 1572.

15. Luis Armando Tolosa Villabona, “De los principios del derecho obligacional y contractual contemporáneo”. *Estudios Socio-Jurídicos* 19, n.º 2 (2017): 13-61, <https://doi.org/10.12804/revistas.urosario.edu.co/sociojuridicos/a.5701>.

16. Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, 121.

Como quedó establecido, la duda que procurará absolver este análisis es si se podría estipular desde la suscripción del contrato, la posibilidad y la forma de resarcir esos daños y perjuicios; pues, de cualquier manera, son siempre complicados de demandar, probar, cuantificar y cobrar.

## LA CLÁUSULA PENAL COMO INSTITUCIÓN RESARCITORIA PARCIAL DE DAÑOS Y PERJUICIOS

Por fuera del manejo que la doctrina ha realizado al analizar la figura de la cláusula penal como garantía personal, de carácter condicional y, de si la misma corresponda a un contrato accesorio del principal o que deba estar inmerso en el contrato principal o conste por separado a este,<sup>17</sup> lo que es necesario comprender para el presente análisis es su concepto y alcance.

De conformidad con lo indicado por Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón: “pena convencional es la prestación, generalmente consistente en el pago de una suma de dinero que el obligado se compromete a satisfacer, al que tiene derecho de exigirle el cumplimiento, o a una tercera persona, en el supuesto de que incumpla o cumpla defectuosamente su obligación”.<sup>18</sup>

En tal sentido, uno de los más usuales remedios contractuales manejados en el tráfico comercial es la cláusula penal. El art. 1551 del Código Civil<sup>19</sup> define que, por dicha institución, una persona para asegurar el cumplimiento de una obligación se sujeta a una pena que consiste en dar o hacer algo en caso de no cumplir la obligación principal o de retardar su cumplimiento.

Sin embargo, lo que da origen al análisis propuesto es el abanico de opciones que otorga el art. 1559 del Código Civil, mismo que, en resumen, indica: i. se puede pedir la pena más la indemnización de perjuicios, siempre que así quede pactado en el contrato; y, ii. queda en arbitrio del acreedor requerir la indemnización o la pena.<sup>20</sup> Entonces, y sin darle un calificativo mayor, terminaría siendo *incongruente* el que la norma sustantiva supuestamente no te permita pactar como remedios una cláusula penal y además la posibilidad de reclamar

---

17. Carlos M. Ramírez Romero, *Curso de Derecho Mercantil* (Quito: Oni Grupo Editorial, 2019), 321-3.

18. Díez-Picazo y Gullón, *El contrato en general...*, vol. II, t. I, 160.

19. Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 104, Suplemento, 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R. O. 526, 19 de junio de 2015, art. 1551.

20. *Ibid.*, art. 1559.

daños y perjuicios, pues, al parecer, dispone potestativamente en la segunda parte del artículo, que el acreedor debe escoger entre uno de los dos remedios.<sup>21</sup>

Hay varias formas de analizar la supuesta prohibición. Una cosa es acumular en dos rubros denominados de diferente manera el mismo concepto de fondo —lo cual podría oponerse a un sentido de buena fe contractual y, por tanto, estar errado— y otra,<sup>22</sup> establecer condiciones contractuales amplias que cubran totalmente el riesgo del acreedor, usando ambas figuras al mismo tiempo.

Es importante recalcar que la buena fe contractual, al ser el pilar sobre el que se sostienen las relaciones sinalagmáticas, debe ser la base y la guía sobre la cual descansen los remedios contractuales y, por tanto, si dicha *bona fides* permite en el negocio pactado la mantención del equilibrio de sus partes contractuales, mediante la acumulación de remedios (cláusula penal y daños y perjuicios), a todas luces resultaría posible así manejarlo.

Al respecto, Luis Claro Solar nos retrotrae a un análisis primigenio del derecho romano e indica: “Esta regla, que data del derecho romano, se suele defender diciendo que la equidad exige que el acreedor insatisfecho resulte siempre ileso, por lo cual, si la estimación convencional es inferior a los perjuicios realmente sufridos por él, aunque la pena le haya sido pagada, tiene derecho a cobrar la diferencia”.<sup>23</sup> A continuación, ejemplificaré la posición, con varias posibilidades.

Primero: que se pacte una pena moratoria (intereses) calculada en la cantidad de dinero relativa al contrato —posiblemente la pagada por el acreedor para la prestación—, lo cual se interpreta como el valor del dinero en el tiempo y que, además, se defina un valor relativo al daño emergente y al lucro cesante, que por supuesto conlleva distintos conceptos y pueden ser mayores por la envergadura o tipo de contrato o, incluso, que sin definirlos, se permita reclamar a futuro daños y perjuicios que los pueda cuantificar un juez por esos mismos conceptos.<sup>24</sup>

---

21. Katuska Hernández Fraga y Danay Guerra Cosme, “El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones”. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (REJIE Nueva Época)*, n.º 6 (julio 2012): 27-46, <https://doi.org/10.24310/REJIE.2012.v0i6.7773>.

22. Jassir Alvarez Estrada, “La libertad contractual del consumidor en Colombia: ¿límite o realidad? Contratos de adhesión. Condiciones generales del contrato-cláusulas abusivas”. *Erg@omnes* 1, n.º 1 (2009): 136-65, <https://doi.org/10.22519/22157379.241>.

23. Luis Claro Solar, *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*, t. XII (Santiago: Editorial Nascimento, 2013), 571.

24. Inmaculada Vivas Tesón, “El derecho contractual antidiscriminatorio: *drittwirkung* y liber-

Segundo: que se pacte una cláusula penal de indemnización compensatoria, pero que esta sea irreal o basada en una proyección no comprobada de resarcimiento real por el incumplimiento contractual y, que se deje abierta la posibilidad de cuantificar el exceso del resarcimiento que no esté incluido en la cláusula penal, mediante el uso de soportes documentales o, nuevamente, que se pueda demandar por los daños y perjuicios que sobrepasen esa proyección inicial realizada y cuantificada contractualmente.<sup>25</sup>

En ambos ejemplos, que además no terminarán siendo taxativos respecto del inmenso mundo del tráfico contractual y sus posibilidades, todo dependerá de la forma adecuada de redactar en los contratos, la acumulación de la cláusula penal más los daños y perjuicios en beneficio del acreedor, lo cual sería perfectamente válido estipularlo y ejecutarlo, en virtud de lo indicado en la primera parte del art. 1559 del Código Civil.<sup>26</sup>

En el mismo sentido, en un análisis similar pero a la legislación española, José Miguel Rodríguez Tapia manifiesta: “A pesar de la coincidencia doctrinal el Código Civil no está impidiendo que se indemnice el mayor daño, aun a falta de pacto expreso, y solo lo impedirá cuando se pacte expresamente lo contrario, de manera que es posible indemnizar al acreedor por el daño mayor a la pena estipulada, siempre que se prueben derivados del incumplimiento del deudor, incluso no doloso, y que no se haya excluido esa posibilidad, pues queda sin sentido una cláusula penal que no conmina al deudor a cumplir porque la pena es inferior a los daños esperados ni cumple función indemnizatoria alguna”.<sup>27</sup>

Cuando, por el contrario, pueda demostrarse por parte del deudor que económicamente la cuantificación de una cláusula penal más la de daños y perjuicios contractuales o de posible cuantificación posterior por un juez, impliquen para él la duplicación del resarcimiento por ser los mismos conceptos con nombre diferente o por causarle una reparación desproporcionada a la realidad contractual,

---

tad negocial”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* 13, n.º 1 (2021): 672-92, <https://doi.org/10.20318/cdt.2021.5976>.

25. Patricia Verónica López Díaz, “La confianza razonable y su relevancia como criterio fundante de la tutela de ciertas anomalías o disconformidades acaecidas durante el Iter Contractual”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 36 (diciembre 2018): 127-68, <https://doi.org/10.18601/01234366.n36.05>.
26. Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 104, Suplemento, 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R. O. 526, 19 de junio de 2015, art. 1559.
27. José Miguel Rodríguez Tapia, “Sobre la Cláusula Penal en el Código Civil”. *Anuario de Derecho Civil* (1993): 511 y ss.

que pueda incluso caber dentro de un concepto de enriquecimiento injustificado, entonces allí se debería aplicar la segunda parte del 1559 del Código Civil.<sup>28</sup>

Alessandri y Somarriva, citados por el profesor Guillermo Ospina, están en contra de que el acreedor pueda exigir —al tiempo— la pena y la indemnización de perjuicios, así estos se dejen expresamente salvos y que la pena tome carácter de apremio o sancionador por el retardo de la obligación principal. No participan en que no se vea afectado el derecho del acreedor, para que se le resarza por el incumplimiento total, parcial o defectuosos del contrato;<sup>29</sup> esto, como evidencia de una corriente conservadora de sujeción literal de las normas de códigos civiles latinoamericanos, en la primera mitad del siglo anterior.

Corroborando lo antes mencionado, la legislación española, con una misma base en cuanto al origen de la nuestra, si bien ha identificado a la cláusula penal como sustitutiva de la indemnización de daños y perjuicios y abono de intereses, ha circunscrito en el art. 1101 de su Código Civil, que esa capacidad de sustitución es una norma no imperativa. Luis Díez-Picazo y Antonio Gullón lo ratifican: “Pero la norma del código civil, como ella misma indica, no es imperativa (si otra cosa no se hubiere pactado). Es en ausencia de esa voluntad cuando se entiende en función sustitutoria”.<sup>30</sup>

## INDEMNIZACIÓN MORATORIA

Llamamos indemnización moratoria al hecho por el cual el acreedor podría cobrar intereses por el solo retardo en el cumplimiento de la obligación.<sup>31</sup> Nuestro Código Civil estipula que existen reglas para cuantificar los daños y perjuicios que pueda ocasionar la mora o retardo en el cumplimiento de la obligación, por ejemplo, en el deber de pagar una cantidad de dinero. Así, el numeral segundo del art. 1575,<sup>32</sup> ratifica que, no se requiere justificar perjuicios para cobrar intereses y se entienden, por tanto, dos temas totalmente diferentes.

28. Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 104, Suplemento, 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R. O. 526, 19 de junio de 2015, art. 1559.

29. Alessandri Rodríguez y Manuel Somarriva Undurraga, *Curso de Derecho Civil*, t. III (Santiago: Editorial Nascimento, 1962), 235.

30. Díez-Picazo y Gullón, *El contrato en general...*, vol. II, t. I, 160-1.

31. Hernando Ramírez Aristizábal, “Indemnización o sanción moratoria: jurisprudencia laboral”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, n.º 75 (diciembre 1986): 116-22, <https://revistas.upb.edu.co/index.php/derecho/article/view/5002>.

32. Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 104, Suplemento, 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R. O. 526, 19 de junio de 2015, art. 1575.

En el mismo sentido, el art. 1553 del Código Civil<sup>33</sup> deja abierta la posibilidad —si se dejase estipulado en el contrato— de requerir el cobro de la pena moratoria por el retardo (intereses) y además el cumplimiento de la obligación principal, que podría conllevar como remedio el cuantificar los daños y perjuicios, por no extinguirse dicha obligación principal con la simple pena moratoria.

Ratificando esta posición, el art. 1569 del Código Civil<sup>34</sup> indica que, en obligaciones de hacer, el acreedor al constituir en mora al deudor puede requerir junto con la pena moratoria (intereses) que se le indemnicen los daños y perjuicios resultantes del incumplimiento del contrato.

En el criterio de Carlos M. Ramírez Romero, solamente si la pena —se entiende la moratoria— fuere infinitamente inferior a la obligación principal, puede presumirse que se ha estipulado por el simple retardo en el cumplimiento y no para indemnizar la obligación principal.<sup>35</sup>

## INDEMNIZACIÓN COMPENSATORIA

Como su nombre bien lo indica, este tipo de cláusula penal lo que conlleva es la elección de que se reclame la pena en lugar del cumplimiento de la obligación principal, como compensación.<sup>36</sup> Es decir, el acreedor estará en la posibilidad de requerir el cumplimiento de la obligación contractual (lo que podría devenir en el remedio de cobrar o demandar daños y perjuicios) o en el pago de la cláusula penal.

La doctrina especializada española manifiesta que la cláusula penal no es sino un tipo de obligación facultativa, cuando se establece la posibilidad de que el deudor se libere de la obligación principal pagando la pena.<sup>37</sup>

En conclusión, según nuestra legislación y jurisprudencia, en caso de indicarse expresamente en el contrato el hecho de que el pago o cobro de la cláusula

---

33. *Ibíd.*, art. 1553.

34. *Ibíd.*, art. 1569.

35. Ramírez Romero, *Curso de Derecho Mercantil*, 325.

36. Francisco José Cañal García, “Tratamiento fiscal de la indemnización compensatoria entre cónyuges: análisis de la SAN de 3 de diciembre de 2014, rec. núm. 6/2014”. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF*, n.º 387 (junio 2015): 141-8, <https://revistas.cef.udima.es/index.php/RCyT/article/view/4893>.

37. Enrique Ruiz Vadillo, “Algunas consideraciones sobre la cláusula penal”. *Revista de Derecho Privado* 59, n.º 5 (1975): 374 y ss.

sula penal es el resarcimiento total del daño causado al acreedor, no habría una posibilidad real de reclamar daños y perjuicios adicionales, a no ser que se deje liberada la opción en el contrato.

En palabras de Carlos M. Ramírez Romero: “Si la pena es compensatoria, esto es que se ha estipulado la pena por el incumplimiento de la obligación, no procede generalmente la acumulación de la pena con la obligación principal salvo en el caso de que la ley autorice esta acumulación o cuando se ha estipulado en el contrato que por el pago de la pena no se entiende extinguida la obligación principal”.<sup>38</sup>

Arturo Alessandri, asimismo, maneja su teoría —podría decirse— complementaria sobre la acumulación del tipo de penas, al indicar: “La regla general en el Derecho es que la pena sea compensatoria, de modo que en los casos de duda acerca del carácter de la pena, o si las partes no han dicho nada, el juez debe inclinarse por la pena compensatoria, y en consecuencia no ordenará su acumulación con la obligación principal. Pero, no hay ningún inconveniente para que puedan acumularse la pena compensatoria con la moratoria”.<sup>39</sup>

De aquí es que nace la conclusión, de la necesidad de la estipulación contractual amplia y suficiente en favor del acreedor, para el resarcimiento o estabilización de la condición en la que se encontraba antes de contratar.

## PERJUICIO DEL ACREEDOR Y LÍMITES EN LA REPARACIÓN DE LOS DAÑOS Y PERJUICIOS

Perjuicio en concepto del maestro Guillermo Ospina Fernández es: “el daño o detrimento que experimenta el acreedor por la inejecución total o parcial, o por la ejecución tardía o defectuosa de la prestación que les es debida”.<sup>40</sup>

Es necesario que exista perjuicio real hacia el acreedor para que el deudor se vea obligado al deber de indemnizar.<sup>41</sup> El interés jurídico del acreedor se

38. Ramírez Romero, *Curso de Derecho Mercantil*, 325.

39. Arturo Alessandri Rodríguez, *Derecho Civil. Teoría de las obligaciones* (Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 1988), 137.

40. Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, 121.

41. Rubén Pérez Baile, “Contrato de agencia. Reclamación por daños y perjuicios: caso práctico”. *CEFLegal. Revista práctica de Derecho*, n.º 14 (marzo 2002): 192-4, <https://revistas.cef.udima.es/index.php/ceflegal/article/view/15475>.

debe ver vulnerado o no tutelado, para que nazca a la vida el daño que se le pueda ocasionar.

Si bien el incumplimiento del deudor podría ocasionar una cascada amplísima de perjuicios para el acreedor, esto no quiere decir que se deban indemnizar todos de una manera indefinida, sin límite o sin proporción.<sup>42</sup> En un análisis objetivo, Philippe Malinvaud es preciso en advertir que, en general, la vida está marcada por la generación de daños que afectan a las personas (acreedores);<sup>43</sup> idea que se complementa con la de responsabilidad que plantea Marcelo López cuando menciona: “es obligación el reparar el daño causado por un acto contrario al orden jurídico”.<sup>44</sup>

Conforme los códigos latinoamericanos de origen francés, la cuantificación del perjuicio habitualmente es una tarea atribuida al juez, conforme lo alegue, demuestre y cuantifique el acreedor.<sup>45</sup> Algunos autores indican en complemento que, tan solo excepcionalmente esa estimación del perjuicio puede tener un origen convencional o contractual,<sup>46</sup> lo cual ha sido corroborado por el análisis previo de la legislación ecuatoriana y los remedios también mencionados.

Como ha quedado previamente indicado, el límite más tangible en el resarcimiento de los daños y perjuicios a favor del acreedor es la duplicación de indemnización que este podría recibir en determinada condición. Este entendido surge de la idea del cobro automático de la cláusula penal, sumada a la posibilidad de demandar daños y perjuicios posteriormente.

Sin ser objeto de este estudio, un límite adicional a tomar en cuenta es la figura de la cláusula penal enorme que consta estipulada en nuestro ordenamiento jurídico, en el art. 1560.<sup>47</sup> La misma, en palabras de Carlos Ramírez, implica: “Existe cláusula penal enorme cuando se ha pactado la pena por una cantidad

---

42. Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, 121-4.

43. Philippe Malinvaud, *Droit des obligations* (París: Litec-LexisNexis, 2007), 369.

44. Marcelo J. López Mesa, *Presupuestos de la responsabilidad civil* (Bogotá: Editorial Astrea, 2013), 9-11.

45. José Ignacio Atienza López, “Contrato de viaje combinado: responsabilidad por daños y perjuicios”. *CEFLegal. Revista práctica de Derecho*, n.º 18 (julio 2002): 163-5, <https://revistas.cef.udima.es/index.php/ceflegal/article/view/15605>.

46. Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, 128-9.

47. Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 104, Suplemento, 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R. O. 526, 19 de junio de 2015, art. 1569.

que exceda al duplo de la obligación principal. En este caso, podrá pedirse que la pena se rebaje en lo que exceda al duplo de la obligación principal”.<sup>48</sup>

Sin entrar a profundizar en el análisis de la figura, la conclusión más evidente es que los reales daños y perjuicios podrían superar el duplo de la obligación principal; por lo cual, se ratifica la posición de redactar exclusiones en los contratos, incluso sobre este tipo de cláusulas, para no limitar la protección del acreedor.<sup>49</sup> Cuestión diferente es el que se estipulen cláusulas penales que sean contrarias a la moral o al orden público, por superar, con mucho, los reales daños y perjuicios causados.<sup>50</sup>

Sin embargo, Guillermo Ospina indica en su análisis: “Si al pactar la cláusula penal, la intención real del acreedor es la de establecer un apremio para el deudor, independientemente del cumplimiento de la obligación principal y de la indemnización compensatoria de ella, así deberá dejarlo expresamente estipulado, pues, de no hacerlo, no habrá lugar al cúmulo de la pena y de la obligación principal”,<sup>51</sup> con lo cual, nuevamente la doctrina ratifica que, si se estipula en el contrato como acuerdo de las partes, cualquier acumulación procede.

## CASUÍSTICA JURISPRUDENCIAL EN EL ECUADOR

### CAUSA N.º 17113-2014-2589<sup>52</sup>

El actor (propietario) reclama la resolución de una promesa de compraventa por incumplimiento de su objeto, además de la penalidad moratoria de USD 6000,00 por retardo del pago de las cuotas —incluso comprobada con la constitución en mora que realizó—, más un valor de uso y habitación contractualmente estipulado de USD 350,00 mensuales por 6 meses y, finalmente, daños

---

48. Ramírez Romero, *Curso de Derecho Mercantil*, 323.

49. Rubén Pérez Baile, “Entrega tardía de mercancías. Incumplimiento de contrato y reclamación por daños y perjuicios”. *CEFLegal. Revista práctica de Derecho*, n.º 13 (febrero 2002): 174-6, <https://revistas.cef.udima.es/index.php/ceflegal/article/view/15433>.

50. Antonio Salas Carceller, “Aportación de la jurisprudencia a la modernización del derecho de contratos”, en *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos*, coord. Joaquín Ataz López y Carmen Leonor García Pérez (Navarra: Editorial Aranzadi, 2019).

51. Ospina Fernández, *Régimen general de las obligaciones*, 152.

52. Ecuador Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Causa n.º 17113-2014-2589*, 22 de diciembre de 2022.

y perjuicios (solo reclama daño emergente) por la no firma —a tiempo— de la compraventa definitiva.

El demandado (comprador) objeta que el cobro de la penalidad de USD 6000,00 —pena moratoria—, lo es tanto de la pena como también de los daños y perjuicios (daño emergente), basándose en lo que menciona la cláusula sexta del contrato, que indica que se entenderá resarcido todo daño o perjuicio con el cobro de la penalidad moratoria.

Juez *a quo* y *ad quem*, fallan de manera incompleta (no sentencian sobre todas las pretensiones del actor) y el juez de casación, casa de la sentencia de apelación, con base en el art. 1559 del Código Civil,<sup>53</sup> y ratifica que, si no se estipuló contractualmente que se podían demandar la penalidad y además los daños y perjuicios, estos últimos no proceden.

La Corte Nacional, pudiendo a discreción corregir las sentencias previas para lograr equidad en beneficio de las partes, quizá desfavorables para el acreedor en mayor proporción, habría podido ratificar que las mensualidades de uso y habitación no fueron canceladas por el demandado y que, por tanto, los daños y perjuicios centrados en el daño emergente que se reclamaba sí eran un rubro distinto, cuantificable e indemnizatorio, diferente del cobro de la cláusula penal moratoria. Sin embargo, bajo un criterio conservador al no indicarse en el contrato, la posible acumulación no fue concedida.

### CAUSA N.º 13337-2018-00844<sup>54</sup>

Actor (adquirente licenciataria de un software) reclama daños y perjuicios de USD 300 000,00 entre daño emergente y lucro cesante, provenientes de un licenciamiento de producto, *software* defectuoso de administración, venta y cobranza de productos, que causó daños pecuniarios —pérdidas— que pudieron demostrarse.

El demandado (licenciante del *software*) objetó sin probar la inexistencia de los daños y perjuicios, pero subsidiariamente alegó la existencia de un contrato de licenciamiento, con cláusulas penales por incumplimientos, ratificando que

53. Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 104, Suplemento, 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R. O. 526, 19 de junio de 2015, art. 1559.

54. Ecuador Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en *Causa n.º 13337-2018-00844*, 1 de septiembre de 2022.

deberían ser esas penalidades compensatorias las que debían cobrarse y no los daños y perjuicios cuantificados.

Juez *a quo* y de casación (juez *ad quem* acepta tesis del demandado), fallan al tenor del art. 1572, aceptando la prueba de la cuantificación de daños y perjuicios y rechazando la oposición de existir multas contractuales compensatorias, que cubran los reales daños causados o, que hayan existido renunciaciones contractualmente estipuladas, a demandar resarcimientos.

La Corte Nacional en esta ocasión, aun no habiéndose dejado salvo contractualmente el derecho de demandar daños y perjuicios, pero tampoco de sustituirlos o acumularlos con la multa o pena compensatoria, dio paso al reclamo de daños y perjuicios, consiguiendo equidad para el acreedor.

## CONCLUSIÓN

El prisma amplio que nuestro Código Civil nos puede dar, para manejar una realidad negocial mundial cada vez más acelerada y vertiginosa, debe ser la base de la repotenciación de nuestra norma sustantiva, para lograr equidad y verdadera protección a favor de los acreedores de las relaciones contractuales.

La forma de redactar los remedios en los contratos, entre ellos, la acumulación de penas moratorias y compensatorias, e incluso la autorización específica o la no prohibición para demandar y/o cuantificar en el mismo contrato daños y perjuicios acumulables o adicionales o sustitutorios —dependiendo de la condición— a los de las cláusulas penales, debe convertirse en una costumbre negocial de protección contractual para el acreedor de la relación contractual.

El mejoramiento de la calidad de la vida negocial para los contratantes implica disminuir a su favor los riesgos de manejar el contrato e incluso si este debe concluir en un litigio.

Abogados, jueces y académicos estamos en la obligación de discutir mejores contratos, más específicos remedios contractuales y dar mayores coberturas a las partes negociales de la relación contractual, debiendo sujetarnos a los panoramas más progresistas que podemos visualizar en países de la región o de Europa, de cuyas doctrinas y avances jurisprudenciales, hoy en día podemos analizar y discutir mejoras como la planteada en este estudio.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alessandri Rodríguez, Arturo. *Derecho civil. Teoría de las obligaciones*. Bogotá: Ediar-ConoSur, 1988.
- Alessandri Rodríguez, Arturo, y Manuel Somarriva Undurraga. *Curso de derecho civil*. Santiago: Editorial Nascimento, 1962.
- Álvarez Estrada, Jassir. “La libertad contractual del consumidor en Colombia: ¿mito o realidad? Contratos de adhesión. Condiciones generales del contrato-cláusulas abusivas”. *Erg@omnes* (2009): 136-65.
- Atienza López, José Ignacio. “Contrato de viaje combinado: responsabilidad por daños y perjuicios”. *Revista práctica de Derecho* 18 (2002): 163-5.
- Baena Cárdenas, Luis Gonzalo. *Reflexiones acerca de la responsabilidad contractual del fiduciario*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2013.
- Cañal García, Francisco José. “Tratamiento fiscal de la indemnización compensatoria entre cónyuges: análisis de la SAN de 3 de diciembre de 2014, rec. núm. 6/2014”. *Revista de Contabilidad y Tributación. CEF* 387 (2015): 141-8.
- Claro Solar, Luis. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Vol. VI. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2013.
- Díez-Picazo, Luis, y Antonio Gullón. *El contrato en general. La relación obligatoria. Contratos en especial. Cuasi contratos. Enriquecimiento sin causa. Responsabilidad extracontractual*. Vol. II. Madrid: Tecnos, 2005.
- Díez-Picazo y Ponce de León, Luis. “Contrato y libertad contractual”. *THEMIS. Revista de Derecho*, n.º 49 (2004): 15-21.
- Ecuador Asamblea Nacional del Ecuador. *Código Civil*. Registro Oficial 15, 2015.
- Ecuador Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de los Civil y Mercantil. *Causa n.º 13337-2018-00844*. 12 de julio de 2018.
- . *Resolución de contrato 17113-2014-2589*. 9 de enero de 2014.
- Hernández Fraga, Katiуска, y Danay Guera Cosme. “El principio de autonomía de la voluntad contractual civil. Sus límites y limitaciones”. *Revista Jurídica de Investigación e Innovación Educativa (REJIE Nueva Época)* 6 (2021): 27-46.
- López Díaz, Patricia Verónica. “La confianza razonable y su relevancia como criterio fundante de la tutela de ciertas anomalías o disconformidades acaecidas durante el iter contractual”. *Revista de Derecho Privado*, 13 (2018): 127-68.
- López Mesa, Marcelo J. *Presupuestos de la responsabilidad civil*. Bogotá: Astrea, 2013.
- Malinvaud, Philippe, Mustapha Mekki y Jean Baptiste Seube. *Droit des obligations*. París: LexisNexis, 2023.

- Ospina Fernández, Guillermo. *Régimen general de las obligaciones*. Bogotá: Temis, 2016.
- Pantaleón Prieto, Ángel Fernando. “Las nuevas bases de la responsabilidad contractual”. *Anuario de Derecho Civil* 46, n.º 4 (1993): 1719-46.
- Parraguez Ruiz, Luis S. *Régimen jurídico del contrato*. Quito: Cevallos Editora Jurídica, 2021.
- Pérez Baile, Rubén. “Contrato de agencia. Reclamación por daños y perjuicios”. *Revista práctica de Derecho* 14 (2002): 192-4.
- . “Entrega tardía de mercancías. Incumplimiento de contrato y reclamación por daños y perjuicios”. *Revista práctica de Derecho* 13 (2002): 174-6.
- . “Incumplimiento de contrato de compraventa mercantil. Indemnización por daños y perjuicios al vendedor”. *Revista Práctica de Derecho* 15 (2002): 180-2.
- Ramírez Aristizábal, Hernando. “Indemnización o sanción moratoria: jurisprudencia laboral”. *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas* 75 (1986): 116-22.
- Ramírez Romero, Carlos M. *Curso de Derecho Mercantil*. Quito: ONI Grupo Editorial, 2019.
- Rodríguez Tapia, José Miguel. “Sobre la Cláusula Penal en el Código Civil”. *Anuario de Derecho Civil* 46, n.º 2 (1993): 511-88.
- Ruiz Vadillo, Enrique. “Algunas consideraciones sobre la cláusula penal”. *Revista de derecho privado* 59, n.º 5 (1975): 374-412.
- Salas Carceller, Antonio. “Aportación de la jurisprudencia a la modernización del derecho de contratos”. En *Estudios sobre la modernización del derecho de obligaciones y contratos*, coordinado por Joaquín Ataz López y Carmen Leonor García Pérez, 413-28. Navarra: Editorial Aranzadi, 2019.
- Tolosa Villabona, Luis Armando. “De los principios del derecho obligacional y contractual contemporáneo”. *Estudios Socio-Jurídicos* (2017): 13-61.
- Vidal Olivares, Álvaro R. “Cumplimiento e incumplimiento contractual en el Código Civil. Una perspectiva más realista”. *Revista Chilena de Derecho* 34, n.º 1 (2007): 41-59.
- Vivas Tesón, Inmaculada. “El derecho contractual antidiscriminatorio: drittwirkung y libertad negocial”. *Cuadernos de derecho transnacional* 13, n.º 1 (2021): 672-92.

#### DECLARACIÓN DE CONFLICTO DE INTERESES

El autor declara no tener ningún conflicto de interés financiero, académico ni personal que pueda haber influido en la realización del estudio.

# La paradoja de la causalidad: ¿quién paga por el daño en un mar de responsables?

*The Causation Paradox:  
Who Bears the Cost in a Sea of Liable Parties?*

**Nicolás Camilo Maldonado Garcés**

*Abogado, Universidad San Francisco de Quito*  
Quito, Ecuador.  
nmaldonado@lexvalor.com  
<https://orcid.org/0009-0000-2732-5276>

**Mateo Antonio Sánchez Villacís**

*Abogado, Universidad San Francisco de Quito*  
Quito, Ecuador.  
mateosanchez@osgoode.yorku.ca  
<https://orcid.org/0009-0006-9217-4332>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2025.44.3>

Fecha de recepción: 13 de enero de 2025

Fecha de revisión: 18 de febrero de 2025

Fecha de aceptación: 10 de marzo de 2025

Fecha de publicación: 1 de julio de 2025

Licencia Creative Commons



## RESUMEN

La causalidad determina un vínculo necesario entre un hecho antijurídico y el daño, determinando quién debe asumir la obligación de indemnizar un perjuicio causado. Aun así, el derecho de daños enfrenta desafíos significativos en casos complejos que involucran múltiples actores y diversas causas que contribuyen al daño. Para abordar estas situaciones, las corrientes de causalidad han desarrollado herramientas que permiten identificar responsables, incluso atribuyendo responsabilidad a más de un sujeto, siempre que sus acciones cumplan con los criterios de relevancia jurídica y proximidad causal. A pesar de estos avances, persiste una notable laguna normativa en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual. No se identifica un marco legal claro que contemple la solidaridad entre los responsables en casos donde actos antijurídicos independientes concurren para causar un daño final. Idealmente, esta concurrencia debería dar lugar a un régimen de solidaridad entre los autores, permitiendo que las cargas indemnizatorias se distribuyan equitativamente. Sin embargo, debido a las limitaciones inherentes a las fuentes tradicionales de solidaridad, este régimen no es viable. La ausencia de un mecanismo que permita establecer un derecho de repetición en estos casos subraya la necesidad de una reforma legislativa. Un desarrollo normativo que regule la solidaridad proporcional en casos de concurrencia de actos antijurídicos sería esencial para garantizar una redistribución justa de las cargas indemnizatorias.

**PALABRAS CLAVE:** responsabilidad civil; daño; causalidad; indemnización; solidaridad; repetición; proporcionalidad; extracontractual.

## ABSTRACT

Causation is a necessary link between an unlawful act and the damage, determining who must assume the obligation to compensate for an injury caused. Tort law faces significant challenges in complex cases involving multiple actors and various causalities contributing to the damage. In light of these situations, causation currents have developed different tools that allow the identification of responsible parties, even attributing liability to more than one individual, provided that their actions meet the criteria of legal relevance and causal proximity. Despite these advances, a notable regulatory gap exists in tort and civil liability. There is no clarity in the legal framework that contemplates solidarity among liable parties in cases where independent unlawful acts concur to cause damage. Ideally, this concurrence should give rise to a regime of solidarity among tortfeasors, allowing compensation burdens to be assigned equitably. However, due to the limitations inherent in the traditional sources of solidarity, such a re-

gime is not feasible. In these cases, the absence of a mechanism to establish a right of recourse underlines the need for legislative reform. A normative development regulating proportional solidarity in cases of concurrence of wrongful acts would be essential to ensure a fair redistribution of compensation burdens.

KEYWORDS: civil liability; damage; causality; compensation; solidarity; repetition; proportionality; torto.

FORO

## INTRODUCCIÓN

La paradoja de la causalidad surge al determinar cómo distribuir equitativamente la responsabilidad cuando múltiples actores, mediante acciones independientes o interrelacionadas, contribuyen a un mismo daño. El desafío radica en establecer un criterio que considere tanto la relación de causalidad como el grado de incidencia de cada conducta en la producción del perjuicio.

La causalidad, el elemento esencial de la responsabilidad civil, establece un vínculo causa-efecto entre un hecho antijurídico y el daño. Wright enseña que para determinar la causalidad es necesario un estudio fáctico, indagando la existencia de un conjunto de antecedentes suficientes para producir el daño.<sup>1</sup> Empero, para Knutzen, se debe recurrir a otros factores para definir el elemento causalidad porque existen supuestos de carácter ambiguo, donde no solo una conducta negligente del demandado es la razón del daño, sino que también otros factores y causas con relevancia suficiente para causarlo.<sup>2</sup> Los casos donde múltiples acciones u omisiones causan daño a un tercero exigen analizar cómo se distribuyen responsabilidades y obligaciones de reparación. ¿Es la indemnización solidaria en estos casos? Si lo es, ¿el codeudor que paga toda la indemnización puede repetir contra los demás causantes?

- 
1. Richard Wright, "Causation in Tort Law", *California Law Review* 7, n.º 6 (1985): 1735-1828, <https://bit.ly/4hHveao>.
  2. Erik S. Knutzen, "Ambiguous Cause-in-Fact and Structured Causation: A Multi-Jurisdictional Approach", *Texas International Law Journal* 38, n.º 249 (2003), <https://bit.ly/3EsafKm>.

Este trabajo analiza las teorías de causalidad en doctrina y jurisprudencia para asignar responsabilidad en casos con múltiples causantes. Se examina la viabilidad del derecho de repetición en responsabilidad civil extracontractual, ya sea bajo un régimen solidario u otros mecanismos legales, destacando vacíos y retos en la distribución de cargas. Esto, dando un paso clave por el derecho comparado.

## LA CAUSALIDAD, CLAVE EN EL DERECHO DE DAÑOS

El derecho de daños se justifica en la búsqueda de una distribución correcta de los infortunios. Genera un orden social e impide que el individuo que ha sido víctima de un daño, soporte un daño del que no está obligado a asumir. Estrella Gutiérrez explica que el derecho de daños tiene por propósito garantizar al individuo una indemnización contra ciertas formas de lesión o menoscabo a su persona.<sup>3</sup> En el camino de alcanzar este reparto de infortunios, se garantizan funciones de prevención, sanción y regulación del comportamiento humano. Pizarro y Vallespinos, explicando las funciones del derecho de daños, aclaran que este engloba todas las cuestiones vinculadas con la prevención, y obligación de reparar todo daño causado (o sufrido) con motivo de la violación al deber general de no dañar o de un incumplimiento obligacional.<sup>4</sup>

Ahora, la responsabilidad civil requiere la existencia de tres elementos, estos son: el daño serio y real, el hecho antijurídico y la causalidad. Este último se define como el nexo resultante del hecho determinante del daño y el daño propiamente dicho.<sup>5</sup> Izquierdo afirma que la existencia del nexo causal es una cuestión sustancial e indispensable previa a la atribución de responsabilidad, porque sin un sujeto que por acción u omisión haya causado el hecho antijurídico a un tercero produciendo un daño, no existirá responsabilidad civil.<sup>6</sup> En el mismo hilo, la Corte Nacional de Justicia del Ecuador expresa que es menester que,

- 
3. Graciela Messina de Estrella Gutiérrez, *Función actual de la responsabilidad civil* (Buenos Aires: Editorial La Rocca, 1991), 37.
  4. Ramón Daniel Pizarro y Carlos Gustavo Vallespinos, *Instituciones de derecho privado. Obligaciones* (Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999), 461-2.
  5. Jorge Beltrán Pacheco, “Estudios de la relación causal en la responsabilidad civil”, *Derecho & Sociedad* 1, n.º 23 (2004): 1, <https://bit.ly/3Q85Q1Q>.
  6. Iván Andrés Izquierdo, “Causalidad adecuada: una torería de responsabilidad civil extracontractual aplicable al ordenamiento jurídico ecuatoriano”, *Repositorio de la Universidad San Francisco de Quito* (2020): 4, <https://bit.ly/4hGz7we>.

entre el dolo o la culpa, por una parte, y el daño por otra, haya una relación de causalidad, es decir, que este sea la consecuencia o efecto de ese dolo o culpa.<sup>7</sup>

La misma Corte ha expresado que: “[c]uando no existe el nexo causal probado no puede configurarse la responsabilidad directa del Estado que dé paso al deber de reparar”.<sup>8</sup> La jurisprudencia determina al nexo causal como un elemento fundamental y que, a falta de este, es ilógico pensar en determinar a quién atribuir una obligación de indemnizar.

Incluso, el Código Civil ecuatoriano también establece a la causalidad como elemento esencial de la responsabilidad civil. Una interpretación literal de la norma conlleva a la deducción de tal premisa. El art. 2214 prescribe que el autor de un delito o cuasidelito debe indemnizar a la víctima de este acto, por lo tanto, ratifica la significativa exigencia de un sujeto a quien imputarse el daño como requisito de la responsabilidad civil.<sup>9</sup>

Ahora, ante una pluralidad de actos que conllevan a un daño, ¿la función indemnizatoria puede estar atada a un régimen de solidaridad?

## **¿EL DERECHO DE DAÑOS ES CONCURRENTES A UN RÉGIMEN DE SOLIDARIDAD?**

El derecho de daños se fundamenta en la búsqueda de una distribución equitativa de los infortunios, asegurando, a su vez, funciones de prevención, sanción y regulación del comportamiento humano. Para Pizarro y Vallespinos, esta rama del derecho engloba todas las cuestiones vinculadas con la obligación de reparar todo daño.<sup>10</sup>

En lo que respecta a la función compensatoria —focalizada en la obligación de indemnización—, el art. 2214 del Código Civil ecuatoriano prescribe que el autor de un delito o cuasidelito debe indemnizar a la víctima de este acto.<sup>11</sup> Para comprender la relación entre el Derecho de Daños y las obligaciones,

---

7. Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, “Sentencia”, en *Causa n.º 0473-2009*, 22 de septiembre de 2009.

8. Ecuador, Corte Nacional de Justicia, Segunda Sala de Tribunal Distrital n.º 1 de lo Contencioso Administrativo, “Sentencia”, en *Causa n.º 11484-2004*, 15 de enero de 2010.

9. Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 104, Suplemento, 20 de noviembre de 1970, reformado por última vez R. O. 526, 19 de junio de 2015, art. 2214.

10. Pizarro y Vallespinos, *Instituciones de derecho privado*, 461-2.

11. Ecuador, *Código Civil*, art. 2214.

Díez-Picazo resalta que es tradicional considerar la responsabilidad civil extracontractual como una parte integral del Derecho de Obligaciones. Esto resulta lógico, ya que la función compensatoria genera un vínculo jurídico entre quien causa el daño y quien debe ser reparado.<sup>12</sup>

En casos que involucren una multiplicidad de actores, es crucial referirse a las obligaciones solidarias. Estas, además de implicar la participación de múltiples sujetos, permiten que el acreedor exija la totalidad de la prestación a cualquiera de los deudores, generando posteriormente un derecho de repetición o ajuste de cuentas entre ellos. Barea define las obligaciones solidarias como aquellas en las que la concurrencia de dos o más deudores permite que cada uno de ellos deba prestar íntegramente lo que es objeto de la obligación.<sup>13</sup>

El Código Civil ecuatoriano define las obligaciones solidarias como aquellas en las que, por convención, testamento o disposición legal, se faculta a cada deudor o acreedor a exigir o cumplir la totalidad de la deuda. Esto contrasta con las obligaciones divisibles, donde cada parte responde únicamente por su cuota. La solidaridad debe ser expresamente declarada en los casos no previstos por la ley.<sup>14</sup>

La norma civil también establece las características de estas obligaciones en su art. 1538, destacando que el deudor solidario que paga la totalidad de la deuda queda subrogado en la acción del acreedor, permitiéndole recuperar las cuotas correspondientes de los demás deudores.<sup>15</sup>

Surge entonces una interrogante esencial: en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual, ¿es posible establecer un régimen de solidaridad cuando múltiples sujetos han contribuido, con actos antijurídicos, a un daño? En el centro de esta incógnita se encuentra el art. 2217 del Código Civil. Si un delito o cuasidelito ha sido cometido por dos o más personas, cada una de ellas será solidariamente responsable de todo perjuicio procedente del mismo delito o cuasidelito, salvo las excepciones de los arts. 2223 y 2228.<sup>16</sup>

---

12. Luis Díez-Picazo, *Fundamentos de derecho civil patrimonial: la responsabilidad civil extracontractual* (Madrid: Thomson Civitas, 2007), 20-1.

13. Juan Jorfano Barea, “Las obligaciones solidarias”, *Anuario de Derecho Civil*, n.º 3 (1992): 845, <https://bit.ly/4huHBXS>.

14. Ecuador, *Código Civil*, art. 1527.

15. *Ibíd.*, art. 1538.

16. *Ibíd.*, art. 2217.

El art. 2217 del Código Civil incluye excepciones, como el art. 2223, que regula la ruina de edificios por falta de mantenimiento. Este ejemplo ilustra que la solidaridad puede aplicarse en casos donde una serie de actos independientes, pero interrelacionados, culminan en un daño. La inclusión de estas excepciones indica que el legislador consideró escenarios más complejos que los derivados de un único acto ilícito. Esto sugiere que el alcance del art. 2217 no se limita a hechos puntuales, como un empujón aislado, sino que podría extenderse a situaciones donde múltiples acciones u omisiones contribuyan al daño final. Este planteamiento invita a analizar si la concurrencia de actos —aunque no simultáneos— puede configurarse como delito o cuasidelito en el marco normativo vigente.

Aunque este artículo podría imputar solidaridad entre los responsables, una interpretación literal revela que su alcance se limita a delitos o cuasidelitos conjuntos, excluyendo casos de hechos independientes pero relacionados que causan daño. Este vacío normativo crea tensión entre el objetivo del Derecho de Daños —redistribuir equitativamente los infortunios— y su aplicación práctica en contextos complejos de responsabilidad extracontractual.

Esta limitación evidencia la insuficiencia del marco normativo actual para abordar situaciones en las que múltiples actos independientes, pero conexos, contribuyen a un mismo daño. Al restringir la imputación solidaria a supuestos estrictamente conjuntos, se debilita la eficacia del Derecho de Daños en su función redistributiva, dejando sin respuesta adecuada ciertos escenarios complejos de responsabilidad extracontractual y generando posibles vacíos en la reparación del perjuicio.

## **SOLIDARIDAD EN EL DERECHO DE DAÑOS: ¿UN ESQUEMA COMPATIBLE O UNA DISCREPANCIA INHERENTE?**

El derecho de repetición permite reclamar la restitución de un pago hecho en nombre de otros obligados. Esta figura jurídica aplica en casos de confusión de derechos, fianzas, contratos aleatorios, pagos indebidos, y en obligaciones condicionales y solidarias.

Cuando un deudor satisface íntegramente una obligación solidaria, adquiere la condición de acreedor frente a los demás codeudores. Esto activa el derecho de repetición, permitiéndole reclamar a cada uno su parte proporcional. En este ajuste de cuentas, la obligación se trata como conjunta en términos de

distribución, equilibrando la carga entre los deudores.<sup>17</sup> El Código Civil en su art. 1538 establece que el derecho de repetición nace como consecuencia del cumplimiento de una obligación solidaria.<sup>18</sup>

¿Es viable establecer un derecho de repetición en la responsabilidad civil extracontractual? Un ejemplo claro se encuentra en la teoría de la responsabilidad extracontractual del Estado, que le permite, tras indemnizar a una víctima por un daño causado por agentes públicos, reclamar a dichos agentes la restitución proporcional del monto pagado, siempre que se acredite dolo, culpa grave o negligencia. Este mecanismo constituye una aplicación excepcional del derecho de repetición en un régimen que, por lo general, no prevé solidaridad entre los responsables de un daño extracontractual.<sup>19</sup>

Este artículo es inherente con el principio de responsabilidad, que contiene una obligación clara para el Estado de responder por los daños causados debido a la falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos de sus servidores públicos o de sujetos privados que actúan en ejercicio de potestades públicas delegadas. Este principio asegura que no exista exoneración de responsabilidad para ningún servidor público, destacando que el Estado podrá exigir repetir contra estos.<sup>20</sup>

Güechá define esta herramienta como un medio para proteger el patrimonio público y exigir responsabilidad directa a los servidores responsables. Además, refuerza el principio de responsabilidad individual en el servicio público, promoviendo estándares de conducta adecuados en el ejercicio de sus funciones.<sup>21</sup>

Según Zavala Egas, la repetición es un mecanismo civil que busca compensar al Estado por retribuciones patrimoniales pagadas a causa de un daño generado por un sujeto.<sup>22</sup> García Falconí señala que, en casos de responsabilidad civil culposa de funcionarios públicos, deben probarse acciones u omisiones

---

17. Arturo Alessandri Rodríguez, *Teoría de las obligaciones* (Santiago: Editorial Jurídica Ediar Conosur, 1988), 285.

18. Ecuador, *Código Civil*, art. 1538.

19. Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017, reformado por última vez el 21 de enero de 2022, art. 330.

20. *Ibíd.*, art. 15.

21. Ciro Norberto Güechá, *Derecho Procesal Administrativo* (Bogotá, Grupo Editorial Ibáñez, 2014), 351.

22. Jorge Zavala Egas, *Comentarios a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional* (Quito: Edilex, 2012), 200.

que evidencien impericia, imprudencia, imprevisión o negligencia, para que el Estado pueda luego ejercer la acción de repetición contra los responsables.<sup>23</sup>

Aunque la legislación prevé la acción de repetición en la responsabilidad directa del Estado por actos de sus servidores públicos, esta resulta insuficiente para abarcar otros supuestos de responsabilidad civil extracontractual. En escenarios donde múltiples actores contribuyen al daño, no existe un mecanismo claro que permita al responsable final, según criterios de causalidad, exigir a los demás su cuota correspondiente. Esto puede generar una distribución desigual de la carga indemnizatoria. A continuación, se analiza este problema desde una perspectiva teórica y práctica, considerando las distintas doctrinas de causalidad.

## **EL LABERINTO DE LA CAUSALIDAD: ¿DÓNDE NACE EL DERECHO DE REPETICIÓN?**

En la responsabilidad civil extracontractual, resolver el problema planteado requiere analizar la atribución de responsabilidades a partir de la teoría de causalidad aplicada. Aunque la doctrina y la jurisprudencia han buscado clarificar el vínculo entre las acciones y los daños, una pregunta persiste: ¿es posible y justo reconocer solidaridad entre los responsables como base para la repetición? Desde finales del siglo XX, la doctrina civil, liderada por Fernando Pantaleón, ha distinguido entre causalidad fáctica e imputación objetiva. La primera examina la relación causa-efecto entre los hechos y el daño, mientras que la segunda realiza un análisis normativo para excluir causas irrelevantes o lejanas, utilizando criterios como la causalidad adecuada, la proximidad o el fin protector de la norma. Este apartado examina críticamente cómo las distintas teorías de causalidad interpretan esta cuestión y sus implicaciones prácticas.

## **EL PESO DE TODAS LAS CONDICIONES: CUANDO TODO CUENTA**

La teoría de equivalencia de condiciones plantea que cualquier condición que haya contribuido al daño tiene igual relevancia. Beltrán Pacheco la describe como una visión integral, afirmando que esta teoría parte de la premisa de

---

23. José García Falconí, *La indemnización estatal y sus repercusiones* (Quito: El Conejo, 2010), 245.

que para determinar la causa de un hecho dañoso debemos tener presente toda la cadena causal, no solo un segmento de esta.<sup>24</sup> Es razonable la base sobre la cual se funda esta lógica. Sin una de las concausas que produjeron el daño, este no habría sucedido. Alessandri refuerza esta idea, explicando que si una de las causas no hubiera ocurrido, el daño no se habría producido.<sup>25</sup> Se atribuye la misma responsabilidad sin interesar el grado de participación para causar el perjuicio.

La Corte de San Miguel sostuvo que las causas que motivan un daño indemnizable pueden ser varias y sucesivas, pero lo que importa es que hayan contribuido necesariamente a producirlo.<sup>26</sup> Sin embargo, esta amplitud plantea un problema práctico: al tratar todas las causas como equivalentes, se difumina el grado de responsabilidad individual, lo que dificulta una aplicación proporcional del derecho de repetición. Para Rodríguez Alcalá, la teoría de equivalencia de condiciones se aplica cuando el daño es producto de la suma de condiciones necesarias, siendo cada una indispensable para que el efecto se produzca.<sup>27</sup>

En Ecuador, la falta de un régimen de solidaridad para casos extracontractuales agrava este problema. Salvo excepciones donde la solidaridad es impuesta judicialmente, como en casos de “solidaridad imperfecta”, no existe un marco normativo que facilite el derecho de repetición. Como en Wagner Iván Viñán contra la Federación Médica Ecuatoriana y otros, la Corte ordenó el pago de una indemnización por daño reputacional, declarando que este monto debía ser pagado solidariamente.<sup>28</sup> Este tipo de decisiones ha llevado a denominar esta figura como “solidaridad impropia” o “solidaridad imperfecta”.<sup>29</sup>

---

24. Beltrán Pacheco, “Estudios de la relación causal en la responsabilidad civil”, 3.

25. Arturo Alessandri Rodríguez, *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno* (Santiago: Imprenta Universitaria, 1983), 242.

26. Corte de Apelaciones de San Miguel, “Sentencia de 27 de septiembre de 2007 (Existencia relación causal indemnización laboral)”, *Caso n.º 27-2007*, 27 de septiembre de 2007.

27. Roberto Moreno Rodríguez Alcalá, *La causalidad: un requisito crucial e insoluble de la responsabilidad civil* (Asunción: Quién Responde, 2009), 22.

28. Ecuador, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, “Sentencia”, en caso *Wagner Iván Viñán Vásquez c. Federación Médica Ecuatoriana, el Colegio Médico de Imbabura y otros*, *Gaceta Judicial*, año CIV, serie XVII, n.º 12, 3734, 2 de abril de 2003.

29. Juan Cadarso Palau, *En torno a la condena in solidum de los responsables* (Madrid: Civitas, 1996), 4862-3.

## BUSCANDO AL VERDADERO RESPONSABLE: LA TEORÍA DE LA CAUSALIDAD MÁS ADECUADA

Esta teoría busca distinguir entre la relevancia de condiciones que generan un daño. Antes del perjuicio, una serie de acontecimientos intervienen en su desarrollo. La causalidad adecuada parte de la premisa de que el resultado es fruto de un conjunto de condiciones, pero reconoce que no todas tienen el mismo peso o importancia.<sup>30</sup>

Según Soleau, únicamente será causa la o las condiciones que se encuentren unidas al hecho dañoso por una adecuada relación de causalidad.<sup>31</sup> No basta con que un hecho anteceda al daño; debe haber una relación directa y razonable con este.

Von Tuhr advierte, sin embargo, que no toda condición antecedente puede ser considerada causa desde el punto de vista de la responsabilidad civil: solo los hechos que normalmente producirían el daño son imputables.<sup>32</sup> La Corte de Valparaíso ha adoptado este enfoque, limitando la reparación a los daños previsibles desde un curso natural de los acontecimientos.<sup>33</sup>

Aunque esta teoría es más precisa, excluye automáticamente a los responsables secundarios, dejando sin efecto la posibilidad de solidaridad o repetición. ¿Es esto justo? Algunos autores, como Sergio Rojas Quiñónez, argumentan que esta teoría elimina excesos, pero podría generar inmunidad para actores que, aunque periféricos, contribuyeron al daño.<sup>34</sup> Un régimen de responsabilidad puede ser la solución.

---

30. Rodrigo Fuentes Guíñez, “Las teorías tradicionales sobre la causalidad”, *Revista de Derecho y Ciencias Penales*, 14 (2010), <https://bit.ly/3CF5PiM>.

31. Isabelle Soleau y Pietro Trimarchi, *Cuaslitá e danno* (Milán: Dott A Guiffré Editore, 1967), 265.

32. Andreas Von Tuhr, *Tratado de las obligaciones* (Madrid: Editorial Reus, 1999), 77.

33. Chile Corte de Apelaciones de Valparaíso, “Sentencia de 12 de septiembre de 2008 (Reparaciones)”, *Caso n.º 1917-2007*, 12 de septiembre de 2008.

34. Sergio Rojas Quiñones y Juan Diego Mojica-Restrepo, *De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana* (Bogotá: Vniversitas, 2014), 189.

## EL ÚLTIMO EN ACTUAR: LA PROXIMIDAD

La teoría de la causalidad más próxima simplifica el análisis: imputa responsabilidad al actor más cercano en tiempo y espacio al daño. Mosset Iturraspe explica: “[s]ería para el derecho una tarea infinita juzgar las causas de las causas y las acciones de unas sobre las otras; ello conduce a mantener la responsabilidad si el hecho considerado es la *proximate cause* y a descartar los que son *too remote*”.<sup>35</sup> Así, por un esfuerzo de simplificación, tan solo una causa sería imputable, sin considerar su significación.

Esta teoría enfrenta críticas. Stuart Mill, por ejemplo, considera que el enunciado de la causa más próxima es inconcluso. No se introducen todas las causas generadoras del daño. Por ello, este debería ser una suma de todas las fuerzas que han intervenido en él.<sup>36</sup> Además, su aplicación puede derivar en injusticias evidentes. Si el actor más próximo al daño no es el más relevante, ¿debe asumir toda la responsabilidad? ¿Puede este reclamar repetición contra quienes tuvieron un rol más significativo? La respuesta es no, ya que esta teoría desconoce la relevancia relativa de las demás causas.

Joyce Craig, citando a Page Keeton, explica que la teoría de la causalidad más próxima significa literalmente una cercanía o inmediatez en tiempo y espacio, cuando en realidad la valoración del deber del demandado de hacerse cargo debe ser una consecuencia directa de sus actos. Keeton postula que debería hablarse más bien de *legal cause*.<sup>37</sup>

Aunque útil por su simplicidad al identificar al actor más cercano en tiempo y espacio al daño, esta teoría presenta importantes limitaciones en términos de equidad. Al no considerar la relevancia de las causas más distantes pero significativas, puede generar resultados desproporcionados, atribuyendo toda la responsabilidad a un solo actor que quizá no sea el principal causante del daño.

Además, al excluir la posibilidad de reclamar repetición contra otros responsables que participaron en la secuencia causal, esta teoría desconoce la

---

35. Jorge Iturraspe, “La relación de causalidad en la responsabilidad civil extracontractual”, *Revista Latinoamericana de Derecho* 1 (2009), 2.

36. John Stuart Mill, *A System of Logic, Ratiocinative and Inductive* (Nueva York: Harper and Brothers Publisher, 1882), 379.

37. Craig Joyce, “Keepers of the Flame: Prosser and Keeton on the Law of Torts (Fifth Edition) and the Prosser Legacy”, *Vanderbilt Law Review* 851, <https://bit.ly/42JoiVX>.

complejidad de los hechos que suelen generar perjuicios. De nuevo, un régimen de solidaridad parece ser la solución.

## **LA MAYOR CONTRIBUCIÓN: LA CAUSALIDAD PREPONDERANTE**

La teoría de la causalidad preponderante busca individualizar al responsable analizando estadísticamente el impacto de cada acción en el daño. Izquierdo, sobre la teoría preponderante, establece que dentro de esta teoría se determina el nexo causal de acuerdo a un razonamiento cuantitativo.<sup>38</sup> Así, la teoría preponderante se define como una teoría individualizadora, basada en la carga porcentual de cada acción dentro de la secuencia de hechos que originaron el daño.

Como explica Tudor, esta aproximación cuantitativa es común en sistemas anglosajones, donde se exige al demandante identificar la causalidad con “un grado razonable de certeza”.<sup>39</sup> Aunque esta teoría parece ofrecer una solución técnica, presenta limitaciones prácticas. Si un actor es responsable del 95 % del daño y otro del 5 %, ¿debería el segundo quedar exento de toda responsabilidad? Según Beltrán Pacheco, esta teoría no proporciona un método claro para vincular las proporciones asignadas a un mecanismo de repetición.<sup>40</sup> Una vez más, parece necesario establecer solidaridad.

## **MÁS ALLÁ DE LOS NÚMEROS: CAUSALIDAD PREPONDERANTE Y EFICIENTE**

La teoría de la causalidad preponderante, al centrarse en el hecho con mayor impacto cuantitativo dentro de la cadena causal, limita la posibilidad de imputar responsabilidad solidaria y ejercer el derecho de repetición. Aunque facilita la identificación del principal responsable, ignora la participación significativa de otros actores en el daño. Para Beltrán Pacheco, esta exclusión genera vacíos

---

38. Izquierdo, “Causalidad adecuada: una torería de responsabilidad civil extracontractual aplicable al ordenamiento jurídico ecuatoriano”, 12.

39. Elena Cristina Tudor, “La causalidad en acciones de daño antitrust, a la luz de lo dispuesto en la directiva 2014/104/CE”, *Revista de Estudios Europeos* 18 (2018): 255, <https://bit.ly/4hNyX6y>.

40. Beltrán Pacheco, “Estudios de la relación causal en la responsabilidad civil”, 2.

de responsabilidad, dejando sin sanción a quienes, aunque no determinantes, contribuyeron al perjuicio.

Este enfoque puede fomentar injusticias al exonerar a ciertos actores de toda obligación indemnizatoria. Por tanto, es necesario ajustar esta teoría, incorporando criterios que evalúen proporcionalmente el impacto de todas las causas relevantes, garantizando una distribución más equitativa de las cargas indemnizatorias.

La causalidad eficiente, por su parte, se centra en resaltar el hecho antijurídico cuando se ha producido por un suceso relevante determinado por medio de un análisis cualitativo.<sup>41</sup> Similar al resto de teorías individualizadoras de la causalidad, esta teoría busca valorar la relevancia del hecho en la secuencia que dio como resultado el daño. Sin embargo, se distancia de otras teorías, como la preponderante, al determinar la acción relevante en virtud de su relevancia para el daño, sin estar sujeta a métodos numéricos.

Según Prevot, esta teoría se centra en identificar “el hecho que efectivamente provocó el daño”, sin importar su peso estadístico.<sup>42</sup> Aunque pretende ser más justa, no escapa a críticas: si se concluye que un único hecho fue determinante, los demás actores quedan excluidos de responsabilidad, lo que imposibilita cualquier ajuste de cuentas entre ellos.

Esta teoría introduce criterios cualitativos y cuantitativos para identificar el hecho más relevante en un daño, pero no establece un marco adecuado para un derecho de repetición. Según Prevot, esta teoría combina elementos de aproximaciones preponderantes y eficientes, atribuyendo toda la responsabilidad al sujeto cuyo acto fue determinante y excluyendo automáticamente a otros participantes de la cadena causal.

Este enfoque ignora condiciones que, aunque no principales, contribuyeron al daño, impidiendo al responsable principal reclamar proporcionalidad y generando una distribución desigual de las cargas indemnizatorias. Aunque más sofisticada, la teoría eficiente no resuelve las limitaciones de un régimen de solidaridad ni aborda la complejidad de las interacciones causales en la responsabilidad civil.

---

41. Diego Alejandro Herrera Montañez, “El daño y el nexo causal en la pérdida de oportunidad”, *Repositorio Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Facultad de Jurisprudencia* (2016): 56, <https://bit.ly/4hM7ZMw>.

42. Juan Manuel Prevot, “El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, 15 (2010): 160-1, <https://bit.ly/4ho19gt>.

## UNA MIRADA AL DERECHO COMPARADO

Repasemos el problema. Si varias personas cometen un hecho ilícito, el afectado no puede reclamar contra cada una. En el derecho comparado, aunque persisten debates, se acepta que la víctima no puede exigir la indemnización total a cada responsable, estableciendo una especie de responsabilidad.<sup>43</sup>

Ante este problema, ha surgido la doctrina de la responsabilidad colectiva, que amplía los factores de imputación cuando el daño es causado por varios autores, respondiendo a la misma cuestión jurídica abordada en este texto.<sup>44</sup> Esta tesis encuentra sustento en algunas legislaciones.

Los Códigos Civiles de Japón, Holanda y Québec establecen la responsabilidad solidaria en casos donde múltiples personas han causado daño, ya sea por un acto ilícito conjunto o cuando no es posible identificar al responsable específico.

El Código Civil japonés impone solidaridad cuando varios han causado un daño o si es imposible determinar cuál de ellos fue el autor material.<sup>45</sup> De manera similar, el Código holandés aplica la responsabilidad colectiva, responsabilizando a todos los actores.<sup>46</sup> Por su parte, el Código de Québec introduce el concepto de hecho colectivo riesgoso, imponiendo responsabilidad solidaria cuando un grupo ha generado un peligro que derivó en un daño, sin necesidad de identificar al causante exacto.<sup>47</sup>

Para la aplicación de la responsabilidad colectiva, autores argentinos proponen que su procedencia se encuentra arraigada a cuatro requisitos: la falta de individualización del autor del daño, la participación de los responsables en la acción culposa o riesgosa del grupo, la relación causal entre el daño y el actuar colectivo, y la exclusión de responsabilidad para quien demuestre que, pese a su participación en el grupo, no causó el daño.<sup>48</sup>

---

43. José Bidart Hernández, *Sujetos de la acción de responsabilidad extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1985).

44. Pablo Rodríguez Grez, “Responsabilidad civil extracontractual colectiva”, *Revista Actualidad Jurídica*, 21 (2010).

45. *Código Civil* de Japón, 1896, Ley n.º 89 (Japón), <https://bit.ly/43h5Zb1>.

46. *Burgerlijk Wetboek*, 1992, NLD-1992-L-91671 (Países Bajos), <https://bit.ly/3Xnc0zc>.

47. *Código Civil* de Québec, 1980, SQ 1980 c 39 (Québec, Canadá), <https://bit.ly/3D7vhOf>.

48. Jorge Llambías, *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones* (Buenos Aires: Editorial Perrot, 1980), 284.

En Chile, la responsabilidad colectiva, vista como un criterio objetivista, evita exonerar a un grupo. Se imputa solidariamente a quienes contribuyeron al daño.<sup>49</sup> Las legislaciones han resuelto esta cuestión con un régimen de solidaridad en responsabilidad civil. Aunque el derecho de daños se basó en la responsabilidad individual, su evolución exige imputar a un grupo cuando corresponda.<sup>50</sup>

Así, el sujeto causante de un daño no siempre podrá ser identificado con precisión. La responsabilidad colectiva es una solución subsidiaria. Esto, dado que el derecho de daños no solo debe enfocarse en la imputación de culpa, sino también en los principios de equidad.<sup>51</sup>

Entonces, la responsabilidad colectiva en el derecho de daños permite imputar responsabilidad a un grupo cuando no se puede identificar al autor exacto, garantizando la reparación del daño y evitando la impunidad.

## CONCLUSIÓN

La falta de un régimen de solidaridad en la responsabilidad extracontractual ecuatoriana genera lagunas en la correcta atribución de responsabilidades, permitiendo que un solo actor asuma toda la indemnización mientras otros quedan exentos. El derecho comparado ya reconoce la solidaridad en casos de múltiples autores, asegurando una distribución equitativa. Para corregir esta laguna, es necesario reformar el Código Civil e incorporar un sistema de solidaridad que garantice una reparación justa y establezca un derecho de repetición claro en materia de responsabilidad civil.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alessandri, Arturo. *De la responsabilidad extracontractual en el Derecho civil chileno*. Santiago: Imprenta Universitaria, 1983.
- . *Teoría de las obligaciones*. Santiago: Jurídica Ediar Conosur, 1988.

---

49. Ignacio Sierra Gil de la Cuesta, *Tratado de la Responsabilidad Civil* (Barcelona: Editorial Bosch, 2008), 469.

50. Débora Burgos, *La responsabilidad colectiva y anónima en el Código Civil y Comercial* (Buenos Aires: SCBA, 2015), 198.

51. Dora Szafir y Celso Silva, *Oblitos en Cirugía: responsabilidad colectiva o individual* (Porto Alegre: UFRGS, 2005), 92.

- Beltrán Pacheco, Jorge Alberto. “Estudio de la relación causal en la responsabilidad civil”. *Derecho & Sociedad* (Pontificia Universidad Católica del Perú) (2004). <http://bit.ly/4aSPXpn>.
- Bidart, José. *Sujetos de la acción de responsabilidad extracontractual*. Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 1985.
- Burgos, Débora. *La responsabilidad colectiva y anónima en el Código Civil y Comercial*. Buenos Aires: SCBA, 2015.
- Cadarso Palau, Juan. *En torno a la condena in solidum de los responsables*. Madrid: Civitas, 1996.
- Claro Solar, Luis. *Explicaciones de derecho civil chileno y comparado*. Santiago: Jurídica de Chile, 1979.
- Corte de Apelaciones de Valparaíso. “Sentencia de 12 de septiembre de 2008 (Reparación)”. *Rol 1917-2007*. 12 de septiembre de 2008.
- Corte Suprema de San Miguel. “Sentencia de 27 de septiembre de 2007 (Existencia relación causal indemnización laboral)”. *Causa n.º 27-2007*. 27 de septiembre de 2007.
- Díez-Picazo, Luis. *Fundamentos de derecho civil patrimonial: la responsabilidad civil extracontractual*. Madrid: Thomson Civitas, 2007.
- Ecuador Corte Suprema de Justicia. “Sentencia”. En caso *Wagner Iván Viñán Vásquez c. Federación Médica Ecuatoriana, el Colegio Médico de Imbabura y otros*. 2 de abril de 2003.
- Ecuador. Corte Nacional de Justicia, ex Sala de lo Civil, Mercantil y Familia. “Sentencia”. En *Causa n.º 0473-2009*. 22 de septiembre de 2009.
- Ecuador. Corte Nacional de Justicia, Segunda Sala del Tribunal Distrital n.º 1 de lo Contencioso Administrativo. “Sentencia”. En *Causa n.º 11484-2004*. 15 de enero de 2010.
- Ecuador. *Código Civil*. Registro Oficial 46, reformado por última vez R. O. el 14 de marzo de 2022. 24 de junio de 2005.
- Estrella Gutiérrez, Graciela Messina de. *Función actual de la responsabilidad civil*. Buenos Aires. Editorial La Rocca, 1991.
- Izquierdo, Iván Andrés. “Causalidad adecuada: una torería de responsabilidad civil extracontractual aplicable al ordenamiento jurídico ecuatoriano”. *Repositorio de la Universidad San Francisco de Quito*. 2020. <https://bit.ly/4hGz7we>.
- Japón. *Código Civil de Japón*. Ley n.º 89, 1896.
- Jorfano Barea, Juan B. “Las obligaciones solidarias”. *Anuario de Derecho Civil*, 3 (1992).
- Joyce, Craig. “Keepers of the Flame: Prosser and Keeton on the Law of Torts, Fifth Edition, and the Prosser Legacy”. *Vanderbilt Law Review*, n.º 3 (1986).
- Knutzen, Eric. “Ambiguous Cause in Fact and Structured Causation: A Multi-jurisdictional Approach”. *International Texas Law Journal* 2 (2003).

- Llambías, Jorge. *Tratado de Derecho Civil. Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Perrot, 1980.
- Morcillo Peñalver, Lucio. *Comentarios sobre el origen del sistema del deber de cuidado en Reino Unido: el llamado “Bolam Test”*. Madrid: Diario La Ley ResearchGate, 2022.
- Mosset Iturraspe, Jorge. “La relación de causalidad en la responsabilidad civil extracontractual”. *Revista Latinoamericana de Derecho* 1 (2009).
- Países Bajos. *Burgerlijk Wetboek*. NLD-1992-L-91671. 1992.
- Pizarro, Ramón Daniel, y Carlos Gustavo Vallespinos. *Instituciones de derecho privado. Obligaciones*. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1999.
- Prevot, Juan Manuel. “El problema de la relación de causalidad en el derecho de la responsabilidad civil”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, 15 (2010). <https://www.scielo.cl/pdf/rchdp/n15/art05.pdf>.
- Québec. *Código Civil de Québec*. SQ 1980 c. 39. 1980.
- Quiñones, Sergio, y Juan Diego Mojica-Restrepo. *De la causalidad adecuada a la imputación objetiva en la responsabilidad civil colombiana*. Bogotá: Vniversitas, 2014.
- Rodríguez, Pablo. “Responsabilidad civil extracontractual colectiva”. *Revista Actualidad Jurídica*, 21 (2010).
- Rodríguez, Roberto. “La causalidad: un requisito crucial (¿e insoluble?) de la Responsabilidad Civil”. *Revista de Responsabilidad Civil y Seguros* 3 (2010).
- Sierra Gil de la Cuesta, Ignacio. *Tratado de la responsabilidad civil*. Barcelona: Editorial Bosch, 2008.
- Szafir, Dora. *Oblitos en Cirugía: responsabilidad colectiva o individual*. Porto Alegre: UFRGS, 2005.
- Tudor, Elena Cristina. “La causalidad en acciones de daño antitrust, a la luz de lo dispuesto en la directiva 2014/104/CE”. *Revista de Estudios Europeos*, 18 (2018). <https://surl.li/crujjk>.
- Von Tuhr, Andreas. *Tratado de las obligaciones*. Traducido por W. Roces. Madrid: Reus, 1999.
- Wright, Richard. “Causation in Tort Law”. *California Law Review* 73 (1985).

#### DECLARACIÓN DE CONFLICTO DE INTERESES

Los autores declaran no tener ningún conflicto de interés financiero, académico ni personal que pueda haber influido en la realización del estudio.

#### DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Nicolás Camilo Maldonado Garcés y Mateo Antonio Sánchez Villacís participaron en la conceptualización, análisis formal, investigación, planteamiento metodológico, supervisión, validación, visualización, redacción del borrador, redacción, revisión y edición del artículo final.

# Mitigación del daño ante el incumplimiento contractual: fundamento y posible alcance en Ecuador

*Mitigation of Damage in Contract Breach:  
Basis and Potential Scope in Ecuador*

**Doménica Lisseth Ayala López**

*Abogada, Universidad del Azuay*

Cuenca, Ecuador

domenica.ayalalopez@gmail.com

<https://orcid.org/0009-0009-2596-9786>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2025.44.4>

Fecha de recepción: 13 de enero de 2025

Fecha de revisión: 18 de febrero de 2025

Fecha de aceptación: 10 de marzo de 2025

Fecha de publicación: 1 de julio de 2025

Licencia Creative Commons



## RESUMEN

Este estudio aborda la mitigación del daño en el incumplimiento contractual, explorando sus fundamentos teóricos y su posible alcance en Ecuador. Se examina su carácter jurídico y su rol dentro de la relación contractual, analizando si debe entenderse como una manifestación de la buena fe, una obligación que recae sobre el acreedor o una carga procesal que influye en la reclamación de indemnizaciones. También se evalúa su compatibilidad con principios como el *restitutio in integrum* y su impacto en la determinación del daño indemnizable. Desde el ámbito normativo, se revisa su regulación en Ecuador, donde su reconocimiento expreso en el Código de Comercio parece limitarse a una facultad del acreedor sin constituir una obligación estricta. Ante la falta de jurisprudencia relevante, su aplicación se analiza desde una perspectiva académica, destacando su incidencia en el ámbito probatorio. En este sentido, se examinan sus reglas, estándares y límites para evitar imponer al acreedor cargas excesivas. La metodología utilizada combina una revisión bibliográfica con un ejercicio de interpretación normativa, permitiendo sistematizar fuentes académicas, doctrinales y normativas. Además, se empleó inteligencia artificial como herramienta de apoyo en la redacción, asegurando coherencia y precisión mediante la revisión de la autora.

**PALABRAS CLAVE:** mitigación del daño, *quantum respondeatur*, incumplimiento contractual, indemnización, buena fe contractual, daños y perjuicios, reparación integral, razonabilidad.

## ABSTRACT

This study examines damage mitigation in contractual breaches, exploring its theoretical basis and potential scope in Ecuador. It analyzes its legal nature and role within contractual relationships, assessing whether it constitutes an expression of good faith, a creditor's obligation, or a procedural burden affecting compensation claims. Its compatibility with fundamental principles such as *restitutio in integrum* and its impact on determining compensable damages are also evaluated. From a normative perspective, the study reviews its regulation in Ecuador, where its express recognition in the Commercial Code appears to grant creditors a faculty rather than impose a strict obligation. In the absence of relevant case law, its application is examined academically, emphasizing its impact on evidentiary matters. Accordingly, its rules, standards, and limitations are analyzed to prevent excessive burdens on the creditor. The methodology combines a literature review with a normative interpretation exercise, systematizing academic, doctrinal, and legal sources. Additionally, artificial intelligence was used

as a drafting support tool, ensuring coherence and accuracy through the author's review.

KEYWORDS: duty to mitigate damages, quantum respondeatur, breach of contract, compensation, contractual good faith, damages and losses, full damages, reasonableness.

FORO

## INTRODUCCIÓN

La mitigación del daño, sus fundamentos teóricos y su posible alcance en el Ecuador en el contexto contractual son el eje central de esta investigación.

Para abordar esta problemática, resulta necesario examinar los antecedentes históricos y la naturaleza jurídica de la figura de la mitigación del daño, analizando si debe ser considerada un deber derivado de la buena fe contractual, si se trata de una obligación autónoma que incumbe al acreedor en el contexto de la relación contractual o, en su defecto, una carga que se impone al acreedor, que ante la falta de cumplimiento tiene repercusiones de índole procesal respecto a la reclamación de la indemnización.

Es pertinente indagar si la aplicación de la figura de la mitigación del daño podría contradecir principios fundamentales, como el principio de *restitutio in integrum*,<sup>1</sup> que busca restaurar la situación previa al incumplimiento. A este respecto, será esencial revisar los conceptos de daño indemnizable.

Una vez clarificada la noción de mitigación del daño, es necesario analizar su alcance en el ordenamiento jurídico ecuatoriano y cómo la forma en la que se presenta la figura en la normativa reafirma su connotación de carga procesal, que influye en el ámbito probatorio de los perjuicios reclamados.

Finalmente, es importante determinar sus reglas, su estándar y límites, con el fin de evitar imponer al acreedor cargas excesivas que resulten más gravosas que el propio incumplimiento contractual.

- 
1. Jakob Fortunat Stagl, “De Roma a Lima: la restitución a un estado anterior en el derecho indiano”, *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 41 (2019): 289-302, <https://tinyurl.com/3j86k453>. “[...] es el restablecimiento del estado o de la posición jurídica anterior”.

Dada la complejidad del tema, se utiliza la inteligencia artificial para sugerencias de redacción y reducir la extensión sobre los antecedentes históricos. Sin embargo, todos los borradores fueron revisados y modificados por la autora para asegurar su precisión y coherencia del análisis.

## ANTECEDENTES DE LA MITIGACIÓN DEL DAÑO

La mitigación del daño tiene sus orígenes en el *common law*. Sin embargo, su influencia trasciende este sistema, hallando respaldo en el *civil law*.

En el primer sistema mencionado, la jurisprudencia adquiere un rol fundamental. Según Jorge López Santa María, los tribunales del derecho anglosajón consideran que el contratante, afectado por el incumplimiento, tiene la responsabilidad de implementar las medidas razonables para mitigar los perjuicios derivados de este.<sup>2</sup> Una de las primeras sentencias clave fue el caso *Vertue c. Bird* de 1677, en el que un comerciante abandonó su mercancía tras un rechazo injustificado, lo que causó su deterioro total. El tribunal falló que el comerciante no tenía derecho a compensación, ya que la conservación de la mercancía estaba en su control, y su destrucción fue consecuencia de su inacción, pese al incumplimiento de la otra parte.<sup>3</sup> Más adelante, en 1830 el caso *Staniforth c. Lyall*, los jueces fallaron en un sentido similar.<sup>4</sup> Sin embargo, fue hasta 1912, en el caso *British Westinghouse and Manufacturing Co. Ltd. vs. Underground Electric Railways Co. of London Ltd.*,<sup>5</sup> cuando los jueces empezaron a desarrollar nociones como el daño evitable y la reducción del monto indemnizatorio.

Por otro lado, las cortes estadounidenses, en casos como el de *Rockingham County vs. Luten Bridge Co.* han establecido claramente que, ante un incumpli-

- 
2. Jorge López Santa María, “Informe en derecho sobre la obligación del acreedor de una indemnización de mitigar o atenuar los daños. Contrato de transporte marítimo”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 8 (2007): 206, Redalyc, <https://bit.ly/4gQYBXo>.
  3. Jorge Barone González, “El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual. Estudio sobre su adopción en el derecho privado colombiano”, *Revista Verba Iuris* (Universidad Libre), n.º 39 (2018): 81-106, <https://tinyurl.com/mtkk4vv9>.
  4. *Ibid.*
  5. Carlos Jaramillo, *Los deberes de evitar y mitigar el daño* (Bogotá: Editorial Temis, 2013), 154-5. [...] El demandante pidió indemnización porque las turbinas entregadas no cumplían con lo acordado. Sin embargo, al adquirir turbinas más eficientes, obtuvo beneficios económicos. La Cámara de los Lores determinó que no podía reclamar por pérdida de utilidad, ya que las medidas tomadas para mitigar el daño le generaron ganancias.

miento contractual, la parte afectada debe hacer todos los esfuerzos razonables dentro de sus posibilidades para reducir las pérdidas.<sup>6</sup> Su desarrollo también se sustenta normativamente en leyes como la *Sales of Goods Act* de Inglaterra, que establece que tanto el comprador como el vendedor deben minimizar los daños en caso de incumplimiento. De no cumplir con este deber, la indemnización puede reducirse. Esta misma idea se refleja en el *Restatement of Contracts* y el *Uniform Commercial Code*, donde se otorga al comprador el derecho a adquirir bienes sustitutos ante el incumplimiento del vendedor y a reclamar los costes incurridos.<sup>7</sup>

En alternativa, en el sistema *civil law* al que pertenece el ordenamiento jurídico ecuatoriano, los antecedentes se retrotraen al derecho romano, en el *Corpus Iuris Civilis*, donde destacan jurisconsultos como Alfenio Varo y Labeón. En el caso del primero, uno de sus postulados consistía en que debe excluirse del *quantum* indemnizatorio el daño evitable; por ejemplo, si el esclavo fuese herido gravemente por un tercero y falleciera por negligencia médica o del dueño, procedería la indemnización; caso contrario, no.<sup>8</sup> El sistema *civil law*, desde sus orígenes en el derecho romano, utiliza elementos como la culpa y la diligencia del buen padre de familia para la determinación de la responsabilidad civil y el *quantum respondeatur*.<sup>9</sup>

El jurisconsulto Labeón resalta este postulado en el ámbito contractual, como en un contrato de servicio de lavandería: si el propietario puede recuperar las telas hurtadas, solo se le podrá indemnizar por los daños inevitables, como los gastos judiciales.<sup>10</sup>

No obstante, conceptos como el daño evitable fueron desarrollados por autores como Domat y Pothier, quienes influyeron en la doctrina y codificación, especialmente el segundo, quien en su conocido ejemplo de la vaca enferma<sup>11</sup>

---

6. Maximiliano Rodríguez Fernández, “Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos”, *Revista de Derecho Privado*, n.º 15 (2008): 117-8, <https://bit.ly/4guRRP6>.

7. Jorge Oviedo-Albán, “Mitigation of Damages for Breach of Contract for the International Sale of Goods”, *Vniversitas* 137 (2018): 5, <https://bit.ly/4fBIYmU>.

8. Álvaro Rodrigo Vidal Olivares (dir.) y Gonzalo Francisco Severin Fuster (ed. lit.), *Estudios de Derecho de Contratos. En homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno* (Santiago: Thomson Reuters, 2018), 689.

9. Jaramillo, *Los deberes de evitar y mitigar el daño*, 149.

10. Vidal Olivares y Severin Fuster, *Estudios de Derecho de Contratos. En homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno*, 692.

11. Jaramillo, *Los deberes de evitar y mitigar el daño*, 151. [...] El ejemplo plantea la compra de

realiza una diferenciación entre la causa mediata y remota del daño, determinando que la diligencia del comprador hubiera podido evitar los daños, convirtiéndose su pasividad en la causa jurídica del daño. Es decir, formulando la idea de que no todos los perjuicios son resarcibles, idea a la que se volverá después.

La figura de la mitigación del daño sí ha sido adoptada, pero no de manera general en los sistemas jurídicos Civil Law, aunque autores como Jorge Cubides-Camacho, Álvaro Vidal-Olivares y Díez Picazo la consideran consecuencia del principio de buena fe en los contratos.<sup>12</sup> En el caso ecuatoriano, el Código de Comercio sí la contempla. En definitiva, aunque su aplicación es más destacada en los sistemas anglosajones, se reconoce en códigos del *civil law*, donde su interpretación es compleja.

Tras haber analizado los antecedentes históricos, es fundamental abordar ahora su naturaleza jurídica.

## NATURALEZA DE LA MITIGACIÓN DEL DAÑO

La mitigación del daño no debe confundirse con otras figuras. Solo se aplica una vez ocurrido el daño, ya que se refiere a la posibilidad de reducirlo o agravarlo, pero no a su producción. Si el acreedor contribuye al daño, se habla de responsabilidad compartida por negligencia del acreedor, conocida en el sistema *common law* como *contributory negligence*,<sup>13</sup> que ocurre antes del daño e implica una concurrencia de culpas, es decir, se reduce la indemnización porque el acreedor ha sido partícipe de la producción del daño, que en el contexto ecuatoriano equivale a la atenuación por imprudencia de la víctima.<sup>14</sup>

---

una vaca enferma que contagia al ganado, lo que impide al comprador cultivar sus tierras y causa un desequilibrio en su fortuna. El autor francés se pregunta si es posible responsabilizar al mercader por estos daños indirectos.

12. Oviedo-Albán, “Mitigation of Damages for Breach of Contract for the International Sale of Goods”, 3.
13. Horia Ciurtin, “A Hermeneutical Perspective Upon the ‘Mitigation of Damages’ Principle: The Metamorphosis of a Concept in International Law”, en *Nappert Prize in International Arbitration*, ed. Andrea Bjorklund (París: ICC/McGill, 2015), *Transnational Dispute Management* (2015): 7 [...] Explica la situación en la que la parte perjudicada ha contribuido al perjuicio experimentado o no ha implementado acciones razonables previas al incumplimiento que podrían haber prevenido las pérdidas.
14. Ecuador, *Código Civil*, Registro Oficial 46, 24 de junio de 2005, art. 2230.

También es necesario aclarar si la mitigación del daño debe considerarse un deber, una obligación o una carga. En el ámbito contractual, la mitigación no es una obligación *per se*, ya que las obligaciones generan derechos correlativos y, ante el incumplimiento, se recurre a los remedios contractuales.<sup>15</sup> Su inobservancia no da lugar a sanción, a diferencia de las obligaciones contractuales.<sup>16</sup> Sin embargo, podría considerarse una figura derivada del deber de cooperación o de protección, nacidos de la buena fe, principio reconocido por la doctrina y expresamente adoptado en el art. 1562 del Código Civil<sup>17</sup> para la ejecución de los contratos. La autora chilena San Martín Neira señala que la mitigación del daño no debe confundirse con el deber de protección. Este último impone una obligación de resarcir, mientras que la mitigación busca reducir la deuda existente. Destaca que, en virtud del deber de cooperación, el acreedor debe cuidar los intereses del deudor.<sup>18</sup> Esto implica evitar agravar la situación y contener los daños. Empero, mientras el deber de cooperación busca un beneficio mutuo, la mitigación del daño está centrada en proteger los intereses del acreedor.<sup>19</sup> Esto plantea la duda de si se trata de un deber o de una carga.

La carga implica la subordinación de un interés a otro del mismo sujeto, quien decide si actúa o no, en función de sus diversos intereses.<sup>20</sup> Es decir, el acreedor decide si actúa o no para reducir los daños, y su inacción solo afecta a sus propios intereses. A diferencia de un incumplimiento contractual, la falta de mitigación del daño no acarrea una sanción, sino que solo limita la indemnización que el acreedor puede exigir. De acuerdo con el Código Orgánico General de Procesos, corresponde a la parte actora probar los hechos que sustenten su demanda.<sup>21</sup> Si el acreedor desea reclamar los daños derivados del incumplimiento, deberá demostrar que estos son consecuencia directa de dicho

---

15. Hernando Tapias-Rocha y Betty Martínez-Cárdenas, *Manual de Derecho Civil. Obligaciones* (Bogotá: Temis, 2020), 249.

16. Antonio Cabanillas Sánchez, *Las cargas del acreedor en el derecho civil y mercantil* (Madrid: Montecorvo, 1988), 52.

17. Ecuador, *Código Civil*, art. 1562.

18. Lilian C. San Martín Neira, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño. Estudio histórico-comparado* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012), 309.

19. Djakhongir Saidov, *The Law of Damages in International Sales: The CISG and Other International Instruments* (Oxford: Hart Publishing, 2021), 131.

20. San Martín Neira, *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño. Estudio histórico-comparado*, 72.

21. Ecuador, *Código General de Procesos*, Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015, art. 169.

incumplimiento. Si no lo logra, el deudor podrá probar que los daños no se deben a su conducta, sino a la inacción del acreedor en mitigar los perjuicios. En este caso, los daños dejarían de ser una consecuencia directa del actuar del deudor. Por ello, a criterio de esta autora, su naturaleza se asemeja más a una carga que a una obligación o deber.

Por consiguiente, tras un breve análisis de los antecedentes históricos y su naturaleza, es necesario delimitar su concepto.

## CONCEPTUALIZACIÓN DE LA MITIGACIÓN DEL DAÑO EN EL ÁMBITO CONTRACTUAL

Ante un incumplimiento contractual, el acreedor tiene derecho a ser indemnizado por sus pérdidas, pero correlativo a su derecho, tiene el deber de tomar medidas razonables para mitigar esas pérdidas, lo que limita su indemnización.<sup>22</sup> Es decir, a la luz de esta doctrina, adquiere relevancia si el acreedor realizó todas las medidas razonables que estaban en su poder para reducir los daños producto del incumplimiento.

Para ejemplificar, el autor Felipe Suescún de Roa, quien a su vez cita a Richard Posner, señala un contexto contractual para entender de mejor forma la mitigación del daño: un carpintero celebra un contrato de compraventa con un proveedor para la entrega de chapas de puertas. Tras algunas entregas, el comprador deja de pagar y no recibe las entregas posteriores. Después de exigir sin éxito el cumplimiento del contrato, el vendedor decide vender las chapas a un tercero al precio del mercado, inferior al acordado inicialmente.<sup>23</sup>

En el ejemplo dado se observa la actuación del acreedor, quien no se limita a esperar que el deudor cumpla con su obligación, prefiriendo vender el producto a un precio menor al que hubiese recibido, no obstante, con la posibilidad de reclamar la diferencia. En ese sentido, la figura de la mitigación del daño busca auxiliar a quien actúa, antes que permitir una indemnización infinita para el que pasivamente esperó a que se eleven las pérdidas, lo que, en palabras de Pérez Velásquez, citado por Beatriz Extremera Fernández, equilibra la relación

---

22. Mohammed Hassan Al-Kaabi, “Is There a Duty to Mitigate Damages in Civil Law? Should We Introduce Such a Duty? The Case of Qatar”, *Global Journal of Comparative Law* 12, n.º 2 (2023): 200, <http://bit.ly/3Dy7K8T>.

23. Felipe Suescún de Roa, “Mitigación de daños en materia contractual”, *Vniversitas*, 67 (136): 2, <https://bit.ly/3VVK5W9>.

contractual afectada por el incumplimiento, beneficiando al deudor al evitar que se le exija una cantidad superior a la que pudo haber sido mitigada, y al acreedor exigir los valores que fueron destinados a las medidas mitigadoras,<sup>24</sup> tema que se abordará más adelante.

Conceptualizada la figura, corresponde analizar a breves rasgos si su aplicación puede ir en contra del principio de la reparación integral del daño.

## ¿CONTRADICCIÓN CON LA REPARACIÓN INTEGRAL?

A continuación, será necesario repasar una noción de daño y adentrarse en lo que previamente se señaló como daño indemnizable.<sup>25</sup>

Alessandri define al daño como todo detrimento que sufra un individuo en su persona, bienes, honor, libertad, afectos, etc.<sup>26</sup> Juan José Casiello indica que la noción de daño inicialmente se asociaba a la violación de un derecho subjetivo; luego se amplió para incluir la lesión de intereses legítimos.<sup>27</sup> Jaime Santos Briz, con mayor claridad, define: “Daño es todo menoscabo material o moral causado contraviniendo una norma jurídica, que sufre una persona y del cual haya de responder otra”.<sup>28</sup> En consecuencia, en principio, daño será todo menoscabo material o moral causado por un ilícito.

Paralelo a la presencia del daño nace la obligación de repararlo, en el Código Civil en su art. 1453,<sup>29</sup> referente a las fuentes de las obligaciones, se reconoce como una de estas la que nace a consecuencia del daño causado a otra persona.

---

24. Beatriz Extremera Fernández, *La carga de mitigar el daño* (Madrid: Dykinson, 2022), 135.

25. Real Academia Española, “Daño indemnizable”, *Diccionario de la lengua española*, 23.<sup>a</sup> ed., accedido 30 de diciembre de 2024, <https://tinyurl.com/mwyyn9t3> [...] Daño cualificado por la concurrencia de los requisitos exigidos por el ordenamiento para que surja la obligación de quien lo causa de repararlo.

26. Alberto Tamayo, *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual* (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005), 53.

27. José Luis de los Mozos y Carlos Soto, *Responsabilidad Civil Derecho de Daños* (Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006), 218.

28. Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil* (Bogotá: Legis Editores, 2008), 326.

29. Ecuador, *Código Civil*, art. 1453.

En las relaciones contractuales, antes del incumplimiento existe una obligación entre acreedor y deudor. Ante el incumplimiento total, parcial o el retraso, surge una nueva obligación a favor del acreedor: la de reparar.<sup>30</sup>

¿La obligación de reparar debe ser respecto a todo daño material o moral proveniente de un hecho ilícito? El acreedor, además de soportar el daño, ¿tiene una obligación de mitigarlo?

El principio que guía la indemnización de daños y perjuicios es la reparación integral o *full damages rule*,<sup>31</sup> que busca proteger la protección del interés contractual positivo del acreedor. Su objetivo es colocarlo en una situación similar o lo más parecida posible, a la que habría tenido si el contrato se hubiese cumplido conforme a lo pactado.<sup>32</sup> Sin embargo, la reparación integral no implica una compensación ilimitada, ya que no todos los daños son resarcibles.

Los perjuicios contractuales comprenden el daño emergente y el lucro cesante. Debemos entender por daño emergente la pérdida que proviene de no haberse cumplido la obligación, haberse retardado en su cumplimiento o haberla incumplido imperfectamente.<sup>33</sup> Mientras que lucro cesante hace referencia a todas aquellas ganancias que habrían entrado al patrimonio del perjudicado si no hubiera tenido lugar el incumplimiento contractual.<sup>34</sup> El daño debe ser directo y actual,<sup>35</sup> es decir, el nexo causal entre el incumplimiento y el daño debe ser claro. Si no existe o se interrumpe, afecta la responsabilidad. Al igual que tampoco procede una doble reparación si el daño ya ha sido resarcido.

Siguiendo a Pothier, los perjuicios pueden ser directos o indirectos, según su causa. En los indirectos, la diligencia del acreedor es clave, pues pudo mitigar el daño y no lo hizo. Pérez Velázquez sostiene que solo son indemnizables los daños directamente causados por el incumplimiento, excluyendo aquellos

---

30. Henri Mazeaud, León Mazeaud y André Tunc, *Tratado Teórico y Práctico de la Responsabilidad Civil Delictual y Contractual* (Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 2010), 117.

31. Término utilizado en el Common Law para referirse al criterio de reparación integral.

32. Juan Pablo Pérez Velázquez, “El Principio Full Damages Rule y la delimitación del *quantum respondatur* por la contribución al daño del acreedor en el moderno derecho de los contratos”, *Cuadernos de Derecho Transnacional* 14, n.º 2 (2022): 696, <https://tinyurl.com/68m7hnjm>.

33. Tapias-Rocha y Martínez-Cárdenas, *Manual de Derecho Civil Obligaciones*, 271.

34. Ramón Rodríguez Montero, ed., *Responsabilidad civil de profesionales y empresarios: aspectos nacionales e internacionales* (Madrid: Gesbiblo, 2006), 607.

35. Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, 336.

agravados por el propio perjudicado.<sup>36</sup> Así, la interrupción del nexo causal impediría su resarcimiento.

Si el acreedor ha reducido los perjuicios, estos no son indemnizables, ya que no constituyen daños actuales. Incluir un daño ya reparado en la indemnización generaría un enriquecimiento injustificado.

La posible contradicción con la reparación integral surge entre el momento en que ocurre el daño y su conocimiento judicial.<sup>37</sup> Si al ser evaluados los perjuicios han sido reparados o el nexo causal se ha interrumpido, no podrán ser indemnizados. Esto no vulnera dicho principio, pues la indemnización debe corresponder solo a los daños efectivamente sufridos, verificables y aún no reparados.

Finalmente, imponer la carga al acreedor de mitigar el daño evitable o de reducirlo no necesariamente implica una contradicción al principio de reparación integral, debido a que solo se esperaría de este la diligencia que le corresponde, derivada de la buena fe contractual.<sup>38</sup> Desde el punto de vista procesal, al tratarse de una carga, la falta de medidas limitará la indemnización del acreedor. El deudor podrá argumentar que los daños no son consecuencia directa del incumplimiento, sino de la inacción del acreedor, lo que afectará los intereses judiciales del acreedor, pero quedará a su criterio, con relación a su pretensión.

En resumen, la mitigación de daños no contradice el principio de reparación integral. El ordenamiento jurídico ecuatoriano también contempla disposiciones que se alinean con esta figura, lo cual se estudiará a continuación.

## MITIGACIÓN DEL DAÑO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

El ordenamiento jurídico ecuatoriano no ha desarrollado a cabalidad la figura analizada; no obstante, presenta determinadas referencias y disposiciones que se alinean a su naturaleza.

---

36. Pérez Velázquez, “El principio *full damages rule* y la delimitación del *quantum respondatur* por la contribución al daño del acreedor en el moderno derecho de los contratos”, 708.

37. Ramón Domínguez Águila, “Notas sobre el deber de minimizar el daño”, *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 5 (2005): 87, <https://tinyurl.com/km895x2b>.

38. René Demogue, *Traité des obligations en général*, t. 1 (París: Librairie Arthur Rousseau, 1923), 8.

En primer lugar, la referencia más expresa, el art. 347 del Código de Comercio, cuyo último párrafo establece: “Ante un incumplimiento consumado del contrato, la parte afectada podrá adoptar las medidas necesarias para reducir la pérdida, incluido el lucro cesante, resultante del incumplimiento”.<sup>39</sup>

La disposición normativa ha incorporado la figura de mitigación del daño, sin embargo, su interpretación literal, al utilizar el término *podrá*, sugiere que se trata de una facultad y no de una obligación vinculante. Esto implicaría que la parte afectada no estaría obligada a adoptar medidas para reducir la pérdida, dejando a su arbitrio la decisión de mitigar el daño. No obstante, esta interpretación no es definitiva, ya que no impide considerar a la mitigación del daño como un deber de buena fe o una carga procesal exigible para la determinación de los daños.

Por otro lado, la norma emplea el término *medidas necesarias*, lo que implica que solo se requieren acciones que cumplan con este estándar, conforme lo señalado por la doctrina, como se verá más adelante. Sin embargo, está sujeta a conceptos indeterminados como la razonabilidad, necesidad o proporcionalidad, que varían según el caso.

La norma citada podría considerarse un acierto como una aproximación a la figura jurídica de la mitigación del daño, empero, su redacción la presenta como una facultad, lo que limita su efectividad, pues el acreedor no está obligado de manera explícita a tomar medidas. De ahí que, nuevamente, se recurra a una naturaleza de carga en el ámbito procesal. Esto implicaría que si el acreedor no actúa, tendría consecuencias directas en la determinación de la indemnización. De lo contrario, la norma queda reducida a una mera facultad, sin implicaciones reales. Lamentablemente, la aplicación de esta norma aún no se ha reflejado de manera significativa en las decisiones judiciales, lo que dificulta un análisis más profundo sobre la interpretación de la disposición, así como su impacto en la determinación de los daños.

En segundo lugar, si bien el Código Civil no menciona expresamente la mitigación del daño, el art. 1569, relativo a la obligación de hacer, se alinea con su concepto. Dicha norma faculta al acreedor a encargar a un tercero la ejecución de la obligación incumplida, a expensas del deudor.<sup>40</sup> Si esta acción se realiza previa a la demanda, podría considerarse una medida de mitigación, pues evita

---

39. Ecuador, *Código de Comercio*, Registro Oficial 497, Suplemento, 29 de mayo de 2019, art. 347.

40. Ecuador, *Código Civil*, art. 1569.

un perjuicio mayor y traslada el costo al deudor. La finalidad de la indemnización en este tipo de obligación es precisamente garantizar que el acreedor pueda recurrir a un tercero sin asumir el perjuicio del incumplimiento. Así, esta interpretación es personal y pretende presentar normas cuyo espíritu se ajusta a la naturaleza de la figura, pudiendo existir un mayor número de normas que compartan el mismo espíritu.

En tercer lugar, la jurisprudencia no ha propiciado el desarrollo de la mitigación del daño en el incumplimiento contractual, y a la presente fecha no hay resoluciones que hayan tratado este tema, dificultando su aplicación.

De considerar que el ordenamiento jurídico ecuatoriano tiene bases suficientes para la aplicación de la figura, cabe cuestionarse cuáles son las reglas y los límites a estas.

## REGLAS DE LA MITIGACIÓN DEL DAÑO Y SUS LÍMITES

La mitigación del daño se rige por determinadas reglas, pero la doctrina ha optado por definir en tres:

1. El demandante no podrá recuperar la pérdida si pudo prevenirla, adoptando medidas razonables y no lo hizo.
2. Si previene o atenúa la pérdida, no podrá exigir los valores que excedan lo razonablemente necesario.
3. Si incurre en gastos razonables para prevenir o atenuar la pérdida, podrá exigir al demandado el reembolso, aunque las medidas no hayan tenido éxito.<sup>41</sup>

Si la pérdida es consecuencia de la negligencia o pasividad del demandante, quien pudo haber actuado razonablemente para evitarla, no tendrá derecho a exigirla. Esta regla establece que las acciones para mitigar el daño deben ser razonables, necesarias y proporcionales. Por ello, los tribunales anglosajones presumen que el demandante actuó razonablemente, dejando al demandado la carga de probar lo contrario.<sup>42</sup> Pero, ¿qué debe entenderse por razonable?

---

41. Abhishek Bansal y Manzra Dutta, “Mitigation of Losses Under Contracts Law”, 20 de junio de 2012, <https://tinyurl.com/mr3j36uu>.

42. Andrew D. Dyson, “Recovery for Avoided Loss: Towards a New Account of Mitigation”, *Oxford Student Legal Studies Paper*, n.º 7 (2012): 9, <https://tinyurl.com/49fcap9p>.

La Corte Suprema de Austria ha considerado una medida razonable aquella que pudo ser esperada como una conducta de buena fe de una persona razonable, en la posición del afectado, en las mismas o similares circunstancias.<sup>43</sup> Es decir, la razonabilidad de la medida comprenderá los intereses de ambas partes, la naturaleza del contrato y las prácticas comerciales usuales. Por ejemplo, ante una compraventa de cosas de género, si el vendedor no entrega los productos en el tiempo y lugar convenido, sería razonable que el comprador intente obtenerlos de otro vendedor; de no hacerlo, no podrá exigir indemnización por la diferencia de precio, si este aumenta. En ese sentido, lo único que se le exige al acreedor es que la medida adoptada sea oportuna y se la realice en virtud de prevenir la extensión del daño.<sup>44</sup> Mientras que, la segunda regla no es más que la consecuencia de la primera, pues ante la reparación del daño, no es posible exigir una indemnización, pues ha dejado de existir. Por último, de la tercera regla, no debe colegirse como una cantidad a sumarse al *quantum* indemnizatorio, los valores que el demandante puede exigir por reembolso, simplemente es una sustitución y generalmente son inferiores a las pérdidas que se están mitigando.<sup>45</sup>

En resumen, las reglas reflejan el sentido y naturaleza de la figura, pero se considera que su aplicación es un desafío. A pesar de estar definidas, las calificaciones abstractas utilizadas introducen un grado de subjetividad y disparidad en su aplicación, siendo necesario conocer los límites.

En palabras de Extremera Fernández, los límites se basan en las circunstancias personales del perjudicado o de terceras personas, cuando estas medidas sean excesivamente gravosas y desproporcionadas.<sup>46</sup>

En ese sentido, si el acreedor no tiene suficiente capacidad económica, resultaría excesivamente gravoso que intente adoptar medidas mitigadoras,<sup>47</sup> como lo sucedido en el caso *Ladgen vs. O'Connor*, en el que la víctima de

---

43. John Felemegas, ed., *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 226.

44. Jorge Suescún Melo, *Derecho Privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo* (Bogotá: Legis, 2003), 210.

45. Djakhongir Saidov y Ralph Cunnington, eds., *Contract Damages: Domestic and International Perspectives* (Londres: Bloomsbury Publishing Plc, 2008), 336.

46. Extremera Fernández, *La Carga de Mitigar el Daño*, 273.

47. Rodrigo Bercovitz Rodríguez-Cano, coord., *Comentarios al Código Civil* (Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2013), 736.

un accidente de tránsito se encontraba desempleado, optando por arrendar un vehículo a crédito en vez de comprar otro vehículo con similares características, el tribunal determinó que el perjudicado no tenía otra alternativa menos costosa.<sup>48</sup>

En otro ejemplo, tras la contaminación del agua que ocasionó la pérdida de los peces del demandante, se analizaba si solicitar un crédito para adquirir otros peces sería una medida mitigadora, sin embargo, los magistrados alemanes solo la consideraron aceptable si el préstamo era insignificante para el perjudicado.<sup>49</sup> De lo contrario, podría resultar excesivamente gravosa y desproporcionada. En casos donde las alternativas sean desproporcionadas o excesivamente gravosas, como en los ejemplos anteriores, se justifica su inobservancia.

## CONCLUSIÓN

Con base en lo expuesto, la mitigación del daño busca incentivar al acreedor a tomar medidas razonables para reducir las pérdidas derivadas del incumplimiento contractual, garantizando que la indemnización responda únicamente a los daños efectivamente sufridos y no a aquellos atribuibles a su inacción.

En ese sentido, en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, su alcance parece limitado a una disposición expresa del Código de Comercio, que da la facultad al acreedor de actuar, sin imponerle obligación directa, más allá de su implicación en el ámbito probatorio, al momento de reclamar perjuicios.

Ante la ausencia de jurisprudencia relevante en Ecuador, su análisis desde una perspectiva académica permite considerarla una carga procesal. En materia probatoria, rige la máxima de que quien alega un hecho debe probarlo. Así, al reclamar una indemnización, el acreedor deberá demostrar que los daños sufridos derivan efectivamente del incumplimiento del deudor, tanto en lo que respecta al daño emergente como al lucro cesante.

En este contexto, la mitigación del daño cobra relevancia cuando se debate si los perjuicios alegados provienen del incumplimiento del deudor o de la inacción del acreedor. En el escenario hipotético de que el acreedor no haya empleado medidas mitigadoras razonables y proporcionales, puede dificultar la

---

48. Extremera Fernández, *La carga de mitigar el daño*, 278.

49. Walter Erman, *Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)* (Berlín: Dr. Otto Schmidt, 2017), 940.

prueba sobre algunos de los daños, sobre todo de aquellos que a *prima facie* no se tiene claridad de su causalidad. Mientras que, si el acreedor adopta medidas de mitigación razonables y proporcionales —aunque no reduzcan significativamente las pérdidas— o incluso, no las reduzca en lo absoluto, podrá demostrar que el perjuicio sufrido es consecuencia directa del incumplimiento, dado que se han clarificado los daños provenientes del incumplimiento.

De este modo, la mitigación del daño fortalecería la posición del acreedor en el proceso probatorio y aseguraría que la indemnización refleje de manera adecuada los daños realmente sufridos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Al-Kaabi, Mohammed Hassan. “Is There a Duty to Mitigate Damages in Civil Law? Should We Introduce Such a Duty? The Case of Qatar”. *Global Journal of Comparative Law* 12, n.º 2 (2023). <http://bit.ly/3Dy7K8T>.
- Bansal, Abhishek, y Manzra Dutta. “Mitigation of Losses Under Contracts Law”. 20 de junio de 2012. <https://tinyurl.com/mr3j36uu>.
- Barone González, Jorge. “El deber de mitigar los daños por incumplimiento contractual. Estudio sobre su adopción en el derecho privado colombiano”. *Revista Verba Iuris* (Universidad Libre), n.º 39 (2018). <https://tinyurl.com/mtkk4vv9>.
- Bercovitz Rodríguez-Cano, Rodrigo, coord. *Comentarios al Código Civil*. Madrid: Thomson Reuters Aranzadi, 2013.
- Cabanillas Sánchez, Antonio. *Las cargas del acreedor en el derecho civil y mercantil*. Madrid: Editorial Montecorvo, 1988.
- Ciurtin, Horia. “A Hermeneutical Perspective Upon the ‘Mitigation of Damages’ Principle: The Metamorphosis of a Concept in International Law”. En *Nappert Prize in International Arbitration*, editado por Andrea Bjorklund, 7. París: ICC/McGill, 2015. *Transnational Dispute Management*, 2015.
- De los Mozos, José Luis, y Carlos Soto. *Responsabilidad civil: derecho de daños*. Lima: Editora Jurídica Grijley, 2006.
- Demogue, René. *Traité des obligations en général*. Tomo 1. París: Librairie Arthur Rousseau, 1923.
- Domínguez Águila, Ramón. “Notas sobre el deber de minimizar el daño”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º 5 (2005). <https://tinyurl.com/km895x2b>.
- Dyson, Andrew D. “Recovery for Avoided Loss: Towards a New Account of Mitigation”. *Oxford Student Legal Studies Paper*, n.º 7 (2012). <https://tinyurl.com/49fcap9p>.
- Ecuador. *Código Civil*. Registro Oficial 46, 24 de junio de 2005.
- . *Código de Comercio*, Registro Oficial 497, Suplemento, 29 de mayo de 2019.

- . *Código General de Procesos*. Registro Oficial 506, Suplemento, 22 de mayo de 2015.
- Erman, Walter. *Handkommentar Bürgerliches Gesetzbuch (BGB)*. Berlín: Dr. Otto Schmidt, 2017.
- Extremera Fernández, Beatriz. *La carga de mitigar el daño*. Madrid: Dykinson, 2022.
- Felemegas, John, ed. *An International Approach to the Interpretation of the United Nations Convention on Contracts for the International Sale of Goods (1980) as Uniform Sales Law*. Cambridge: Cambridge University Press, 2007.
- Fortunat Stagl, Jakob. “De Roma a Lima: la restitución a un estado anterior en el derecho indiano”. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos* 41 (2019). <https://tinyurl.com/3j86k453>.
- Jaramillo, Carlos. *Los deberes de evitar y mitigar el daño*. Bogotá: Editorial Temis, 2013.
- López Santa María, Jorge. “Informe en derecho sobre la obligación del acreedor de una indemnización, de mitigar o atenuar los daños. Contrato de transporte marítimo”. *Revista Chilena de Derecho Privado*, n.º (2007). Redalyc, <https://bit.ly/4gQYBXo>.
- Mazeaud, Henri, León Mazeaud y André Tunc. *Tratado teórico y práctico de la responsabilidad civil delictual y contractual*. Buenos Aires: Ediciones Jurídicas Europa-América, 2010.
- Pérez Velázquez, Juan Pablo. “El Principio *Full Damages Rule* y la delimitación del *quantum respondatur* por la contribución al daño del acreedor en el moderno derecho de los contratos”. *Cuadernos de Derecho Transnacional* 14, n.º 2 (2022): 696. <https://tinyurl.com/68m7hnjm>.
- Real Academia Española. “Daño indemnizable”. En *Diccionario de la lengua española*. 23.ª ed. Accedido 30 de diciembre de 2024. <https://tinyurl.com/mwyvn9t3>.
- Rodríguez Fernández, Maximiliano. “Concepto y alcance del deber de mitigar el daño en el derecho internacional de los contratos”. *Revista de Derecho Privado*, n.º 15 (2008). <https://bit.ly/4guRRP6>.
- Rodríguez Montero, Ramón, ed. *Responsabilidad civil de profesionales y empresarios: aspectos nacionales e internacionales*. Madrid: Gesbiblo, 2006.
- San Martín Neira, Lilian C. *La carga del perjudicado de evitar o mitigar el daño: estudio histórico-comparado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2012.
- Saidov, Djakhongir. *The Law of Damages in International Sales: The CISG and Other International Instruments*. Oxford: Hart Publishing, 2021.
- Saidov, Djakhongir, y Ralph Cunnington, eds. *Contract Damages: Domestic and International Perspectives*. Londres: Bloomsbury Publishing Plc, 2008.
- Suescún de Roa, Felipe. “Mitigación de daños en materia contractual”. *Vniversitas* 67, n.º 136 (2024). <https://bit.ly/3VVK5W9>.

- Suescún Melo, Jorge. *Derecho privado. Estudios de derecho civil y comercial contemporáneo*. Bogotá: Legis, 2003.
- Tamayo, Alberto. *La responsabilidad civil extracontractual y la contractual*. Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley, 2005.
- Tamayo Jaramillo, Javier. *Tratado de responsabilidad civil*. Bogotá: Legis Editores, 2008.
- Tapias-Rocha, Hernando, y Betty Martínez-Cárdenas. *Manual de Derecho Civil Obligaciones*. Bogotá: Temis, 2020.
- Vidal Olivares, Álvaro Rodrigo (dir.), y Gonzalo Francisco Severin Fuster (ed. lit.). *Estudios de Derecho de Contratos. En homenaje a Antonio Manuel Morales Moreno*. Santiago: Thomson Reuters, 2018.

#### DECLARACIÓN DE CONFLICTO DE INTERESES

La autora declara no tener ningún conflicto de interés financiero, académico ni personal que pueda haber influido en la realización del estudio.

## **SECCIÓN ABIERTA**



## Más allá de la recaudación: los límites de la extrafiscalidad

*Beyond Tax Collection: The limits of Extra-Fiscality*

**Maryuri Elizabeth Celi Masache**

*Docente, Universidad Nacional de Loja*

Loja, Ecuador

[maryuri.celi@unl.edu.ec](mailto:maryuri.celi@unl.edu.ec)

<https://orcid.org/0000-0002-0096-3486>

**Verónica Vanessa Ajila Castillo**

*Abogada, Universidad Nacional de Loja*

Loja, Ecuador

[veronica.ajila@unl.edu.ec](mailto:veronica.ajila@unl.edu.ec)

<https://orcid.org/0009-0004-2413-9725>

**Johana Cristina Sarmiento Vélez**

*Docente, Universidad Nacional de Loja*

Loja, Ecuador

[johana.sarmiento@unl.edu.ec](mailto:johana.sarmiento@unl.edu.ec)

<https://orcid.org/0000-0001-6767-6986>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2025.44.5>

Fecha de recepción: 13 de enero de 2025

Fecha de revisión: 18 de febrero de 2025

Fecha de aceptación: 10 de marzo de 2025

Fecha de publicación: 1 de julio de 2025

Licencia Creative Commons



## RESUMEN

El estudio de los impuestos extrafiscales como instrumentos de política pública requiere considerar la teoría del ciclo de las políticas públicas. Esta teoría sostiene que las políticas públicas pasan por un proceso secuencial que conlleva: identificación de un problema, formulación de la política, adopción, implementación, evaluación y terminación; los instrumentos de política pública no son permanentes en el tiempo, ya que cumplen dicho ciclo que inicia y termina. En este trabajo se plantea la discusión sobre el desarrollo de unos límites a la extrafiscalidad vinculados a su naturaleza de instrumentos de política pública, para un ejercicio del poder tributario coherente. Con la posibilidad de profundizar en la transparencia en el proceso de creación, gestión y resultados, se propone como límites: la competencia material, proporcionalidad, estructura vinculada al objetivo extrafiscal, prohibición de sanción, no imposibilitar conductas, la justificación legislativa, el control de legitimidad, coherencia de la estructura impositiva, la evaluación y análisis de resultados. En este artículo se analizan estos límites y su importancia para la creación de impuestos que respondan a objetivos extrafiscales, rompiendo con la lógica de transparentar los resultados basándose únicamente en la recaudación. La transparencia juega un rol fundamental para revelar los motivos reales de su creación y evaluar los resultados de su vigencia y aplicación.

**PALABRAS CLAVE:** extrafiscalidad, fiscalidad, impuesto, principios, administración pública, transparencia, recaudación, finalidad.

## ABSTRACT

The study of extrafiscal taxes as instruments of public policy requires considering the theory of the Policy Cycle, which posits that public policies go through a series of stages: problem identification, policy formulation, adoption, implementation, evaluation, and termination. Therefore, public policy instruments are not permanent over time. This paper raises the discussion on the development of limits to extrafiscality, linked to its nature as a public policy instrument, to ensure a coherent exercise of taxing power. It also explores the possibility of enhancing transparency in the process of its creation, management, and outcomes. The proposed limits include material competence, proportionality, a structure linked to the extrafiscal objective, prohibition of punitive measures, avoidance of hindering behaviors, legislative justification, legitimacy control, coherence of the tax structure, and the evaluation and analysis of results. The article analyzes these limits and their importance in creating taxes that respond to extrafiscal objectives, moving beyond the logic of transparency based solely on revenue collec-

tion. Transparency plays a fundamental role in revealing the real motives behind their creation and in evaluating the results of their enforcement and application.

KEYWORDS: extra-fiscality, fiscality, tax, principles, transparency, public administration, revenue collection, purpose.

FORO

## INTRODUCCIÓN

La extrafiscalidad requiere un cambio de paradigma en cuanto a la transparencia fiscal tradicional; cuando se trata de impuestos con fines extrafiscales, la recaudación no es suficiente para determinar la eficacia y eficiencia de estos tributos. Es claro que, desde la justificación de su creación, los elementos estructurales, su vigencia y resultados se distinguen de los impuestos recaudatorios.

La propuesta que se presenta busca analizar los límites de la extrafiscalidad planteando lo siguiente: a) la competencia material, b) proporcionalidad, c) una estructura vinculada al objetivo extrafiscal, d) prohibición de sanción, e) no imposibilitar conductas, f) justificación legislativa, g) control de legitimidad, h) coherencia de la estructura impositiva, i) evaluación de resultados.

Estos límites están estrechamente vinculados con criterios de transparencia, desde la creación del impuesto hasta la evaluación de sus resultados. La fase de evaluación es crucial para determinar si el impuesto debe reformarse o derogarse, teniendo en cuenta que no debe mantenerse si resulta ineficiente, ya que esto iría en contra de su justificación y naturaleza.

## LA EXTRAFISCALIDAD Y SUS LÍMITES

La finalidad extrafiscal de los tributos surge de la necesidad imperante de dotar al Estado de las herramientas que le permitan cumplir con sus crecientes obligaciones y deberes como garante de derechos. El desarrollo de tributos extrafiscales busca, por una parte, alentar y promover determinadas conductas, como la preservación de un medioambiente sano, la reducción del consumo de bebidas o productos que, en alto consumo, pueden provocar daños a la salud, el uso de recursos naturales y la prevención de prácticas económicas monopo-

listicas, volviendo gravosa la realización de conductas que no se adecúan a los intereses colectivos.<sup>1</sup>

Es necesario considerar los límites de la extrafiscalidad desde la teoría del ciclo de las políticas públicas, que propone que estas pasan por una identificación de un problema, formulación de la política, adopción, implementación, evaluación y terminación.<sup>2</sup> Esto en razón de que los tributos extrafiscales cumplen un rol como herramientas de política pública, permitiendo intervenir en áreas como el medioambiente, el bienestar social, la salud y la economía.

El proceso de generación de políticas públicas abarca diferentes etapas,<sup>3</sup> y este artículo se propone identificar los límites de la extrafiscalidad atendiendo a dichas etapas:

1. **Nacimiento y formulación:** competencia material, proporcionalidad, una estructura vinculada al objetivo extrafiscal, prohibición de sanción, no imposibilitar conductas y justificación legislativa.
2. **Implementación:** control de legitimidad y coherencia de la estructura impositiva.<sup>4</sup>
3. **Evaluación:** evaluación de resultados.

La intención de este trabajo es generar el debate sobre los límites de la extrafiscalidad para arribar en próximos trabajos al reconocimiento de principios tributarios extrafiscales; “después de todo —los tributos extrafiscales—, su interés no es en primer término fiscalista sino intervencionista y regulador”.<sup>5</sup>

- 
1. Carolina Rozo Gutiérrez, “Las funciones extrafiscales del tributo a propósito de la tributación medioambiental en el ordenamiento jurídico colombiano”, *Foro: Revista de Derecho*, n.º 1 (2003): 159-201.
  2. Nelson Cardozo, Rodolfo Canto Sáenz y André-Noël Roth Deubel, “Las teorías de las políticas públicas en y desde América Latina: una introducción”, *Revista Pilquen* 24, n.º 5 (2021), <https://bit.ly/4hVIDfF>.
  3. Manuel Ángel Rodríguez-Edeza, “Modelo general para la creación de las políticas públicas”, *FORUM. Revista Departamento Ciencia Política*, n.º 19 (2021): 70, <https://doi.org/10.15446/frdcp.n19.86948>.
  4. Diogo Ferraz Lemos Tavares, *Los tributos del mercado financiero: una perspectiva extrafiscal* (Madrid: Marcial Pons, 2016), 43. Ferraz desarrolla como límites: la competencia material, proporcionalidad, estructura según la finalidad extrafiscal, prohibición de sanción, no imposibilitar conductas, control de legitimidad.
  5. Judith Yáñez Villavicencio, “Descripción de los tributos extrafiscales de índole ambiental y la problemática que los rodea. Caso ecuatoriano”, *Foro: Revista de Derecho*, n.º 28 (2017): 87.

Entre los elementos de los tributos no se considera la finalidad recaudatoria, permitiendo vincular otras finalidades a los tributos, sin que se desvirtúe su naturaleza al emplear el tributo como un instrumento del Estado para intervenir en los sectores de interés.

Los tributos extrafiscales no persiguen fines recaudatorios, pero esto no significa que deban desligarse totalmente de la recaudación. Aunque no son incompatibles con esta última, es necesario construir nuevas formas para determinar su eficacia y eficiencia, ya que no pueden evaluarse únicamente a través de los índices de recaudación.

A criterio de Marins y Teodorovicz, el reconocimiento de la extrafiscalidad, en una primera fase, “se dio como una síntesis entre el liberalismo económico individualista (que predicaba la función fiscal ligada a la no intervención y el equilibrio presupuestario) y el socialismo marxista”.<sup>6</sup> A partir de estas dos ideologías, sin quitar la función fiscal, los tributos también podrían utilizarse para lograr un fin social.

Guerino de Carli y Ribas señalan que “la extrafiscalidad alcanza el pleno reconocimiento de su utilidad por parte de teóricos y políticos para combatir situaciones hostiles vividas a partir del siglo XX”.<sup>7</sup> La política de no intervención en la economía fue perdiendo sentido, y el papel disminuido de la política social en relación con la política económica comenzó a ser severamente cuestionado.

En este contexto, los límites de la extrafiscalidad son necesarios para impedir arbitrariedades, vulneración de derechos de los contribuyentes y garantizar el adecuado uso de los recursos públicos.

## COMPETENCIA MATERIAL

Reconociendo a los tributos su rol de instrumentos de política pública para el logro de objetivos constitucionales, el primer límite requiere analizar si el ente público con competencia vinculada al objetivo perseguido debe asumir la gestión o administración del tributo. En este sentido, toda entidad estatal que

---

6. James Marins y Jeferson Teodorovicz, “Rumo à extrafiscalidade sócio ambiental: tributação diante do desafio social e ambiental contemporâneo”, *Simpósio Nacional de Direito Constitucional* 9 (2010): 174.

7. Franco Guerino de Carli y Lidia María Ribas, “Smart Cities: Extrafiscalidade Como Indutora Do Desenvolvimento de Cidades Inteligentes”, *Interações* 22, n.º 1 (2021): 142, <https://doi.org/10.20435/inter.v22i1.2794>.

no goza de esta prerrogativa quedaría excluida de la gestión de determinada medida extrafiscal.<sup>8</sup>

Por ejemplo, en Ecuador, los tributos ambientales justificados bajo la lógica extrafiscal han sido gestionados por la administración tributaria central (SRI), entidad netamente recaudatoria que no tiene competencias vinculadas al medioambiente. Por lo tanto, no tiene responsabilidad con respecto a la eficacia y eficiencia de estos tributos como instrumentos de política pública en materia ambiental.

Considerando que la extrafiscalidad se circunscribe, por una parte, a alentar determinadas conductas y acciones beneficiosas para la colectividad, y por otra, a inhibir conductas que generen externalidades negativas, ¿cómo se justifica que quien gestiona dichos tributos no ejerza competencias vinculadas a los objetivos que se persiguen? Como señala Valdivieso, “en el caso ecuatoriano al menos, es evidente que la serie de tributos que han sido establecidos con la finalidad de proteger este bien fundamental no tienen detrás una política pública claramente desarrollada y con objetivos específicos”.<sup>9</sup>

Cabe recordar que el ciclo de las políticas públicas implica un proceso ordenado y sistemático que incluye una etapa de evaluación y control. Si el tributo extrafiscal es un instrumento de política pública, su evaluación y control deben ser responsabilidad de la entidad pública cuyas competencias estén vinculadas al objetivo que se persigue. De esta manera, se garantiza que se cuente con el conocimiento técnico, los datos y personal humano capacitado para el proceso de evaluación. Además de que sus atribuciones abarcarán la responsabilidad de la ejecución de las políticas públicas.

## PROPORCIONALIDAD

La proporcionalidad, como límite de la tributación extrafiscal, contempla tres elementos: el primero es la adecuación o idoneidad de la medida extrafiscal (tributo); el segundo es la necesidad, ya que el tributo debe ser lo menos restrictivo de los derechos; y finalmente, el tercero es el costo-beneficio, que requiere que los beneficios buscados con la creación y aplicación del tributo sean superiores a los perjuicios que pueda ocasionar.<sup>10</sup>

---

8. Ferraz Lemos Tavares, *Los tributos del mercado financiero: una perspectiva extrafiscal*, 43.

9. Gabriela Valdivieso, “La tributación ambiental como instrumento de política pública en el Ecuador”, *Revista Científica ECOCIENCIA* 5, n.º 2 (2018): 12.

10. Ferraz Lemos Tavares, *Los tributos del mercado financiero: una perspectiva extrafiscal*, 48.

La generación de tributos extrafiscales exige un análisis previo y una proyección técnica de los posibles efectos de la medida como instrumento de política pública para alcanzar un fin. Es necesario justificar la idoneidad de la medida frente a otros instrumentos no tributarios, asegurando que el tributo restrinja la menor cantidad de derechos, ocasione mínimos perjuicios y que se identifiquen claramente los costos de su gestión y la afectación económica a los contribuyentes.

La labor del Ejecutivo y del Legislativo debe incluir la justificación de la proporcionalidad de la medida, considerando la planificación nacional y la política pública en la cual se enmarca el instrumento tributario. El análisis técnico será indispensable para justificar que la medida es necesaria, en el sentido de que no exista otra más moderada o menos gravosa e igualmente eficaz para alcanzar el fin perseguido. Asimismo, debe determinarse el costo-beneficio, asegurando que la carga fiscal y administrativa guarde una relación adecuada con el grado de consecución del objetivo. Una forma de confirmar esto es que, a mayor cumplimiento del objetivo, se observa una disminución en los índices de recaudación.

## **ESTRUCTURA SEGÚN LA FINALIDAD EXTRAFISCAL**

Los tributos extrafiscales deben “estructurarse concretamente de modo que al mayor alcance del objetivo constitucional corresponde una menor carga tributaria, y viceversa”.<sup>11</sup> Este criterio está ligado a la proporcionalidad de la figura tributaria, lo que implica considerar tarifa, deducciones y exenciones, resultando que, al ser más efectivo el estímulo o desincentivo, deberá considerarse una tarifa menor, siendo cada vez un mayor número de personas las que paguen menos.

Mientras más efectiva sea la estructura del tributo para alcanzar su finalidad, se reflejará una menor recaudación. Por ello, es indispensable generar incentivos que hagan atractivo el cambio de conducta en la población, con el fin de conseguir una menor imposición.<sup>12</sup> Estos incentivos, si bien van a representar una menor recaudación, deben ir acompañados de un aumento o una reducción de la conducta a incentivar o desincentivar, dependiendo del caso.

---

11. Ibid.

12. Ibid.

No basta con observar índices bajos de recaudación; es fundamental evaluar cuánto se ha avanzado en el cumplimiento del objetivo perseguido.

## PROHIBICIÓN DE SANCIÓN

La tributación, en general, no puede convertirse en una sanción. Esta máxima se extiende a la tributación extrafiscal, por lo que no se pueden gravar actos o conductas ilícitas, ya que “la propia definición de tributo es la ausencia de un propósito punitivo”.<sup>13</sup> Si bien las conductas que se buscan reducir o desincentivar con los impuestos extrafiscales son consideradas indeseables, no deben ser calificadas como ilícitas.

Moschetti apoya esta línea argumentativa al señalar un nuevo límite: “el impuesto debe ser coherente con su naturaleza y, en consecuencia, por ejemplo, no puede ser usado como sanción”.<sup>14</sup> De ahí la importancia de que el uso extrafiscal esté sometido a límites para evitar la discrecionalidad legislativa.

Es crucial analizar por qué el tributo extrafiscal no debe estructurarse ni emplearse como una sanción. García Máynez define la sanción como “consecuencia jurídica que el incumplimiento de un deber produce en relación con el obligado”.<sup>15</sup> La sanción está condicionada al cumplimiento de un deber, y si se incumple, la sanción se impone.

Por su parte, Kelsen define la sanción como un acto coactivo que implica una pena o privación forzada de bienes como consecuencia de una conducta ilícita o contraria al derecho.<sup>16</sup> Este tipo de sanción busca motivar a evitar la conducta prohibida.

Una conducta ilícita, según Kelsen, es “la conducta contraria a la prescrita por una norma jurídica o, lo que es lo mismo, a la conducta prohibida por dicha norma”.<sup>17</sup> El hecho ilícito crea una obligación jurídica de abstenerse de realizar conductas prohibidas, y su incumplimiento genera una sanción.

---

13. *Ibíd.*, 49.

14. Francesco Moschetti, “El principio de la capacidad contributiva”, en *Tratado de Derecho Tributario*, t. I, *El Derecho Tributario y sus fuentes*, dirigido por Andrea Amatucci (Bogotá: Temis, 2001), 279.

15. Eduardo García Máynez, *Introducción al estudio del derecho* (Ciudad de México: Porrúa, 2002), 295.

16. Hans Kelsen, *Teoría pura del derecho* (Buenos Aires: Eudeba, 2009), 56.

17. *Ibíd.*, 73.

Villegas, al referirse al tributo, señala que son “las prestaciones en dinero que el Estado exige en ejercicio de su poder de imperio en virtud de una ley y para cubrir los gastos que le demanda el cumplimiento de sus fines”.<sup>18</sup> El Estado, haciendo uso de su poder tributario, impone el pago de tributos, pero para que esta obligación sea exigible, debe concretarse el hecho imponible, definido como “el presupuesto de hecho al cual la ley vincula el nacimiento de la relación tributaria”.<sup>19</sup>

La diferencia es clara: la sanción está condicionada al incumplimiento de una conducta prohibida, mientras que el tributo surge de la realización de un hecho jurídico lícito. Además, el hecho imponible de los tributos no nace de un incumplimiento. Por lo tanto, los tributos extrafiscales no deben ser considerados como sanciones ni como medidas represivas.

## NO IMPOSIBILITAR CONDUCTAS

Como se explicó en el apartado anterior, el tributo extrafiscal no busca prohibir categóricamente una conducta, sino moderarla. En consecuencia, la “tributación extrafiscal no puede hacer que la conducta desincentivada devenga en imposible, impracticable”.<sup>20</sup> Ante esto, surge la siguiente interrogante: ¿Cómo evitar que el tributo extrafiscal cree una conducta imposible o impracticable?

El legislador debe tener claro que el objetivo es reducir conductas, no prohibirlas.<sup>21</sup> Una forma de lograrlo es asegurarse de que el gravamen tributario no haga imposible la conducta, sino que su realización acarree un costo mayor para quienes puedan o consideren óptimo pagar para mantenerla.

Otro aspecto a considerar es la disuasión parcial o gradual.<sup>22</sup> Aunque el tributo es una figura coactiva, no pretende impedir bruscamente la conducta indeseada. Debe incentivar la reducción gradual de ciertas conductas, aspecto que se puede regular a través de la base imponible y la tarifa.

Por último, la imposición no debe restringir los derechos como la libertad ni la propiedad.<sup>23</sup> Si un tributo extrafiscal se rige por los preceptos constitucio-

---

18. Héctor Villegas, *Curso de finanzas, Derecho financiero y tributario* (Buenos Aires: Depalma, 2001), 67.

19. Dino Jarach, *El hecho imponible* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004), 65.

20. Ferraz Lemos Tavares, *Los tributos del mercado financiero: una perspectiva extrafiscal*, 50.

21. *Ibid.*

22. *Ibid.*

23. *Ibid.*

nales, debe alinearse con su objetivo sin afectar estos derechos, garantizando principios de justicia tributaria, como la proporcionalidad y la equidad.

Si un tributo prohíbe, en todo o en parte, una conducta, se distorsiona su naturaleza, convirtiéndose en sanción, restringiendo derechos como la propiedad (al no poder adquirir o mantener un determinado bien) y la libertad (al limitar la facultad de obrar según su voluntad). El legislador, al crear un tributo extrafiscal, debe asegurarse de que cumpla con su rol principal de generar disuasión de una conducta no deseada sin restringirla. El tributo extrafiscal no busca prohibir una conducta ni actuar como una medida represiva; su fin es cumplir con un objetivo constitucional.

## JUSTIFICACIÓN LEGISLATIVA Y CONTROL DE LEGITIMIDAD

La justificación legislativa tiene dos formas: la *formal*, que podría considerarse al hecho de que se declare dicha finalidad, y, por otro lado, la justificación *material*. En este sentido, la declaración no encierra la certeza de que realmente sea un tributo extrafiscal, se debe centrar en su justificación material.<sup>24</sup> Esta justificación se logra identificar al analizar su estructura impositiva. La extrafiscalidad deberá trascender y reflejarse en cada elemento del tributo (hecho imponible, base imponible, tarifa, supuestos de no sujeción, exenciones).

Se pueden encontrar tributos extrafiscales con una excelente justificación formal, pero con una estructura material precaria. Por ejemplo, en Ecuador, el Impuesto Ambiental a la Contaminación Vehicular,<sup>25</sup> la relación entre el hecho generador, exenciones y tarifa debe ser coherente con el objetivo perseguido. Esto solo se consigue con un análisis previo de carácter teórico, técnico y económico, que permita alcanzar resultados favorables y no solamente dejarlo a la suerte, esperando haber acertado con la medida adecuada.

En la justificación material deberá preponderarse la finalidad extrafiscal, resultando que “la finalidad recaudatoria no se presenta o se presenta de manera secundaria en determinados tributos”.<sup>26</sup> Sobre este mismo punto, debe considerarse que el carácter extrafiscal del tributo no se define “por el destino del

---

24. Ibid.

25. Yáñez Villavicencio, “Descripción de los tributos extrafiscales de índole ambiental y la problemática que los rodea. El caso ecuatoriano”, 88.

26. Ibid., 49.

producto de su recaudación”.<sup>27</sup> Vincular la recaudación a su finalidad podría generar dudas sobre la sinceridad de su justificación, especialmente cuando existe un interés excesivo en regular y controlar el destino de los ingresos obtenidos.

La estructura material permite cuestionar la justificación formal hecha por el legislador, evitando ciertos privilegios que tienen los tributos extrafiscales frente a los principios tributarios.<sup>28</sup> La legitimidad del tributo puede considerarse analizando los siguientes escenarios para su eliminación:

- **Caso 1:** Si el objetivo o fin perseguido por el tributo es específico y transitorio, su eliminación no debería provocar un retorno a la conducta que se busca desincentivar ni la pérdida de la conducta que se incentivó.
- **Caso 2:** Este caso engloba tres escenarios:
  1. La realidad cambió y el tributo ya no se justifica.
  2. El tributo pasa a tener un efecto negativo para el cumplimiento de otros fines constitucionales, resultando su efecto no deseado.
  3. El objetivo planteado ya no es deseable; en estos supuestos, el tributo sería considerado ilegítimo y, por ende, se deberá eliminar.<sup>29</sup>

Se concluye que mantener un tributo extrafiscal de forma indefinida no se debería contemplar, ya que su perpetuidad denota su falta de eficacia, volviéndose ilegítimo.

## COHERENCIA DE LA ESTRUCTURA IMPOSITIVA

Desde la perspectiva de la extrafiscalidad, se distinguen dos clases de impuestos: los impuestos extrafiscales propios y los impuestos extrafiscales impropios.<sup>30</sup> Los primeros se caracterizan por contar con un fundamento o justificación extrafiscal claramente identificable, y su estructura se desarrolló articulando sus elementos cuantitativos con el propósito de alcanzar un objetivo extrafiscal. En contraste, los impuestos extrafiscales impropios surgen de una

---

27. *Ibid.*

28. Ferraz Lemos Tavares, *Los tributos del mercado financiero: una perspectiva extrafiscal*, 49.

29. *Ibid.*, 49.

30. Patricia Toledo Zúñiga, Francisca Riffo Aguilar y Pablo Torres Pedreros, “Impuestos extrafiscales en la reforma tributaria 2014: análisis crítico”, *Revista del Derecho (Valdivia)* 32, n.º 1 (2019): 142.

justificación fiscal y cuya estructura persigue fines recaudatorios, pero influyen en la consecución de un objetivo extrafiscal.

Una tarifa alta no asegura la modificación de la conducta. Existen puntos importantes a considerar, como el tener precisión respecto del objetivo perseguido al momento de crear el tributo, logrando determinar un hecho generador claro que identifique las conductas a promover o desincentivar. Por ello, se debe analizar elementos del tributo desde la visión de la extrafiscalidad.

Para analizar el *hecho generador*, se deben considerar tanto el elemento objetivo como el elemento subjetivo. El primero tiene cuatro dimensiones: 1. material, 2. espacial, 3. temporal y 4. cuantitativa. El hecho generador es la acción o hecho abstracto contemplado en la ley, y es en esta acción donde identificamos estas cuatro dimensiones.<sup>31</sup> La acción o hecho tiene una materialidad, por ejemplo, en tributación extrafiscal ambiental, realizar actividades que impacten el medioambiente como la emisión de gases contaminantes, la deforestación, la explotación de recursos naturales, etc. La dimensión cuantitativa se refleja en cómo esos actos y hechos se gravan en mayor o menor cuantía; en el caso de tributos extrafiscales ambientales, se pueden evidenciar tarifas altas. La dimensión espacial representa el territorio sobre el cual ejerce su control el ente administrativo. Finalmente, la dimensión temporal se identifica en el momento en que se produce, dependiendo del gravamen o figura impositiva, que podrá ser en un período determinado o producirse en un único momento. En el elemento subjetivo, este corresponde a la persona que realiza o ejecuta el elemento objetivo, es decir, al sujeto pasivo de la obligación tributaria que, en el caso de impuestos ambientales, responde al principio de “quien contamina, paga”.

En el impuesto extrafiscal, en su dimensión material, el acto o hecho debe tener relación con un objetivo que no es recaudatorio. Por ejemplo, en el caso ecuatoriano, al ser una herramienta de política pública, debe atender a objetivos constitucionales vinculados a derechos de los ciudadanos y obligaciones del Estado, dado que la Constitución es la base de la planificación nacional.<sup>32</sup> De esta manera, mientras los tributos fiscales se fundamentan constitucionalmente en la capacidad económica,<sup>33</sup> en la extrafiscalidad el fundamento es un objetivo

---

31. Miguel Ángel Martínez Lago y Leonardo García Mora, *Lecciones de derecho financiero y tributario* (Madrid: Iustel, 2006), 267.

32. Ferraz Lemos Tavares, *Los tributos del mercado financiero: una perspectiva extrafiscal*, 55.

33. Martínez Lago y García Mora, *Lecciones de derecho financiero y tributario*, 273.

diferente a la recaudación, promoviendo cambios sociales, económicos o ambientales en beneficio del bien común.

En la dimensión temporal debe establecerse el tiempo de vigencia e incluso el tiempo para su evaluación, identificando si su estructura representa o no un acercamiento al objetivo que justificó su creación.

Para identificar la idoneidad del sujeto activo, se debe considerar si la administración tributaria encargada de gestionar los tributos extrafiscales es el ente adecuado, o si, en su lugar, debería hacerlo el ente con competencias vinculadas al área e intención del tributo extrafiscal, por tener a su cargo y responsabilidad la ejecución de las políticas públicas.

En cuanto al sujeto pasivo, “el tributo extrafiscal debe tener en mira, aunque indirectamente, las personas que practican la conducta que se quiere modular, aunque esto no impida al legislador crear supuestos de sustitución o responsabilidad por cuestiones de conveniencia”.<sup>34</sup> Los sujetos pasivos como contribuyentes serán quienes realizan el acto o actividad que se pretende gravar para alcanzar el objetivo extrafiscal.

Entre los elementos cuantitativos de los tributos encontramos la base imponible y la tarifa. Estos elementos son perfectos para graduar los impuestos extrafiscales.<sup>35</sup> Consideremos que la base imponible es “aquella magnitud establecida en virtud de ley que expresa la medición del hecho imponible, más concretamente, de su elemento objetivo”.<sup>36</sup> La base imponible, conocida como la “unidad de medida”,<sup>37</sup> permite graduar la obligación, pues es la representación del hecho generador a la que se aplica la tarifa del impuesto. El procedimiento de determinación de la base imponible es de vital importancia, tanto si se quiere aplicar la tarifa como si se requiere aplicar deducciones o calcular créditos tributarios, todo dependerá de la figura tributaria; en la tributación con fines fiscales ya encontramos una infinidad de hechos generadores y bases imponibles, situación que se amplía aún más con la tributación extrafiscal.

Las tarifas o alícuotas legales se pueden fijar en *ad valorem*, específicas, mixtas, progresivas o proporcionales. La tarifa representa el gravamen, la afectación económica para el contribuyente. En impuestos reguladores, como los

---

34. Ferraz Lemos Tavares, *Los tributos del mercado financiero: una perspectiva extrafiscal*, 56.

35. *Ibid.*

36. María Luz Calero García, “La base imponible en el Derecho Tributario General”, *Cuadernos de Estudios Empresariales*, n.º 6 (1996): 70.

37. Jarach, *El hecho imponible*, 11.

de la extrafiscalidad, se suele poner especial interés en tarifas elevadas a fin de que el contribuyente busque alternativas que no configuren el hecho generador del tributo para no pagar el impuesto. Sin embargo, en el tributo extrafiscal, la tarifa debería tender a disminuir con el tiempo al acercarnos al cumplimiento del objetivo planteado. De lo contrario, una tarifa estática por tiempo indeterminado da una lectura negativa de los resultados que se están obteniendo. Los incentivos deberían, además, formar parte indispensable de la estructura del impuesto extrafiscal.

Ejemplo considerando los elementos del hecho generador:

- Impuesto Ambiental a la Contaminación Vehicular (Ecuador):
  - Elemento material: contaminación del ambiente producida por el uso de vehículos motorizados de transporte terrestre. Se enfoca en actividades que impactan el medioambiente, como la emisión de gases contaminantes.
  - Elemento espacial: aplicable en todo el territorio ecuatoriano, bajo el control administrativo del SRI para la recaudación del impuesto.
  - Elemento temporal: se establecía que debía pagarse anualmente al momento de la matriculación vehicular.
  - Elemento cuantitativo: la base imponible, al no tener una forma de determinar cuándo y cuánto se contamina, en la ley se fijaba de acuerdo al cilindraje del vehículo con un factor de ajuste basado en la antigüedad del vehículo.
  - Elemento subjetivo:
    - Sujeto pasivo: propietarios de vehículos con cilindraje mayor a 1500 cc.
    - Sujeto activo: Servicio de Rentas Internas (SRI).

Ejemplo considerando los elementos del tributo:

- Impuesto redimible a las botellas plásticas no retornables (Ecuador):
  - Hecho generador: contaminación producida por el uso y desecho de botellas plásticas no retornables.
  - Base imponible: número de botellas producidas e importadas.
  - Tarifa: dos centavos por botella.
  - Incentivo: devolución para promover el reciclaje.
  - Observación: La tarifa, al ser tan baja y trasladable al precio final, no reduce significativamente el uso de botellas plásticas. Los resultados

se concentran en la recuperación de las botellas desechadas, pero no en la disminución del uso de plásticos.

- Sujeto activo: Servicio de Rentas Internas.
- Sujeto pasivo: importadores o embotelladores.

## EVALUACIÓN DE RESULTADOS

La evaluación de los tributos extrafiscales debe darse considerándolos instrumentos de política pública. “La política pública presenta diversos matices, unos de naturaleza constitucional, otras de orden técnico, algunas extendidas en temas de interés público internacional y un tanto familiarizadas con la ejecución y/o la participación”.<sup>38</sup> La creación de tributos extrafiscales se funda en objetivos constitucionales o estatales, “las políticas públicas atienden al derecho, la legislación, a la población y el territorio, en tanto mejoran la asignación de recursos, la distribución de la riqueza, la estabilidad económica y el fomento al desarrollo”.<sup>39</sup> Utilizar un instrumento de política pública sin considerar las fases de formulación, planificación, implementación y evaluación está fuera de toda lógica.

Para “evaluar si los resultados probables de sus propuestas son satisfactorios”,<sup>40</sup> se requiere evaluar criterios como los propuestos por Dunn y Bardach, citados por Olavarría Gambi:<sup>41</sup> la efectividad y eficiencia, criterios valóricos y criterios prácticos. En la fase de formulación de impuestos extrafiscales se debe atender a criterios de efectividad y eficiencia: “determinar si la propuesta logrará alcanzar los resultados previstos y los beneficios netos que ella generará”. La propuesta debe contener un anexo con los costos y resultados esperados en un determinado tiempo y el análisis que permita concluir que es la medida idónea con relación a otros instrumentos para alcanzar el objetivo. Una vez claros los criterios de efectividad y eficiencia, se podrán evaluar posteriormente sus resultados.

---

38. Jahir Alexander Gutiérrez Ossa, Rubén Darío Restrepo Avendaño y John Stivens Zapata Hoyos, “Formulación, implementación y evaluación de políticas públicas desde los enfoques, fines y funciones del Estado”, *CES DERECHO* 8, n.º 2 (2017): 334.

39. *Ibid.*

40. Mauricio Olavarría Gambi, *Conceptos básicos en el análisis de políticas públicas* (Santiago: Universidad de Chile, 2007), 36.

41. *Ibid.*, 36-7.

Para entender la importancia de la evaluación de resultados, tomaremos como ejemplo dos impuestos ambientales creados en Ecuador.

De acuerdo a los datos e información transparentados por el SRI, podemos evidenciar que la eficiencia y efectividad de estos impuestos ambientales se ha medido con base en los índices de recaudación comparados con las proyecciones de recaudación que se ejecutan al inicio del año:

- **Impuesto Ambiental a la Contaminación Vehicular**

En el primer año de recaudación generó USD 95 707, valor que no disminuyó durante los siete años subsiguientes. En el último año de vigencia, antes de su derogación, la recaudación ascendió a USD 122 250. La proyección de recaudación para 2019 fue de USD 129 010.<sup>42</sup>

Respecto del parque automotor, el número de vehículos híbridos en 2012 era de 3863, aumentando a 10 305 en 2019. Mientras tanto, la cantidad de vehículos de combustible pasó de 1 383 310 en 2012 a 1 895 388 en 2019.<sup>43</sup>

- **Impuesto Redimible a las Botellas Plásticas No Retornables**

En su primer año de aplicación (2012), la recaudación alcanzó los USD 14 868. Para 2024, la recaudación fue de USD 44 913, con una proyección de USD 50 980 para ese mismo año.<sup>44</sup> Atendiendo a los criterios analizados, los resultados reflejan un impacto negativo. Al no haber un aumento en la tarifa, incentivó la importación y uso de botellas plásticas para embotellar bebidas, lo que impidió lograr el cambio de conducta esperado.

La evaluación de los tributos extrafiscales es fundamental para garantizar su efectividad y eficiencia; permite, además, hacer modificaciones a estos instrumentos de política pública. Los impuestos del caso ecuatoriano demuestran que la evaluación continúa y la adaptación a los resultados son cruciales para lograr los objetivos previstos. La recaudación alta suele nublar la importancia del objetivo extrafiscal; en términos recaudatorios, la cercanía al objetivo que se persigue debe producir una menor recaudación. Si la recaudación no disminuye, podríamos estar frente a un tributo fiscal.

---

42. Servicio de Rentas Internas, “Histórico Estadísticas Generales de Recaudación”, SRI, accedido 23 de febrero de 2025.

43. Instituto Nacional de Estadística y Censos, “Vehículos Matriculados”, INEC, accedido 23 de febrero de 2025.

44. Servicio de Rentas Internas, “Histórico Estadísticas Generales de Recaudación”.

## CONCLUSIONES

La tributación extrafiscal requiere del establecimiento de unos límites que respondan al ciclo de las políticas públicas, atendiendo su naturaleza de instrumentos de política. Los límites propuestos son: a) la competencia material, b) proporcionalidad, c) una estructura vinculada al objetivo extrafiscal, d) prohibición de sanción, e) no imposibilitar conductas, f) justificación legislativa, g) control de legitimidad, h) coherencia de la estructura impositiva, i) evaluación de resultados.

Con respecto a la competencia material, es fundamental que la entidad estatal responsable cuente con las competencias y los recursos necesarios para evaluar y gestionar el impacto de las medidas, garantizando que los resultados no respondan únicamente a criterios recaudatorios, sino que contribuyan efectivamente a los objetivos extrafiscales.

Los tributos extrafiscales deben ser adecuados, necesarios y proporcionar un balance costo-beneficio positivo. Su creación debe ir acompañada de un análisis técnico previo que justifique su idoneidad y anticipe los posibles efectos, minimizando el perjuicio a los contribuyentes. En ningún caso pueden convertirse en sanciones, ya que carecen de un propósito punitivo. En su estructura, debe prevalecer la intención de reducir conductas de forma gradual y moderada, la base es la disuasión a través de elementos como la base imponible, la tarifa y los incentivos.

La evaluación constante de su efectividad es crucial. Altos índices de recaudación pueden indicar un desvío de su finalidad extrafiscal hacia una finalidad recaudatoria. Por ello, la implementación de tributos extrafiscales requiere de un enfoque integral que considere la competencia material, la proporcionalidad, la prohibición de sanción, la moderación de conductas y una justificación legislativa robusta.

Es indispensable identificar con claridad y precisión el objetivo extrafiscal al crear el tributo, esto para evitar confundir impuestos fiscales con extrafiscales (atendiendo los criterios de impuestos extrafiscales propios e impropios). La estructura del tributo debe estar alineada al objetivo extrafiscal, asegurando su coherencia y efectividad; la evaluación de estos tributos debe atender a estos criterios para su vigencia y continuidad.

## BIBLIOGRAFÍA

- Andara Suárez, Lenin José. *Manual de derecho tributario I. Derecho sustantivo*. Mérida: Andara Editor, 2020.
- Armijos González, Pedro Orlando. “El derecho a la propiedad privada frente a los tributos con efectos confiscatorios”. *Foro: Revista de Derecho*, n.º 39 (2023): 129-48.
- Calero García, María Luz. “La base imponible en el Derecho Tributario General”. *Cuadernos de Estudios Empresariales*, n.º 6 (1996): 67-87. <https://bit.ly/CESEREVISTA>.
- Camargo Mayorga, David Andrés, Liliana Elizabeth Ruiz Acosta y Octavio Cardona García. “Impuesto sobre las emisiones de dióxido de carbono: un análisis para el caso europeo”. *Semestre Económico* 23, n.º 54 (2020): 201-23. <https://doi.org/10.22395/seec.v23n54a10>.
- Cardozo, Nelson, Rodolfo Canto Sáenz y André-Noël Roth Deubel. “Las teorías de las políticas públicas en y desde América Latina: una introducción”. *Revista Pilquen* 24, n.º 5 (2021): 3-18. <https://bit.ly/4hVIDfF>.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. “Informe del Seminario regional sobre políticas para la gestión de los residuos urbanos e industriales”. Santiago de Chile, del 1 al 3 de julio de 1991.
- . “Panorama fiscal de América Latina y el Caribe 2017: la movilización de recursos para el financiamiento del desarrollo sostenible”. Santiago de Chile. 2017. <https://bit.ly/3A1JPxn>.
- De Carli, Franco Guerino, y Lidia María Ribas. “Smart Cities: Extrafiscalidade como Indutora do Desenvolvimento de Cidades Inteligentes”. *Interações* 22, n.º 1 (2021): 131-50. <https://doi.org/10.20435/inter.v22i1.2794>.
- Díaz Calvarro, Julia María. “El principio de capacidad y los fines extrafiscales de los tributos como justificación de los beneficios fiscales a las personas con discapacidad”. *Anuario de la Facultad de Derecho de la UEx*, n.º 34 (2018): 90-110.
- Fernández, Clarisa Inés. “El Estado y las políticas públicas: un mapa teórico para su análisis”. *Revista Estado y Políticas Públicas*, n.º 16 (2021): 177-93.
- Ferraz Lemos Tavares, Diogo. *Los tributos del mercado financiero: una perspectiva extrafiscal*. Madrid: Marcial Pons, 2016.
- Garat, María Paula. “La constitucionalización del derecho tributario. Las potestades y deberes del fisco ante el principio de aplicación integral del ordenamiento jurídico”. *Revista de Derecho: Publicación de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica de Uruguay*, n.º 9 (2014): 133-60.
- García Máynez, Eduardo. *Introducción al estudio del derecho*. Ciudad de México: Porrúa, 2002.

- González Paz, José Luis, Alejandro Morejón Benalcázar y Bryan Alexander Chicaiza Manobanda. “Política fiscal y su influencia en el desarrollo económico: caso Ecuador”. *Revista Observatorio de la Economía Latinoamericana*, n.º 6 (2019). <https://bit.ly/42y8fdv>.
- Gutiérrez Ossa, Jahir Alexander, Rubén Darío Restrepo Avendaño y John Stevens Zapata Hoyos. “Formulación, implementación y evaluación de políticas públicas desde los enfoques, fines y funciones del Estado”. *CES DERECHO* 8, n.º 2 (2017): 333-51.
- Hossein, Nabor Guillen. “Impuestos ambientales como herramientas y estrategias fiscales para la protección del medio ambiente rumbo a la sostenibilidad”. *LATAM Revista Latinoamericana de Ciencias Sociales y Humanidades* 5, n.º 4 (2024): 3003-11.
- Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC). “Vehículos matriculados”. *INEC*. Accedido 23 de febrero de 2025. <https://bit.ly/43dFLpK>.
- Jarach, Dino. *El hecho imponible*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 2004.
- Kelsen, Hans. *Teoría pura del derecho*. Buenos Aires: Eudeba, 2009.
- Marins, James, y Jeferson Teodorovicz. “Rumo à extrafiscalidade sócio ambiental: tributação diante do desafio social y ambiental contemporâneo”. *Simpósio Nacional de Direito Constitucional* 9 (2010): 170-99.
- Martínez Lago, Miguel Ángel, y Leonardo García Mora. *Lecciones de derecho financiero y tributario*. Madrid: Iustel, 2006.
- Mejía Flores, Omar Gabriel, Ricardo Pino Jordán y Carlos Gabriel Parrales Choez. “Políticas tributarias y la evasión fiscal en la República del Ecuador. Aproximación a un modelo teórico”. *Revista Venezolana de Gerencia* 24, n.º 88 (2019): 1147-65.
- Mogrovejo, Juan Carlos. “Las sanciones en materia tributaria”. *Foro: Revista de Derecho*, n.º 15 (2011): 21-42.
- Moreno Arellano, Graciela, Paola Mendoza Sánchez y Sara Ávila Forcada, comps. *Impuestos ambientales Lecciones en países de la OCDE y experiencias en México*. Ciudad de México: Instituto Nacional de Ecología, 2002.
- Moschetti, Francesco. “El principio de capacidad contributiva”. En *Tratado de derecho tributario*. Tomo I. *El derecho tributario y sus fuentes*, dirigido por Andrea Amatucci, 241-84. Bogotá: Temis, 2001. <https://bit.ly/48jKvut>.
- Olavarría Gambi, Mauricio. *Conceptos básicos en el análisis de políticas públicas*. Santiago: Universidad de Chile, 2007.
- Paredes Cruz, Renato Estuardo, y Bayron Ramiro Pinda Guanolema. “Análisis de la política tributaria en la recaudación fiscal: caso Ecuador”. *Revista UNIANDÉS Episteme* 5 (diciembre 2018): 674-88.
- Puebla Agramunt, Nuria. “Los tributos con fines no fiscales”. *Revista de Contabilidad y Tributación CEF*, n.º 183 (1998): 81-118.
- Rodríguez-Edeza, Manuel Ángel. “Modelo general para la creación de las políticas

- públicas”. *FORUM. Revista Departamento Ciencia Política*, n.º 19 (2021): 66-94. <https://doi.org/10.15446/frdcp.n19.86948>.
- Rozo Gutiérrez, Carolina. “Las funciones extrafiscales del tributo a propósito de la tributación medioambiental en el ordenamiento jurídico colombiano”. *Foro: Revista de Derecho*, n.º 1 (2003): 159-201.
- Servicio de Rentas Internas (SRI). “Histórico estadísticas generales de recaudación”. SRI. Accedido 26 de febrero de 2025. <https://bit.ly/3EWyAbr>.
- Toledo Zúñiga, Patricia, Francisca Riffo Aguilar y Pablo Torres Pedreros. “Impuestos extrafiscales en la reforma tributaria 2014: análisis crítico”. *Revista del Derecho (Valdivia)* 32, n.º 1 (2019): 139-56. <https://bit.ly/4hAailD>.
- Troya Vicente, José Vicente. “Tributación y derechos humanos”. *Foro: Revista de Derecho*, n.º 2 (2003-2004): 5-54.
- Valdivieso, Gabriela. “La tributación ambiental como instrumento de política pública en el Ecuador”. *Revista Científica ECOCIENCIA* 5 (2018): 1-24. <https://bit.ly/40zoc0y>.
- Vargas Arévalo, Cidar. “Análisis de las políticas públicas”. *Perspectivas*, n.º 19 (2007): 127-36.
- Villegas, Héctor. *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*. Buenos Aires: Depalma, 2001.
- Yáñez Villavicencio, Judith. “Descripción de los tributos extrafiscales de índole ambiental y la problemática que los rodea. El caso ecuatoriano”. *Foro: Revista de Derecho*, n.º 28 (2017): 79-94. <https://bit.ly/3CucqMO>.

#### DECLARACIÓN DE CONFLICTO DE INTERESES

Las autoras declaran no tener ningún conflicto de interés financiero, académico ni personal que pueda haber influido en la realización del estudio.

#### DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Maryuri Elizabeth Celi Masache participó en la conceptualización, análisis formal, investigación, planteamiento metodológico, administración del proyecto, gestión de recursos, supervisión, validación, redacción del borrador, redacción, revisión y edición del artículo final.

Verónica Vanessa Ajila Castillo participó en la conceptualización, análisis formal, investigación, planteamiento metodológico, gestión de recursos, redacción del borrador, redacción, revisión y edición del artículo final.

Johana Cristina Sarmiento Vélez participó en la conceptualización, investigación, gestión de recursos y redacción del borrador.

# Juridicidad y silencio administrativo negativo: Contraloría General del Estado

*Juridicality and Negative Administrative Silence:  
General Comptroller of the State*

**Antonella Stefanía Gil Betancourt**

*Abogada, Universidad Regional Autónoma de los Andes*

Santo Domingo, Ecuador

antonella.gil@uasb.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0001-7330-4791>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2025.44.6>

Fecha de recepción: 13 de enero de 2025

Fecha de revisión: 19 de febrero de 2025

Fecha de aceptación: 10 de marzo de 2025

Fecha de publicación: 1 de julio de 2025

Licencia Creative Commons



## RESUMEN

El principio de juridicidad reconoce la obligatoriedad de la aplicación del bloque de constitucionalidad y control de convencionalidad en toda actuación de la Administración pública. Por otro lado, el silencio administrativo negativo es una institución jurídica, la cual advierte la presunción de que la pretensión ha sido negada por falta de pronunciamiento de la Administración dentro de los términos y plazos previstos. En el presente artículo se aborda la permanencia del silencio administrativo negativo en el recurso de revisión previsto en la Ley Orgánica de Contraloría General del Estado, que al no ser resuelto dentro del plazo determinado, tiene como resultado la denegación tácita. Se consideran además los efectos del silencio administrativo negativo en una doble dimensión: para la persona y la Administración pública. La investigación desarrollada contrasta los criterios a favor y en contra de la permanencia del silencio administrativo negativo, concluyendo que, a la luz del principio de juridicidad, la figura del silencio administrativo negativo es incompatible con un Estado constitucional de derechos, en el que se ha establecido el derecho a la buena administración, otorgándole la característica de fundamental, situación que ha motivado la presentación de una acción de inconstitucionalidad ante la Corte Constitucional.

**PALABRAS CLAVE:** derecho de petición, denegación tácita, impugnación, recurso de revisión, derecho a la buena administración, derecho de control, control de convencionalidad, bloque de constitucionalidad.

## ABSTRACT

The principle of juridicality recognizes the mandatory application of the constitutionality block in all actions carried out by the public Administration. On the other hand, negative administrative silence is a legal institution, which warns the presumption that the claim has been denied due to lack of pronouncement by the Administration. This article addresses the permanence of negative administrative silence in the appeal for review provided for in the Organic Law of the General Comptroller of the State, which, when not resolved within the specified period, results in tacit denial. The effects of negative administrative silence are also considered in two dimensions: for the person and the public administration. The research developed contrasts the criteria in favor of the permanence of negative administrative silence with arguments against it, concluding that, in light of the principle of legality, the figure of negative administrative silence is incompatible with a constitutional State of rights, in which the right to good administration has been established, granting it the characteristic of

fundamental, a situation that has motivated the presentation of an action of unconstitutionality before the Constitutional Court.

KEYWORDS: right to petition, tacit denial, challenge, appeal for review, right to good administration, right to control, conventionality control, constitutionality block.

FORO

## INTRODUCCIÓN

El recurso de revisión previsto en la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado (LOCGE) consiste en el medio para impugnar las resoluciones<sup>1</sup> emitidas por la Contraloría General del Estado (CGE), teniendo causales taxativas para su presentación. Ante la falta de resolución del recurso por parte de Contraloría, se ha otorgado al silencio administrativo el valor negativo.

En tal sentido, cuando una persona presenta un recurso de revisión, opta por resolver su desacuerdo en sede administrativa, por ello lo elabora conforme a los requisitos previstos en el art. 60 de la LOCGE. No obstante, debido al valor otorgado al silencio administrativo, el recurso se entenderá negado tácitamente por el solo transcurso del tiempo.

Asimismo, al operar el silencio administrativo negativo (SAN) se produce otro efecto jurídico que consiste en la pérdida de competencia de la Administración, situación que no corresponde al recurrente, sino a la Administración pública en cuanto a la ausencia de debida diligencia, lo que a su vez contraviene el principio de eficiencia. Aquello obliga a la persona a acudir a la vía contencioso administrativa y genera que la Administración destine recursos para su defensa.

- 
1. Excepto órdenes de reintegro, en las que la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia ha reconocido que el recurso previsto en la LOCGE es la reconsideración de la orden de reintegro, conforme al juicio n.º 11804-2018-00070. En el caso de responsabilidades administrativas (con las consecuencias de multa y/o destitución), el recurso de revisión procedía de forma expresa según el art. 44 del Reglamento de Responsabilidades de la CGE vigente desde el 10 de septiembre de 2018; con el nuevo Reglamento (vigente desde el 22 de enero de 2025) se eliminó tal procedencia.

De ahí que, mediante el presente ensayo, se plantean cuestionamientos tales como: *¿La persona que interpone un recurso de revisión dentro de un procedimiento sancionador iniciado por CGE debe soportar la carga de la inactividad y/o ineficiencia de la Administración pública?*

## EL SILENCIO ADMINISTRATIVO COMO FORMA ATÍPICA DE RESPUESTA

El valor del silencio administrativo se generaliza por primera vez en 1900, a través de la legislación francesa; en aquella, el valor del silencio era negativo, es decir, “transcurrido un tiempo determinado sin que la Administración se pronunciara expresamente, la ley presume que la pretensión del administrado (sic)<sup>2</sup> ha sido denegada a fin de dar vía libre al recurso jurisdiccional”<sup>3</sup> ante el Consejo de Estado.

El silencio administrativo en el ordenamiento jurídico ecuatoriano fue introducido con la expedición de la Ley de Régimen Político y Administrativo de la República, dándole un efecto negativo al silencio.<sup>4</sup> En 1968, a través de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, se mantuvo el requisito de agotar la vía administrativa previo acceso a sede jurisdiccional, así como el efecto negativo del silencio administrativo.<sup>5</sup> Desde 1993, mediante la Ley de Modernización del Estado, se estableció un efecto positivo al silencio administrativo.<sup>6</sup> Con la entrada en vigencia del Código Orgánico Administrativo (COA) se presentaron ciertos cambios, especialmente relacionados con el silencio administrativo positivo (SAP).<sup>7</sup>

- 
2. Se ha mantenido el uso del término “administrado”, no obstante, en derecho administrativo tal término se encuentra en desuso, ya que las personas no se administran, prefiriéndose el término ciudadana/o o persona.
  3. Lino Pérez, “Silencio administrativo. Evolución histórica”. *Abogacía de Málaga* (mayo-junio 2006): 44-7, <https://bit.ly/4gxbXaN>.
  4. Ecuador, *Ley de Régimen Político y Administrativo de la República*, Registro Oficial 357, Suplemento, 13 de agosto de 1945, art. 112.
  5. Ecuador, *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*, Registro Oficial 338, Suplemento, 18 de marzo de 1968, art. 31.
  6. Ecuador, *Ley de Modernización del Estado*, Registro Oficial 349, 31 de diciembre de 1993, art. 28.
  7. Andrés Moreta, *El silencio administrativo en el COA* (Quito: Legalité, 2020), 8, <https://bit.ly/4jNLNDu>.

Así, en su surgimiento y evolución, el silencio administrativo fluctúa entre su valor negativo o positivo. Para distinguir al SAN del SAP, es necesario considerar lo indicado por García de Enterría, quien sobre sus diferencias destaca que el SAN permite a la persona impugnar los actos administrativos o su falta de declaración, mientras que, el SAP tiene un rol de sustitución de la técnica administrativa que autoriza o aprueba una petición, es decir, otorga lo solicitado.<sup>8</sup> Nótese que *el objetivo del SAN fue desde su origen y en la conceptualización doctrinal, permitir activar la vía jurisdiccional*.

## ALCANCE DEL COA EN LOS PROCEDIMIENTOS INICIADOS POR CONTRALORÍA

Expresamente, el COA establece que las reglas contenidas en su Libro Segundo, Título I (normas generales del procedimiento administrativo): “No se aplicarán a los procedimientos derivados del control de recursos públicos”.<sup>9</sup>

En 2021, el Procurador General del Estado, mediante oficio n.º 15197, absolvió la consulta formulada por el contralor sobre la procedencia de los recursos de apelación y extraordinario de revisión del COA en los procedimientos sustanciados por Contraloría, aclarándose que no proceden conforme los arts. 134 y 261, *ibíd.*<sup>10</sup>

Téngase en cuenta que, la respuesta del Procurador a la no aplicación de los recursos contenidos en el COA en los procedimientos de la CGE, se fundamentó en el art. 134 que, como ya se indicó, hace referencia exclusivamente a las reglas del Título I del Libro Segundo, mientras que los recursos de apelación y extraordinario de revisión se encuentran en el Título IV, referente a la impugnación. Aquello dejó abierta la posibilidad de que las reglas del Título I del Libro Segundo del COA no sean las únicas excluidas por CGE en la sustanciación de sus procedimientos, aquello porque la LOCGE tiene el carácter de ley especial y, por lo tanto, en cuanto al ámbito de competencia de la CGE, prevalece frente al COA.

---

8. Eduardo García, “Sobre el silencio administrativo y recurso contencioso”, *Revista de Administración Pública*, n.º 47 (1965): 207-28, <https://bit.ly/4aOYTfG>.

9. Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 134.

10. Ecuador PGE, *Recursos de apelación y recursos extraordinarios de revisión*, 15197, 20 de agosto de 2021, <https://bit.ly/43fg34c>.

## EL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO DE LA CONTRALORÍA GENERAL DEL ESTADO

La LOCGE prevé el recurso de revisión como una de las formas para impugnar en vía administrativa determinadas resoluciones de CGE.<sup>11</sup> Existen causales taxativas para su presentación, desarrolladas expresamente en el art. 60 de la LOCGE, y debe presentarse dentro del plazo de 60 días desde el día siguiente de notificada la resolución.<sup>12</sup>

Del inciso tercero del art. 71 y del inciso primero del art. 85 de la LOCGE se prevé la existencia del SAN en cuanto al recurso de revisión. Esta negación tácita se da “por el solo transcurso del tiempo, situación que no es atribuible al recurrente sino a la falta de la debida diligencia de la autoridad de la Administración pública”,<sup>13</sup> por lo que tal omisión genera un gravamen para la persona y transgrede su derecho a la buena administración,<sup>14</sup> establecido en el COA como fundamental.

Jaime Rodríguez-Arana considera que el derecho fundamental a la buena administración requiere de procesos de reforma y mejoras permanentes, con la finalidad de garantizar la eficacia y calidad en el ejercicio de las competencias de la Administración.<sup>15</sup>

Otro efecto jurídico del SAN es la imposibilidad de la Administración para pronunciarse por el transcurso del tiempo, lo que provoca la caducidad y pérdida de competencia.<sup>16</sup> Adicionalmente, que la persona se vea obligada a acudir a la vía contencioso administrativa, conlleva que la Administración destine recursos para su comparecencia en el proceso judicial.

---

11. Se recomienda revisar la nota al pie 1.

12. Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría*, art. 61.

13. Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Acción de inconstitucionalidad”, *Caso 45-21-IN*, 17 de junio de 2021, <https://bit.ly/4jMdvAx>.

14. Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2117, art. 32.

15. Jaime Rodríguez, “La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa”, *Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, n.º 6 (2013): 55, <https://doi.org/10.25058/1794600X.60>.

16. Guido Escobar, *El control gubernamental: determinación de responsabilidades administrativas, civiles e indicios penales* (Quito: Tallpa, 2018), 209.

## PRINCIPIO DE JURIDICIDAD

La progresividad del contenido de los derechos en Ecuador<sup>17</sup> permite la mutación de ciertos principios a través de reformas legislativas. Así, algunos catedráticos consideran que el principio de juridicidad consiste en la transformación del principio de legalidad<sup>18</sup> a uno que somete las actuaciones de la Administración pública a la Constitución (CRE), instrumentos internacionales, leyes, principios y jurisprudencia,<sup>19</sup> convirtiéndose en “la barrera, la coraza y el límite de las actuaciones administrativas”.<sup>20</sup>

De acuerdo con el COA, en derecho administrativo deben aplicarse los principios determinados en la Constitución, instrumentos internacionales y los del referido código. De ahí que, el principio de juridicidad debe ser observado en los procedimientos de control de recursos públicos ejercidos por CGE.<sup>21</sup>

A través del principio de juridicidad, reconocido en el art. 14 del COA,<sup>22</sup> se reconduce el principio de legalidad a uno de mayor amplitud que reconoce la obligatoriedad de la aplicación del bloque de constitucionalidad en toda actuación de la Administración. Por lo indicado, el principio de juridicidad precisa que en toda actuación se observe la Constitución y con ello —en el contexto del tema— el derecho de petición.

Para la autora, “el derecho de petición tiene dos componentes: el primero radica, precisamente, en la *posibilidad de dirigir una petición* a través de la presentación del recurso de revisión; y, el segundo, en *recibir atención o respuestas motivadas*. Sin embargo, por lo contemplado en las disposiciones”<sup>23</sup> normativas, “se vulnera el mencionado derecho al no cumplirse con el segun-

---

17. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 11, num. 8.

18. Pablo Morales, clase 5: Principios y técnicas de organización administrativa en programa de Especialización en Derecho Administrativo de la Universidad Andina Simón Bolívar, 20 de enero de 2023.

19. Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 14.

20. Marco Morales, clase 8: Principios que rigen la organización administrativa en programa de Especialización de Derecho Administrativo de la Universidad Andina Simón Bolívar, 11 de noviembre de 2022.

21. Ecuador, *Código Orgánico Administrativo*, art. 2.

22. *Ibid.*, art. 14.

23. Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Acción de inconstitucionalidad”, *Caso 45-21-IN*.

do momento”.<sup>24</sup> Esta apreciación, coincide con el criterio de Patricio Secaira, quien señala que el SAN es inconstitucional por vulnerar “la exigencia suprema de respuesta a través de resolución”.<sup>25</sup>

Sobre la obligatoriedad de aplicar el principio de juridicidad en procedimientos sancionadores, podría generarse el criterio de que más bien en este tipo de procedimientos debe aplicarse el principio de legalidad, más aún si se considera que, como ha sostenido la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia (CNJ): los principios del orden penal inspiran al derecho administrativo sancionador.<sup>26</sup>

Ante ello, referente a si el principio de juridicidad puede reemplazar al de legalidad en un procedimiento administrativo sancionador, considérese lo indicado por Milton Velásquez, quien precisó que “el camino de la justicia en el derecho administrativo tiene que ser la juridicidad”, sin dejar de lado el principio de legalidad.<sup>27</sup>

A su vez, Karina Tello se refirió a la exigencia que se reafirma<sup>28</sup> en el ámbito del derecho administrativo sancionador con el principio de juridicidad, en cuanto al deber de los jueces de realizar un control de convencionalidad, lo que de acuerdo con su criterio, no siempre ocurre cuando las y los jueces aplican únicamente el principio de legalidad.<sup>29</sup>

De ahí que los principios indicados, en el contexto de un procedimiento administrativo sancionador, no son excluyentes entre sí, sino complementarios.

---

24. *Ibíd.*

25. Patricio Secaira, *Curso breve sobre Derecho Administrativo* (Quito: Editorial Universitaria, 2004), 213.

26. Ecuador Corte Nacional de Justicia Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, “Sentencia”, en *Juicio n.º: 17811-2013-1595*, 27 de julio de 2021.

27. Milton Velásquez, “Jornadas académicas en materia contencioso administrativa” (ponencia, Plan Nacional de Capacitación de la Escuela de la Función Judicial y la Corte Nacional de Justicia 2023, Quito, 30 de mayo de 2023).

28. Considerándose que dicha exigencia ya está dada a partir del art. 11, num. 3 y art. 426 de la Constitución de la República del Ecuador.

29. Karina Tello, “Jornadas académicas en materia contencioso administrativa” (panel de preguntas, Plan Nacional de Capacitación de la Escuela de la Función Judicial y la Corte Nacional de Justicia 2023, Quito, 30 de mayo de 2023).

## TUTELA ADMINISTRATIVA EFECTIVA

De acuerdo con la Corte Constitucional del Ecuador (CCE), el derecho a la tutela administrativa efectiva se encuentra garantizado a través del derecho de petición (art. 66, num. 23) y a las garantías básicas del debido proceso (art. 76).<sup>30</sup>

Además, tal derecho consiste en el cumplimiento de una obligación convencional, por el art. 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). Como la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha señalado, las garantías previstas son también aplicables a procedimientos administrativos,<sup>31</sup> siendo especialmente relevantes cuando el “Estado ejerce su poder sancionatorio”.<sup>32</sup>

De aquello se desprende que la CCE defina a la tutela administrativa efectiva como “el derecho de las personas a que se observen y aseguren las garantías establecidas en el ordenamiento jurídico en los procedimientos administrativos en los que se pueda afectar sus derechos”.<sup>33</sup>

Además, se debe considerar que uno de los parámetros que la Corte IDH ha establecido para el desarrollo de los procedimientos administrativos sancionadores es el de plazo razonable, indicando que la demora prolongada de un procedimiento administrativo es contrario a las garantías establecidas en el art. 8 de la CADH.<sup>34</sup>

Así, la demora no estaría justificada cuando obedezca a “actuaciones sistemáticamente demoradas de las autoridades estatales”.<sup>35</sup> De hecho, aun cuando

---

30. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 986-19-JP/21 y acumulados”, *Caso 986-19-JP y acumulados*, 21 de diciembre de 2021, párr. 69, <https://bit.ly/42OneJE>.

31. Corte IDH, “Sentencia de 6 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*, 6 de febrero de 2001, párrs. 102-4, <https://bit.ly/4hs7VBQ>; CADH, “Informe de fondo n.º 49/99”, *Caso Loren Riebe y otros (México)*, 5 de mayo de 1998, párrs. 71, 74 y 75, <https://bit.ly/4hs4Mlv>.

32. Corte IDH, “Sentencia de 31 de enero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, 31 de enero de 2001, párrs. 68-70, <https://bit.ly/4jNCZxg>.

33. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 986-19-JP/21”, párr. 72.

34. Corte IDH, “Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*, 29 de marzo de 2006, párr. 89, <https://bit.ly/40NkY9U>.

35. Corte IDH, “Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Co-*

la normativa de CGE prevé varios plazos y términos, su incumplimiento ha generado que el Pleno de la CNJ emita precedentes jurisprudenciales obligatorios al respecto.<sup>36</sup>

## CONTEXTO EN LA LEGISLACIÓN Y JURISPRUDENCIA COLOMBIANA

En Colombia, la Contraloría General de la República (CGR) es uno de los dos órganos de control expresamente reconocidos por la Constitución Política de la República.<sup>37</sup> Referente a los recursos (reposición, apelación y queja en sede administrativa)<sup>38</sup> que se puede interponer contra las resoluciones de la CGR,<sup>39</sup> los legisladores decidieron otorgarle al silencio de la Administración un valor positivo.<sup>40</sup>

La Corte Constitucional de Colombia (CCC) analizó en 2011 la constitucionalidad del SAP en cuanto a la resolución de recursos, en la acción pública de inconstitucionalidad se indicaba que el art. 52 *ibíd.* era contrario a la Constitución<sup>41</sup> porque la falta de celeridad de un funcionario público, no podía beneficiar a la persona sancionada y a su vez invalidar las actuaciones de la Administración.<sup>42</sup>

La CCC fue enfática al señalar que “las consecuencias por las omisiones de la administración deben ser soportadas por esta y no por el ciudadano”,<sup>43</sup>

---

*unidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*, 17 de junio de 2005, párr. 89, <https://bit.ly/4hs7VBQ>.

36. Ecuador Corte Nacional de Justicia. *Resolución 10-2021*, Registro Oficial 556, Suplemento, 29 de septiembre de 2021, art. 3, <https://bit.ly/3Er3wjT>; *Resolución 12-2021*, Registro Oficial 573, Suplemento, 25 de octubre de 2021, art. 1, <https://bit.ly/3CEPKd0>; *Resolución 08-2022*, Registro Oficial 216, Suplemento, 10 de diciembre de 2022, art. 1, <https://bit.ly/4gCSQff>.

37. Colombia, *Constitución Política de la República de Colombia*, Gaceta Constitucional 116, 20 de julio de 1991, art. 117.

38. A través de la Ley 2080 de 2021, se reformó el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo en varios aspectos, entre ellos, se incorporó el art. 49A, referente a los recursos en el procedimiento administrativo sancionatorio fiscal, existiendo la posibilidad de impugnar la sanción a través de reposición, apelación y queja.

39. *Ibid.*, art. 2.

40. Colombia, *Ley 2080 de 2021*, Diario Oficial 51.568, 25 de enero de 2021, art. 49A, inciso 3.º

41. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, *Caso C-875/11*, 22 de noviembre de 2011, <https://bit.ly/3EqYfZv>.

42. *Ibid.*

43. *Ibid.*

teniendo en cuenta que en un Estado social de derecho la Administración, aun cuando tiene los elementos para emitir una decisión, ha optado por guardar silencio.

Ahora bien, la autora no pretende establecer la idea de que todos los argumentos desarrollados por la CCC son aplicables en Ecuador, pues existen marcadas divergencias entre ambos ordenamientos jurídicos.<sup>44</sup> Lo que se pretende es observar y analizar otras realidades sobre cómo se desenvuelve el derecho administrativo sancionador, con la única finalidad de *cuestionar la utilidad de ciertas figuras jurídicas para el perfeccionamiento del derecho administrativo ecuatoriano*.

## ARGUMENTOS A FAVOR DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO NEGATIVO

Entre los argumentos encontrados en el desarrollo de esta investigación, se encuentra a quienes niegan la existencia del SAN en el art. 71 de la LOCGE, porque, a su criterio, el SAN debe estar enunciado de forma expresa y lo que opera en aquel artículo es la caducidad.<sup>45</sup> Al respecto, considérese que cuando el legislador otorga un valor al silencio de la Administración pública, aquella conoce con anticipación cuál es el resultado de su comportamiento.<sup>46</sup>

En tal sentido, si bien el art. 71 de la LOCGE trata sobre la caducidad, se refiere también al estado de las resoluciones originales emitidas por CGE, mismas que adquieren firmeza por la inoperancia del ente de control en cuanto al incumplimiento de los plazos previstos en su ley. Así, *CGE conoce con anterioridad, cuál es el valor y efecto que genera su omisión* (silencio administrativo) *a la persona* (denegación tácita).

Así también, están quienes indican que el derecho de petición no permite la presentación de recursos, basados en que el recurso de revisión obedece al derecho a recurrir y no al de petición. Esta autora difiere de la postura de auto-

---

44. Colombia, *Constitución Política de la República de Colombia*, Gaceta Constitucional 116, 20 de julio de 1991, art. 237, num. 1 y 3.

45. María del Carmen Jácome, clase 7: “Los actos administrativos presuntos o fictos en el Programa de Especialización de Derecho Administrativo de la Universidad Andina Simón Bolívar”, 3 de diciembre de 2022.

46. Guido Zanolini, *Corso di Diritto Amministrativo*, vol. 1 (Milano: Giuffrè, 1959), citado en Moreta, *El silencio administrativo en el COA*, 11-2, <https://bit.ly/4jNLNDu>.

res como Luis Rodríguez, quien al referirse al recurso, indica que “no es válido afirmar que su ejercicio nace del derecho de petición”.<sup>47</sup>

Ante ello, téngase en cuenta que, previo a la Ley de Modernización del Estado,<sup>48</sup> se tenía la Ley de Régimen Administrativo Interior, que con la reforma de 1919 incluyó la impugnación de decisiones públicas ante el Consejo de Estado.<sup>49</sup> No obstante, la posibilidad de que las personas acudan ante la Administración para mostrar su inconformidad ha estado presente desde el nacimiento del Ecuador como república, a través del derecho de petición.<sup>50</sup>

Si bien hoy en día, el derecho a recurrir ha adquirido configuración propia y se encuentra establecido como una de las garantías del derecho a la defensa de las personas en la CRE,<sup>51</sup> no es menos cierto que el antecedente del mismo es el derecho de petición. A consideración de esta autora, existen elementos del derecho de petición que deben permanecer en el derecho a recurrir, entre ellos, una respuesta sobre la procedencia del recurso, que en el caso de ser admitido acarrea la obligación de la Administración de pronunciarse sobre el fondo.

En similar sentido, autores nacionales han señalado que en el derecho de petición y en el reclamo/recurso se genera la obligación “de atenderlos con respuesta motivada”.<sup>52</sup> Asimismo, la jurisprudencia colombiana sostiene que “*los recursos en los procedimientos administrativos deben observar las reglas para la satisfacción del derecho de petición*”. Así, se ha reconocido que los recursos contra los actos de la Administración son expresiones de ese derecho fundamental”.<sup>53</sup> (Cursivas añadidas).

---

47. Luis Rodríguez, “El ejercicio de la facultad extraordinaria de revisión y su aplicación en el control de legalidad de los actos administrativos de naturaleza tributaria” (tesis de maestría, Universidad Andina Simón Bolívar, 2015), 30, <https://bit.ly/3EuKmcT>.

48. Kenia Núñez, “La evolución del procedimiento administrativo y el COA en el Ecuador”, *Revista San Gregorio*, n.º 33 (2019): 158-68, <https://doi.org/10.36097/rsan.v1i33.1029>.

49. Patricio Secaira, “Hacia un Consejo de Estado en el Ecuador” (proyecto de investigación de maestría, Universidad Regional Autónoma de los Andes —UNIANDES—, Sede Ambato, 2017), 104, <https://bit.ly/4hJyguK>.

50. La aparición del derecho de petición en Ecuador tiene su antecedente desde el nacimiento de la República, de tal manera, la Constitución de 1830 reconocía en el art. 66 la posibilidad de que todo ciudadano reclame sus derechos ante la autoridad pública.

51. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 76, num. 7, literal m.

52. Rodríguez, “El ejercicio de la facultad extraordinaria de revisión y su aplicación en el control de legalidad de los actos administrativos de naturaleza tributaria”, 22.

53. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, *Caso C-875/11*.

Desde la doctrina internacional, el derecho de petición abarca el derecho a recurrir en el sentido del elemento procesal que caracteriza al primero.<sup>54</sup> Mientras que, la doctrina nacional reconoce que el derecho de petición permite la presentación de recursos.<sup>55</sup>

La CCC sobre el derecho de petición ha indicado: “lo que le otorga efectividad al derecho es que la petición debe ser contestada en forma rápida y oportuna”.<sup>56</sup> Precisamente, el caso citado llegó a la CCC ante la falta de pronunciamiento del Instituto de los Seguros Sociales respecto a un *recurso* de reposición, con lo que se constata que el derecho a recurrir parte del derecho de petición.

Finalmente, se tiene un tercer argumento que señala que el SAN no constituye gravamen para la persona porque le permite acudir a sede jurisdiccional. La doctrina a favor de esta tesis sostiene que no se vulnera el derecho a recibir una respuesta de la Administración, porque esta ya se pronunció cuando emitió el acto administrativo, permitiendo el SAN que la persona acuda a otra instancia.<sup>57</sup>

En tal contexto, es importante recordar que conforme el art. 173 de la CRE y el art. 31 del Código Orgánico de la Función Judicial, la impugnabilidad de actos administrativos en sede judicial no requiere agotar los recursos en sede administrativa. Tanto así que la LOCGE en el último inciso del art. 62 determina que el recurso de revisión no es un requisito para acceder al contencioso administrativo.<sup>58</sup>

Pese a lo indicado, algunos administrativistas ecuatorianos consideran que debe mantenerse el SAN por su “factor histórico”<sup>59</sup> y porque “garantiza el acceso a la justicia ordinaria”.<sup>60</sup> Vicenc Aguado señala que el SAN en su origen

---

54. María Cillán, “Una libertad pública: el derecho de petición”, *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n.º 2 (1983): 209-51, <https://bit.ly/4jMTkm2>.

55. Secaira, *Curso breve sobre Derecho Administrativo*, 210.

56. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, *Caso T-103/95*, 13 de marzo de 1995, <https://bit.ly/3Q6NjmH>.

57. Fernando Ortega, “Silencio Administrativo II”, video de YouTube, 2021, <https://bit.ly/3WRh6DC>.

58. Ecuador, *Ley Orgánica de la Contraloría*, art. 62, inc. 2.º

59. Ortega, “Silencio Administrativo II”.

60. Roger Nieto y Mario Cuvi, comps., *Reflexiones de derecho administrativo y electoral: silencio administrativo, repetición, asignación de escaños plurinominales y derecho al sufragio* (Guayaquil: Universidad Tecnológica ECOTEC, 2022), 39 y 60, <https://bit.ly/4aSPvrB>.

no tuvo “la necesidad de garantizar derechos de los particulares, sino en la exigencia de evitar que, en determinados ámbitos, la inactividad administrativa genere perjuicios a la propia Administración”.<sup>61</sup>

Frente a esta última tesis, la autora difiere de tales argumentos porque coincidir con aquello sería aceptar que para un Estado social de derechos, el factor histórico se encuentra por encima del principio constitucional de progresividad.

## REFLEXIONES FINALES

Mediante sentencia 018-09-SEP-CC, la CCE sobre el derecho de petición indicó que garantiza que “los peticionarios conozcan los motivos de la respuesta recibida”.<sup>62</sup> En similar sentido, la CCC expresó que el “silencio administrativo no “resuelve” el derecho de petición, sino que, por el contrario, es la prueba más clara de la vulneración de dicho derecho”.<sup>63</sup> En ese contexto, varios fallos de la CCC han sido ampliamente aceptados por la CCE en aplicación del principio de armonización regional.

En Ecuador se presentó una acción de inconstitucionalidad<sup>64</sup> ante la CCE, en contra del SAN establecido en la LOCGE, aquella fue admitida a trámite.<sup>65</sup> Sin embargo, hasta la fecha del envío de este artículo, no se ha emitido sentencia.

A consideración de la autora, la incorporación del SAN sería una medida razonable y justificada como excepción en disposiciones normativas sobre derechos de la naturaleza o relativas al medioambiente, como la CCE determinó:

---

61. Vicenc Aguado, “Los orígenes del silencio administrativo en la formación del Estado constitucional”, *Revista de Administración Pública*, n.º 145 (1998): 329-62, <https://bit.ly/3EuO9Ha>.

62. Ecuador Corte Constitucional para el Período de Transición, “Sentencia n.º 018-09-SEP-CC”, *Caso 0166-09-EP*, 23 de julio de 2009, 10, <https://bit.ly/4aTikiQ>.

63. Colombia Corte Constitucional, “Sentencia”, *Caso T-1076/01*, 11 de octubre de 2011, <https://bit.ly/3WTGU1P>.

64. Ecuador Corte Constitucional del Ecuador, “Acción de inconstitucionalidad”, *Caso 45-21-IN*.

65. Ecuador Corte Constitucional, “Auto de Tribunal de Sala de Admisión”, *Caso 45-21-IN*, 29 de junio de 2021, 3, <https://bit.ly/413OEke>.

estas dos áreas deben ser consideradas “no solo bajo el tradicional paradigma de objeto de derecho”.<sup>66</sup>

Sin embargo, es precisamente en ese ámbito donde más bien opera el SAP. Por ejemplo, en la Ley de Minería, en cuanto a la renovación de concesión minera,<sup>67</sup> la concesión de la explotación minera por cuatro años<sup>68</sup> y el paso de exploración a explotación minera.<sup>69</sup> Aquello consiste en una limitante al desarrollo sobre los derechos de la naturaleza<sup>70</sup> y el derecho ambiental, teniendo especialmente en cuenta los pronunciamientos<sup>71</sup> de la Corte IDH.<sup>72</sup>

Por lo indicado, cabe reflexionar: *En un Estado social de derechos como Ecuador, ¿la persona que interpone un recurso de revisión dentro de un procedimiento sancionador iniciado por CGE debe soportar la carga de la inactividad e/o ineficiencia de la Administración pública?*

Parte de la actual doctrina nacional sostiene que el SAN no constituye un gravamen para la persona, por considerar que su origen fue más bien una conquista para el ciudadano que no podía acudir a sede jurisdiccional sin haber agotado la vía administrativa.<sup>73</sup> Sin embargo, *tal situación no es el contexto en el que actualmente se desarrolla el derecho a impugnar en Ecuador*, donde la persona puede elegir si impugna el acto administrativo en sede administrativa o jurisdiccional, sin la exigencia de una autotutela reduplicativa.

## CONCLUSIONES

El silencio administrativo que nació en Francia es en la actualidad definido como una figura propia del derecho administrativo que se traduce en la falta de pronunciamiento de la Administración pública frente a la petición, queja o

---

66. Ecuador Corte Constitucional, “Sentencia n.º 166-15-SEP-CC”, *Caso 0507-12-EP*, 20 de mayo de 2015, 9-10, <https://bit.ly/3CIDjwQ>.

67. Ecuador, *Ley de Minería*, Registro Oficial 517, Suplemento, 29 de enero de 2009, art. 36, inc. 2.º

68. *Ibid.*, art. 37, inc. 3.º

69. *Ibid.*, art. 39, inc. 5.º

70. Ecuador, *Constitución de la República*, art. 71.

71. Corte IDH, “Opinión Consultiva 23-17”, *Solicitado por la República de Colombia*, 15 de noviembre de 2017, párr. 59, <https://bit.ly/4jNCZxg>.

72. La implementación del SAN como excepción únicamente en tales materias requiere, por su connotación, un estudio completo.

73. Moreta, *El silencio administrativo en el COA*, 14.

recurso, por lo que sus efectos serán precisamente dirigidos tanto para la Administración como para la persona; en tanto que el valor, positivo o negativo, es determinado por la ley.

En Ecuador, el silencio administrativo negativo está presente en algunas disposiciones normativas, entre ellas los arts. 71 y 85 de la LOCE. De su aplicación se desprende que el recurso interpuesto se ha negado tácitamente por el solo transcurso del tiempo, situación que no corresponde al recurrente, sino a la Administración pública en cuanto a la ausencia de una debida diligencia.

La Constitución reconoce la posibilidad de que los actos administrativos sean impugnados tanto en vía administrativa como en sede judicial, de ahí que, en la interposición de un recurso de revisión con los requisitos y causales explícitamente previstos en la ley, la persona haya decidido presentar sus argumentos en sede administrativa, ante lo cual, lo mínimo que podría esperar es la misma eficiencia que supondría haber elegido la vía jurisdiccional por el ejercicio propio de la tutela administrativa efectiva.

A la luz del principio de juridicidad, consistente en una mutación del principio de legalidad que exige la aplicación del bloque de constitucionalidad en toda actuación de la Administración pública, la figura del silencio administrativo negativo no es compatible con un Estado constitucional de derechos en el que la Constitución ha reconocido como uno de los derechos de libertad el de petición. Al respecto se ha presentado una acción de inconstitucionalidad referente a algunas de las disposiciones normativas revisadas, misma que ya ha sido admitida por CCE.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguado, Vicenc. “Los orígenes del silencio administrativo en la formación del Estado constitucional”. *Revista de Administración Pública*, n.º 145 (1998): 329-62. <https://bit.ly/3EuO9Ha>.
- CADH. “Informe de fondo n.º 49/99”. *Caso Loren Riebe y otros*. 5 de mayo de 1998. <https://bit.ly/4hs4Mlv>.
- Cillán, María. “Una libertad pública: el derecho de petición”. *Anuario de la Facultad de Derecho. Universidad de Extremadura*, n.º 2 (1983): 209-51. <https://bit.ly/4jMTkm2>.
- Colombia Corte Constitucional. “Sentencia”. *Caso n.º T-103/95*. 13 de marzo de 1995. <https://bit.ly/3Q6NjmH>.
- . “Sentencia”. *Caso n.º T-1076/01*. 11 de octubre de 2011. <https://bit.ly/3WTGU1P>.

- . “Sentencia”. *Caso n.º C-875/11*. 22 de noviembre de 2011. <https://bit.ly/3EqYfZv>. Colombia. *Constitución Política de la República de Colombia*. Gaceta Constitucional 116. 20 de julio de 1991.
- . *Ley 1437 de 2011*. Diario Oficial 47.956. 18 de enero de 2011.
- . *Ley 2080 de 2021*. Diario Oficial 51.568. 25 de enero de 2021.
- Corte IDH. “Sentencia de 6 de febrero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Ivcher Bronstein vs. Perú*. 6 de febrero de 2001. <https://bit.ly/4jMdbSI>.
- . “Sentencia de 17 de junio de 2005 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Comunidad Indígena Sawhoyamaya vs. Paraguay*. 17 de junio de 2005. <https://bit.ly/4hs7VBQ>.
- . “Sentencia de 29 de marzo de 2006 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso de la Comunidad Indígena Yakye Axa vs. Paraguay*. 29 de marzo de 2006. <https://bit.ly/40NkY9U>.
- . “Sentencia de 31 de enero de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. 31 de enero de 2001. <https://bit.ly/4hNSvaD>.
- . “Opinión Consultiva 23-17”. *Solicitado por la República de Colombia*. 15 de noviembre de 2017. <https://bit.ly/4jNCZxg>.
- Ecuador Corte Constitucional. “Acción de inconstitucionalidad”. *Caso n.º 45-21-IN*. 17 de junio de 2021. <https://bit.ly/4jMdvAx>.
- . “Auto de Tribunal de Sala de Admisión”. *Caso n.º 45-21-IN*. 29 de junio de 2021. <https://bit.ly/413OEke>.
- . “Sentencia n.º 166-15-SEP-CC”. *Caso n.º 0507-12-EP*. 20 de mayo de 2015. <https://bit.ly/3CIDjwQ>.
- . “Sentencia n.º 986-19-JP/21 y acumulados”. *Caso n.º 986-19-JP y acumulados*. 21 de diciembre de 2021. <https://bit.ly/42OnejE>.
- Ecuador Corte Constitucional para el Período de Transición. “Sentencia n.º 018-09-SEP-CC”. *Caso n.º 0166-09-EP*. 23 de julio de 2009. <https://bit.ly/4aTikiQ>.
- Ecuador Corte Nacional de Justicia. *Resolución 10-2021*. Registro Oficial 556, Suplemento, 29 de septiembre de 2021. <https://bit.ly/3Er3wjT>.
- . *Resolución 12-2021*. Registro Oficial 573, Suplemento, 25 de octubre de 2021. <https://bit.ly/3CEPKd0>.
- . *Resolución 08-2022*. Registro Oficial 216, Suplemento, 10 de diciembre de 2022. <https://bit.ly/4gCSQff>.
- Ecuador PGE. *Recursos de apelación y recursos extraordinarios de revisión*, 15197. 20 de agosto de 2021. <https://bit.ly/43fg34c>.
- Ecuador Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia. “Sentencia”. En *Juicio n.º 17811-2013-1595*. 27 de julio de 2021.

Ecuador. *Código Orgánico Administrativo*. Registro Oficial 31, Suplemento, 7 de julio de 2017.

---. *Código Orgánico de la Función Judicial*. Registro Oficial 544, Suplemento, 9 de marzo de 2009.

---. *Constitución del Estado del Ecuador*. 11 de septiembre de 1830.

---. *Constitución Política del Ecuador*. Decreto Legislativo 0. Diario de la Convención Nacional 1835, 13 de agosto de 1835.

---. *Constitución Política de la República del Ecuador*. 6 de abril de 1878.

---. *Constitución Política de la República del Ecuador*. 14 de enero de 1897.

---. *Constitución Política de la República del Ecuador*. 6 de marzo de 1945.

---. *Constitución Política del Ecuador*. 25 de mayo de 1967.

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

---. *Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa*. Registro Oficial 338, Suplemento, 18 de marzo de 1968.

---. *Ley de Modernización del Estado*. Registro Oficial 349, 31 de diciembre de 1993.

---. *Ley de Régimen Político y Administrativo de la República*. Registro Oficial 357, Suplemento, 13 de agosto de 1945.

---. *Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado*. Registro Oficial 595, Suplemento, 12 de junio de 2002.

---. *Ley de Minería*. Registro Oficial 517, Suplemento, 29 de enero de 2009.

Escobar, Guido. *El control gubernamental: determinación de responsabilidades administrativas, civiles e indicios penales*. Quito: TALLPA, 2018.

García, Eduardo. “Sobre el silencio administrativo y recurso contencioso”. *Revista de Administración Pública*, n.º 47 (1965): 207-27. <https://bit.ly/4aOYTfG>.

Jácome, María del Carmen. “Los actos administrativos presuntos o fictos en Programa de Especialización de Derecho Administrativo de la Universidad Andina Simón Bolívar”, clase del 3 de diciembre de 2022.

Morales, Marco. “Principios que rigen la organización administrativa en Programa de Especialización de Derecho Administrativo de la Universidad Andina Simón Bolívar”, clase del 11 de noviembre de 2022.

Morales, Pablo. “Principios y técnicas de organización administrativa en Programa de Especialización de Derecho Administrativo de la Universidad Andina Simón Bolívar”, clase del 20 de enero de 2023.

Moreta, Andrés. *El silencio administrativo en el COA*. Quito: Legalité, 2020. <https://bit.ly/4jNLNDu>.

- Nieto, Roger, y Mario Cui, comps. *Reflexiones de derecho administrativo y electoral: silencio administrativo, repetición, asignación de escaños plurinominales y derecho al sufragio*. Guayaquil: Universidad Tecnológica ECOTEC, 2022. <https://bit.ly/4aSPvrb>.
- Núñez, Kenia. “La evolución del procedimiento administrativo y el COA en el Ecuador”. *Revista San Gregorio*, n.º 33 (2019): 158-68. <https://doi.org/10.36097/rsan.v1i33.1029>.
- Ortega, Fernando. “Silencio Administrativo II”. Video de YouTube, 2021. <https://bit.ly/3WRh6DC>.
- Pérez, Lino. “Silencio administrativo. Evolución histórica”. *Abogacía de Málaga* (mayo-junio 2006). <https://bit.ly/4gxbXaN>.
- Rodríguez, Jaime. “La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa”. *Misión Jurídica. Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, n.º 6 (2013): 22-56. <https://doi.org/10.25058/1794600X.60>.
- Rodríguez, Luis. “El ejercicio de la facultad extraordinaria de revisión y su aplicación en el control de legalidad de los actos administrativos de naturaleza tributaria”. Tesis de maestría. Universidad Andina Simón Bolívar. 2015. <https://bit.ly/3EuKmcT>.
- Secaira, Patricio. *Curso breve sobre Derecho Administrativo*. Quito: Editorial Universitaria Universidad Central del Ecuador, 2004.
- . “Hacia un Consejo de Estado en el Ecuador”. Proyecto de investigación de maestría. Universidad Regional Autónoma de los Andes (UNIANDES), Sede Ambato. 2017. <https://bit.ly/4hJyguK>.
- Tello, Karina. “Jornadas académicas en materia contencioso administrativa”. Ponencia presentada en el Plan Nacional de Capacitación de la Escuela de la Función Judicial y la Corte Nacional de Justicia 2023, Quito, 30 de mayo de 2023.
- Velásquez, Milton. “Jornadas académicas en materia contencioso administrativa”. Ponencia presentada en el Plan Nacional de Capacitación de la Escuela de la Función Judicial y la Corte Nacional de Justicia 2023, Quito, 30 de mayo de 2023.

#### DECLARACIÓN DE CONFLICTO DE INTERESES

La autora declara no tener ningún conflicto de interés financiero, académico ni personal que pueda haber influido en la realización del estudio.



# La selva habitada: aproximaciones a la ancestralidad de la comunidad Tikuna

*The Inhabited Forest: Approaches  
to the Ancestry of the Tikuna Community*

**Marcela Gutiérrez Quevedo**

*Docente, Universidad Externado de Colombia*

Bogotá, Colombia

[marcela.gutierrez@uexternado.edu.co](mailto:marcela.gutierrez@uexternado.edu.co)

<https://orcid.org/0000-0002-7576-2232>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2025.44.7>

Fecha de recepción: 13 de enero de 2025

Fecha de revisión: 18 de febrero de 2025

Fecha de aceptación: 10 de marzo de 2025

Fecha de publicación: 1 de julio de 2025

Licencia Creative Commons



## RESUMEN

Ante las injusticias históricas contra los pueblos indígenas del Amazonas, esta investigación interdisciplinaria destaca, por un lado, las violencias estructurales, modelos de desarrollo destructivo-colonizador, y por el otro, los desafíos y prácticas de justicia ancestral en una comunidad indígena como la Tikuna colombiana.\* Este trabajo de justicia integral aplicada (acción participativa, autoetnografía y etnografía) es la continuación de cinco años de investigaciones que se vienen haciendo en territorio amazónico y responde al objetivo de entender los modos de habitar el mundo de los pueblos indígenas que habitan la Amazonía, en particular del pueblo Tikuna, con el propósito de aportar en el conocimiento de otros sistemas y modelos culturales que pueden resultar más sostenibles y que pueden generar modelos de justicia ambiental. Este ejercicio se destaca por su continua labor desde el año 2020 y sus resultados académicos sobre el pluralismo jurídico extinto en los muros carcelarios; la justicia indígena en un mundo pluridiverso y en conflicto; tejer, anudar y desenredar: el tejido social en las comunidades Tikuna de la Amazonía colombiana para llegar a explorar en el último período las conexiones con la justicia ambiental. Este artículo concluye que los indígenas Tikuna resisten a través de la cooperación, la autonomía y la resistencia por la diversidad ecosistémica.

**PALABRAS CLAVE:** violencias, indígenas, autonomía, justicia, ancestralidad, ecosistema, cooperación, diversidad.

## ABSTRACT

In the face of historical injustices against the indigenous peoples of the Amazon, this interdisciplinary research highlights, on the one hand, structural violence, destructive-colonizing development models, and on the other, the challenges and practices of justice in an indigenous community such as the Tikuna Indians of Colombia. This work of applied comprehensive restorative justice (participatory action, auto-ethnography and ethnography) is the continuation of five years of research that has been carried out in the Amazon territory and responds to the objectives of understanding the ways of inhabiting the world of the peoples who inhabit the Amazon, in particu-

---

\* Esta investigación se realiza en el contexto de Aticoya (asociación de autoridades indígenas que representa a los pueblos Tikuna, Cocama y Yagua), en el resguardo de Puerto Nariño y Puerto Esperanza (Amazonas). En esos municipios existe un encuentro de culturas (indígenas y no indígenas) en donde conviven las imposiciones culturales y las resistencias étnicas.

lar the Tikuna people, with the purpose of contributing to the knowledge of other systems and cultural models that can be more sustainable and that can generate models of environmental justice. This work stands out for its continuous work since 2020 and its academic results on: extinct legal pluralism inside prison walls; indigenous justice in a multidiverse and conflict-ridden world; weaving, knotting, and unraveling the social fabric in the Tikuna communities of the Colombian Amazon to explore, in the last period, the connections with environmental justice. This article concludes that Tikuna resist through cooperation, autonomy, and resistance to ecosystem diversity.

KEYWORDS: violence, indigenous, autonomy, justice, ancestry, ecosystem, cooperation, diversity.

FORO

## INTRODUCCIÓN

En 1854, en torno a la entrega obligada de sus territorios, un líder de la tribu *Suwamish*<sup>1</sup> que habitaba extensos territorios de lo que hoy hace parte del estado de Washington (Estados Unidos) pronunció un discurso que resulta impactante. En una parte, hace referencia a la relación de las culturas occidentales invasoras con los desperdicios: la basura, los desechos de las ciudades, todo eso que se bota. En efecto, “la cultura de los blancos” es una cultura que genera desperdicios hasta el ahogo. El hombre blanco parece no darse cuenta del aire que respira como un hombre que agoniza varios días, insensible al hedor. Pero si les vendemos nuestra tierra, no olviden que el aire es precioso; que comparte su espíritu con todo lo que hace vivir”.<sup>2</sup>

Es el fin de la vida y el comienzo de la supervivencia. Los desequilibrios medioambientales están causando grandes impactos en las comunidades indígenas del Amazonas. Las causas de estos desequilibrios y modelos destructivos se relacionan en parte con modelos económicos, poblacionales y políticos

1. “Carta del Gran jefe Seattle a Franklin Pierce”, *Eve Museos*, accedido 19 de noviembre de 2024, párr. 1, <https://bit.ly/3ZGGZrn>.

2. *Ibid.*, párr. 11.

vinculados con la globalización y el desarrollo neoliberal. Por ejemplo, con la llegada de productos plásticos, pañales, colonos, contrabandistas, traficantes, industrias madereras o agroindustriales. Esto ha deteriorado inmensamente la sostenibilidad ambiental de los pueblos indígenas, en especial donde hay centros turísticos, y en las zonas fronterizas con Brasil y Perú de la Amazonía colombiana.<sup>3</sup> Es así que, “los elementos no degradables —plástico, botellas, icopor, telas sintéticas, entre muchos otros— se han ido acumulando en los ríos y en los suelos, a pesar de los rellenos sanitarios existentes y de las acciones y sistemas de reciclaje (Puerto Nariño, Puerto Esperanza), que resultan del todo precarios e insuficientes”.<sup>4</sup>

Esta investigación buscó identificar varias de las problemáticas que enfrenta el pueblo Tikuna del resguardo Ticoya y la forma en la que afrontan el día a día, con una mirada que busca registrar medidas y acciones en las que logran un equilibrio con la naturaleza y el entorno, en lo que nosotros, investigadores, podemos nombrar justicia ambiental étnica (justicia ancestral).<sup>5</sup> La pregunta de investigación es: ¿Cómo aportan las prácticas culturales de la comunidad a la construcción de un proceso de diálogo para reparar la afectación provocada por los residuos sólidos en su territorio? El objetivo general de esta investigación es identificar el alcance problemático de las basuras en el resguardo Ticoya y sus alternativas. Y como objetivos específicos son: 1. Identificar, a través de la historia, las violencias de la Amazonía y sus manejos (basuras o residuos) destructivos; 2. Identificar alternativas tradicionales (ambientales) frente al manejo de las basuras.

Se consultaron fuentes secundarias, tales como: investigaciones históricas y jurídicas del Amazonas, escritos literarios y audiovisuales sobre las realidades amazónicas. Y fuentes primarias, tales como: conversaciones con el presidente de la Asociación Aticoya, el curaca<sup>6</sup> y algunas personas de la comunidad de

- 
3. Alfonso Suarez (autoridad del Resguardo de Ticoya P. Nariño) en comunicación personal con el autor el 28 de febrero de 2024, casa del resguardo Ticoya, Puerto Nariño.
  4. Marcela Gutiérrez Quevedo, “La selva habitada: aproximaciones a la comunidad Tikuna en clave de justicia restaurativa” (conferencia, Universidad PUC de Río de Janeiro, 7 de octubre de 2024).
  5. Al hablar de justicias ancestrales, hacemos referencia a un concepto holístico de sociedad en donde la cooperación, la autonomía y la responsabilidad emergen de una manera ecosistémica. El artesano refleja el arte de la comunidad que está en permanente reparación y sanación. A pesar de la influencia occidental, la cosmovisión propia Tikuna reflexiona sobre sus raíces y su mundo actual de saberes comunitarios y restauradores.
  6. Ministerio de Educación Nacional, “Amazonas, la integración de los indígenas”, accedido

Ticoya (Puerto Nariño y Puerto Esperanza). Este trabajo se dio a través de unas metodologías de investigación-acción participativa (trabajo en comunidad a través de su conciencia crítica y dialógica), autoetnografía<sup>7</sup> y acompañemos la vida<sup>8</sup> en el trabajo material en el que me junté con la comunidad en sus actividades cotidianas y así evidenciar las problemáticas de un multiculturalismo destructivo de la cultura y de sus entornos. A través de esta dinámica, se buscó no interrumpir la vida cotidiana de la comunidad y unirme a las tareas de la vida. De esta forma, logré conversar y compartir en los diversos encuentros los retos comunitarios que se daban en un entorno de un buen vivir. Como investigadora, me sentí comprometida con otra manera de mirar: “una mirada profunda en sus saberes locales, construcciones de vida, territorio, conservación de cultura, medioambiente y participación política”.<sup>9</sup>

Este artículo analiza, en una primera parte, la historia de las violencias en la Amazonía, incluido el impacto destructivo de un modelo de desarrollo impuesto e invasor: en aquellos tiempos violentos. Y en una segunda parte, destaca el hallazgo de la justicia ambiental en Puerto Esperanza y Puerto Nariño, en un contexto de autonomía y resistencia en aras de defender la soberanía alimentaria y conservar el entorno y la cultura propia: justicia ambiental hacia una alternatividad.

## EN AQUELLOS TIEMPOS VIOLENTOS

En este aparte reflejaremos los poderes destructivos en la región amazónica como proceso histórico de acumulación (exacerbado en el Amazonas) y de violencias físicas, ambientales, de errada convicción de superioridad y estructurales. Está definida como aquella que impide a los seres humanos una vida

---

18 de noviembre de 2024, <https://bit.ly/48xbxyP>. En su sitio web se menciona que “El cargo de curaca es ocupado por un hombre adulto, líder, con conocimientos de su cultura y capacidad de interacción con los “blancos”.

7. Joaquín Guerrero Muñoz, “El valor de la autoetnografía como fuente para la investigación social: del método a la narrativa”, *Azarbe, Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar* 3 (2014): 238, <https://bit.ly/3ORTiuY>.
8. Laura Guzmán Peñuela y Luis A. Suárez, “Acompañemos la vida en el trabajo material: una propuesta de indagación antropológica”, *ICANH: Revista Colombiana de Antropología* 58, n.º 1 (2021): 175, <https://doi.org/10.22380/2539472X.1992>.
9. Jaime Arocha Rodríguez, “Metrópolis y puritanismo en Afrocolombia”, *Antípoda: Revista de Antropología y Arqueología*, n.º 1 (2005): 79-108.

mínimamente humana. Se genera en estructuras y relaciones de explotación, exclusión, injusticia y dominación.

Las violencias “pueden inscribirse en las categorías académicas de ‘violencias directas visibles’, como el genocidio cauchero; ‘violencia cultural’; y violencias indirectas, invisibles, pero que también dejan huella, como la ‘violencia estructural’. Ellas se suceden unas tras otras en distintos tiempos, victimizan desde distintos métodos, causan múltiples impactos, muchos de ellos irreparables, se insertan en la memoria individual y colectiva y dejan heridas sin cicatrizar y también diversas enseñanzas o aprendizajes”.<sup>10</sup>

### CAUCHO SANGRIENTO: EL SILENCIO CÓMPlice

Desde la historia remota hasta nuestros días, el ansia del dinero y del poder económico ha predominado. La literatura es una fuente primordial para conocer las mentes dominantes de nuestra gente y de pueblos foráneos frente a la cosmovisión y los entornos indígenas. Ella cuenta en sus relatos los dolores y sufrimientos de los indígenas de las regiones amazónicas.

*La vorágine*,<sup>11</sup> obra paradigmática que retrata parte del desastre de los pueblos indígenas en ese encuentro con el mundo occidental, muestra el contraste entre la belleza exuberante de las selvas y los ríos y el horror de la cosificación y destrucción de las culturas, del territorio y de sus riquezas (naturaleza). Sin embargo, “ante esta verdad a voces, resulta paradójico que ante esa vulnerabilidad social —por las fronteras, el mercado, la “civilización” y las violencias caucheras—, el Estado colombiano hubiera permanecido indiferente”.<sup>12</sup>

Aunque esas violencias son de tiempos remotos (siglos XIX), hoy se repiten acontecimientos de indiferencia<sup>13</sup> ante el dolor de los indígenas (siglo XXI) “por

---

10. Esperanza Hernández, “Memoria, resistencia y poder pacífico transformador de pueblos indígenas de las Amazonas colombianas y peruanas”, *Papel político* 19, n.º 2 (jul./dic. 2014), <https://bit.ly/4hUIUPS>.

11. José Eustasio Rivera, *La vorágine* (Islas Baleares: Textos.info, 2022), <https://bit.ly/42BIHMR>.

12. Oscar Iván Pérez, “Taller de literatura y viaje, destino Guainía”. (Curso La Amazonía 100 años después. Destino Guainía. Un viaje literario y físico en Casa Tomada, junio-diciembre de 2024).

13. “El 18 de noviembre de 2024 WWF mencionaba en su sitio web las seis grandes amenazas de la Amazonía, <https://bit.ly/41iAqg1>.

la destrucción etnocida de sus territorios y como catástrofe demográfica”.<sup>14</sup> Hoyos destaca el etnocidio en clave extractiva, así: “aprovechamiento comercial, que desarrolla procesos de transformación económica y la selva se convierte en una cárcel. La figura más utilizada en la historia de la Amazonía es el endeude: un proceso productivo de la Amazonía en que se engancha al indígena y colono a través de un libro de cuentas. La deuda será pagada con extracción del caucho”.<sup>15</sup>

Y Uribe resalta las apatías de los gobiernos y de las narraciones que no se toman en serio:

la industria del caucho es lejana a la generosidad de la vida como algo sagrado y sin importar la otredad. Asimismo, son territorios colonizados, en búsqueda de los fabulosos tesoros de Tisquesusa. Y el Amazonas mordido hoy por los dientes dañinos de la sociedad industrial, que durante milenios estuvieron protegidos por los mitos del árbol de los frutos y la piel constelada de la gran Anaconda.<sup>16</sup>

Es así como la violencia genocida de la explotación del caucho (goma silvestre) destruyó pueblos y exterminó culturas. Hoy persiste otro genocidio cultural y territorial (deforestación, megaproyectos, violencia política, entre otros factores), tal como lo reflejan los informes de la Comisión Nacional de Territorios Indígenas (CNTI) así:

Acaparamiento de tierras, expansión de la frontera agropecuaria, minería, extracción de madera y expansión de la infraestructura. Estas son las principales causas de la deforestación en Colombia, un fenómeno que ha causado una grave afectación en los territorios y pueblos indígenas. “Sus amplios territorios se han enfrentado a la llegada de personas e intereses ajenos a las culturas ancestrales y que han concebido las tierras y la naturaleza como objetos de mercado.”<sup>17</sup>

- 
14. Augusto Gómez, “Etnocidio. Una reseña de los procesos de destrucción sociocultural de las sociedades indígenas de la Amazonía colombiana”, *Memoria y sociedad: Revistas Científicas Universidad Javeriana* 1, n.º 2 (1996): 99, <https://bit.ly/3AA0AzJ>.
  15. Camilo Hoyos, conversación con Erna von der Walde, “La Vorágine. Una edición cosmográfica”, 1, *Paredro Podcast*, 17 de marzo de 2023, <https://bit.ly/3D4APZs>.
  16. Diana Uribe, comentarios sobre los 100 años de *La Vorágine*, *Podcast Diana Uribe*, 8 de marzo de 2024, <https://bit.ly/3ZqFuwn>.
  17. Colombia Comisión Nacional de Territorios Indígenas, “Los informes que alertan sobre la afectación a territorios indígenas en Colombia”, *Comisión Nacional de Territorios Indígenas*, accedido 25 de febrero de 2025, párr. 1, <https://bit.ly/41tY7le>.

## EL REINO DEL PLÁSTICO Y EL ACERO

“Las prácticas de consumo y los productos foráneos que han permeado las culturas indígenas impactan en la generación de basuras, y no existen sistemas adecuados para el manejo de los residuos”.<sup>18</sup> Aunque hay proyectos ambientales en la zona del municipio de Puerto Nariño, los impactos positivos en sostenibilidad y largo plazo son limitados. La población es diversa (mestizos, colonos, indígenas, foráneos y turistas) en un territorio en donde no hay diálogo y pertenencia del territorio. Hay presiones y ausencia de enfoques diferenciales dignos y respetuosos del ecosistema.

A la pregunta de qué pasa con la municipalidad de Puerto Nariño y el problema de manejo ambiental ecosistémico, el ingeniero ambiental de la Alcaldía de Puerto Nariño comentó que:

hay proyectos, pero también obstáculos burocráticos, administrativos, planeación, quemas, distancia, etc., en el manejo de basuras. Desde el 2018 se tenía prevista la construcción de un relleno sanitario, pero por cuestiones de trámites no se logró hacer la construcción, el plan departamental de aguas y recursos fue el que no hizo el trámite y hasta ahora se está cerrando el proceso para construir un nuevo relleno, el cual se está reformulando con el plan departamental de aguas.<sup>19</sup>

Entiéndase acá burocracia como falta de voluntad política, desinterés histórico, incapacidad administrativa, malos manejos de los recursos públicos, falta de planeación, politiquería, entre otros, que llevan a que el manejo de las basuras se dé principalmente a través de quemas y botaderos a cielo abierto, en un contexto geográfico extenso y dispersamente poblado en el que es muy difícil ejercer control.

Otros estudios reflejan el proceso de industrialización, que no tiene en cuenta la autonomía e historia de los territorios: “dinámicas económicas y culturales que llevan al fracaso por querer imponer modelos de desarrollo ajenos a las

---

18. Angie Díaz Molano, “Identificación de los impactos generados por la actividad turística sobre la fauna silvestre y la comunidad local del área de Puerto Nariño, Amazonas” (tesis de pregrado, Universidad Externado de Colombia, 2022), 30, <https://bit.ly/4gj8bS2>.

19. Luis Cuevas (ingeniero ambiental Puerto Nariño) en comunicación personal con el autor, Leticia, 1 de marzo de 2024.

comunidades”.<sup>20</sup> Este trabajo refleja anticipadamente que, si bien en las mismas comunidades se percibe como un tema importante la productividad —el trabajo, la capacidad de generar autosostenibilidad—, existen otros modelos complementarios de desarrollo local acorde con prácticas tradicionales cooperativas, como las chagras (granja indígena)<sup>21</sup> y el uso cuidadoso y sostenible de los recursos que hay en las selvas y los ríos.

Sin embargo, la aparición de empresas de monocultivos a gran escala —arroz, plátano, maíz, etc.—, en la que se instituye una disciplina laboral —horarios, jerarquías de mando, patronatos, contratos laborales, tecnificación en el uso de máquinas— rompe con los modelos de economía circular, debilitando los ritmos de trabajo cooperativo. Por otra parte, genera un nuevo tipo de sujeto: el obrero campesino, el operario, el asalariado, que compra los productos para su sustento en un mercado porque ya no tiene que producirlos. Este nuevo sujeto que consume genera una serie de residuos que no son tan comunes en los contextos de producción tradicionales de los pueblos indígenas de la Amazonía. Hay un vínculo estrecho entre la economía y los residuos.

No se trata, por supuesto, de satanizar, por ejemplo, las máquinas o las formas de producción tecnificada moderna. Por ejemplo, hay un caso en la Amazonía de una ralladora de yuca en Naranjales que fue exitoso por su incorporación al sistema productivo tradicional. Sin embargo, en otros casos, como la desgranadora de maíz, la trilladora de arroz y la procesadora de harina de plátano, el proceso no estuvo acompañado de una adaptación diferencial y participativa, que hubiera permitido el funcionamiento técnico de estas máquinas. En todo caso, “la aparición de las máquinas y los medios de producción tecnificados en algunos escenarios culturales tiene sus riesgos, al generar cambios que pueden impactar las estructuras sociales y desplazar oficios tradicionales”.<sup>22</sup> Veamos qué dice Sennett sobre esos riesgos: “En la historia económica del trabajo manual cualificado, la maquinaria, que comenzó siendo una aliada, ha terminado

---

20. Juan José Vieco, Lina Marcela Gallego y John Sebastián Parente, “‘Máquinas’ y desarrollo propio en el plan de vida del resguardo Ticoya Puerto Nariño, Amazonas”, *SINCHI: Revista Colombiana Amazónica*, n.º 7 (2014): 33, <https://bit.ly/4gxhWwp>.

21. Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, accedido 20 de octubre de 2024, <https://bit.ly/40TNpnW>.

22. Vieco, Gallego y Parente, “‘Máquinas’ y desarrollo propio en el plan de vida del resguardo Ticoya Puerto Nariño, Amazonas”, 34.

a menudo como enemiga. Los tejedores, panaderos, y los trabajadores de acero han adoptado herramientas que finalmente se han vuelto contra ellos”.<sup>23</sup>

Es por esa razón que Vieco dice:

la verdadera apropiación de las máquinas implica no solo el dominio de los aspectos técnicos, sino también adoptar formas organizativas [...] La escuela teórica del posdesarrollo se basa en un rechazo al discurso del desarrollo como eurocéntrico e imperialista. Se trata de pensar alternativas al desarrollo surgidas de comunidades locales que combinen elementos culturales, tradicionales y modernos que les permitan adquirir herramientas en el campo político y lo económico.<sup>24</sup>

Ante los diversos encuentros en Puerto Nariño y Puerto Esperanza (23 y 24 de febrero de 2024), el desarrollo extractivista y la industrialización forzada salen a la luz: un caminar que deja en su andar basuras, afectaciones al medioambiente, a la cultura, a la salud y al desarrollo cultural.

Esa afectación ambiental es causada por la globalización que trae desigualdades y dependencias institucionales. Dice Cassu Campos:

Las poblaciones que viven en este territorio experimentan procesos de transformación social y cultural enraizados en la llamada globalización. Los pueblos indígenas se reconocen e interactúan hoy en día en el escenario local e internacional, y plantean cambios a nivel económico (con el capitalismo atravesando desde la esfera doméstica hasta los bienes comunes de la humanidad), ambiental (con la preocupación de la crisis ambiental global), sociocultural (con medios de comunicación de masas potenciando una cultura híbrida globalizada) y político (con una reorientación hacia la protección de los derechos humanos y culturales particulares).<sup>25</sup>

Ese desarrollo no solo impacta al medioambiente, sino el vivir de algunas comunidades de Leticia e incluso Puerto Nariño. La vida ha perdido valor en algunas comunidades, ya “que las principales características del modelo de desarrollo se fundamentan en una visión eurocéntrica sustentada en lo material y visiones de raigambre moderno/colonial que conllevan un desbalance de los elementos del ser Tikuna: *pora*, *nae*, *mau* y *kua*, cuya alteración afecta el bien-

---

23. Richard Sennett, *El artesano* (Barcelona: Anagrama, 2012), 102.

24. Vieco, Gallego y Parente, “‘Máquinas’ y desarrollo propio en el plan de vida del resguardo Ticoya Puerto Nariño, Amazonas”, 34.

25. Enric Cassu Campos, “El manejo indígena del mundo global. El caso de los Tikuna de Yahuaraca”, *Mundo Amazónico*, n.º 6 (2015): 48.

estar individual y colectivo; produce crisis de identidad y sujetos vulnerables al suicidio”.<sup>26</sup>

Asimismo, el plástico no solo causa efectos humanos sino biológicos, como sucede con varias especies de animales, de los ríos y suelos que están en relación con toda la humanidad. El biólogo Luna explica en su libro sobre la era del plástico, el impacto del uso desaforado del plástico y la distribución aérea a cualquier rincón del mundo. Lo anterior crea un problema ambiental global plastificando el planeta y afectando el pulmón del mundo que favorece a las especies vivir plenamente.

Para demostrar que el problema del plástico llega a todos los rincones, en el Amazonas, el río más caudaloso del mundo, se han encontrado recientemente por primera vez microplásticos. Ha sido en peces, concretamente 228 fragmentos en 14 especies distintas. Este río aparece igualmente en el polémico *ranking* de los más plastificados del mundo, ocupando el quinto puesto.<sup>27</sup>

Ante los efectos del impacto en el medioambiente que han tenido los modos de producción occidentales, se han pronunciado sentencias, que muestran una preocupación por las consecuencias que esta dinámica económica afecta a la sociedad en general. La sentencia de 2018 de la Corte Suprema de Justicia de Colombia sobre el río Amazonas refleja el espíritu ambiental de la Constitución colombiana al recalcar la naturaleza como sujeto de derechos y su trascendencia en la interdependencia de la naturaleza con los seres humanos y el Estado. “Resalta el derecho a un ambiente sano y que su transgresión produce inevitablemente la afectación directa de otras prerrogativas de carácter fundamental, entre ellas, la vida, la salud, el acceso al agua de los tutelantes y sus núcleos familiares”.<sup>28</sup>

Esta sentencia es un hito, la cual resaltó “la visión antropocéntrica que expone que, sin la existencia actual de un criterio equitativo y prudente de con-

---

26. Olga L. Corzo, “Desarrollo y suicidio de indígenas Tikuna en Leticia y Puerto Nariño, Amazonas. Un análisis desde la decolonialidad y el postdesarrollo”, CIDER, Documento de trabajo, n.º 15 (noviembre 2021): 5.

27. Álvaro Luna, *La era del plástico. Una nueva amenaza para la conservación de la naturaleza* (Córdoba: Guadalmazán, 2020), posición 1149 en Kindle.

28. Colombia Corte Suprema de Justicia, *Sentencia n.º STC 4360*, 4 de abril de 2018, 20.

sumo, la especie humana podrá verse comprometida en el futuro por la escasez de recursos imprescindibles para la vida”.<sup>29</sup>

Lo que se va a narrar a continuación, y ante el panorama ambiental destructivo, aunado a violencias históricas estructurales, el trabajo dialógico y de campo nos mostró caminos ancestrales de conocimiento, como son los caminos de los artesanos. Fue una apuesta de la investigadora para conocer la comunidad y, en lo posible, poder ver desde adentro, al menos por unos días, el mundo de la comunidad que en principio se estaba “estudiando” o “investigando”. Sin embargo, para transmitir la experiencia en este texto, es decir, hacer el puente —traducirla— al lenguaje académico, fue importante encontrar un campo de reflexión que explicara las dinámicas y lógicas sociales y culturales que se pusieron en juego. Para esto, la obra del sociólogo Richard Sennett resultó muy relevante y una inmensa compañía.

## **JUSTICIA AMBIENTAL: HACIA UNA ALTERNATIVIDAD**

### **HACER ES PENSAR Y HABITAR EL MUNDO TIKUNA: TEJIDO EN CHAMBIRA**

Mi encuentro con la comunidad inicia con la visita a una pareja de artesanos<sup>30</sup> de Puerto Esperanza. Los veo mientras hacen su oficio. El hombre hace las artesanías con un ritmo pausado, utilizando la chambira (“*Astrocaryum aculeatum*: palma nativa de la Amazonía, la cuenca del Orinoco y de Trinidad y Tobago”)<sup>31</sup> y otros elementos del entorno del Amazonas. Su compañera, que es también artesana, elabora otras artesanías que sirven de complemento en la búsqueda de los insumos y en su procesamiento, para la elaboración de otras artesanías. Mientras elaboran las artesanías, usualmente mochilas que se venden en el mercado van pensando y meditando, pues los nudos que componen

---

29. “Sentencia STC-4360 de 2018: Deforestación, conflicto armado y debilitamiento del Estado en la Amazonía”, *Dejusticia*, accedido 19 de noviembre de 2024, <https://bit.ly/4fchROv>.

30. Vicente y Carmen Parente, comunicación personal recibida por el autor, 27 de febrero de 2024, Puerto Esperanza.

31. “Chambira”, *Naturalista Co*, accedido 27 de enero de 2025, <https://bit.ly/49z6BtF>.

el tejido expresan su voluntad y pensamiento. Sennett lo expresa así: “hacer es pensar”.<sup>32</sup>

Los dos artesanos trabajan juntos. Cooperan en la búsqueda y en la elaboración del material, ya que están unidos y conectados por una comunidad y una familia. Todos están involucrados, aprendiendo las habilidades. Se trata de un proceso lento que implica muchas horas y concentración. Este quehacer es valorado en la comunidad no solo por el resultado en un producto, sino por las implicaciones sociales que tiene: tejer colectivamente, conservar saberes ancestrales, expresar el pensamiento de un pueblo en un objeto. A diferencia de los objetos seriados que saca una fábrica, los objetos que se generan de manera artesanal en las comunidades tienen un carácter ritual y un valor social como objetos con poder espiritual.

Estos artesanos me ayudaron a comprender el propósito de la investigación. Conocer otros sistemas de conocimientos más sostenibles, tales como ser constructores del tejido social, y así fortalecer la cohesión y generar cooperación sostenible. Como arte, refuerzan la cultura y el reconocimiento de lo propio, lo que permite contrarrestar los impactos de identidad que provienen de la cultura foránea. El ritmo del artesano tiene una rutina comunitaria, sencilla y compleja a la vez. La capacidad de hacer cosas y, por ende, el autogobierno, se genera y sostiene a partir de los vínculos sociales cotidianos. Allí aparecen las capacidades sociales. En el hilo del oficio es fundamental construir cosas y así cimentar comunidad. Lo anterior, valorando la experiencia del diálogo con los materiales que hacen emerger la cooperación y la complejidad. Además, “un artesano localiza, indaga y desvela los problemas. Significa que el entorno y la persona están en permanente interacción con todos los sentidos. El entorno estimula y entrena para dar concreción a la materia”.<sup>33</sup>

## COMPARTIR LA PALABRA: LA FARIÑA

En mi trabajo de campo y utilizando la metodología ya citada de acompañar la vida, en Puerto Esperanza compartí días en la elaboración de la fariña a través del hacer y del conversar. En días anteriores se recogió la yuca en la chacra e hicimos el proceso de pelarla, la cáscara alimenta la chacra, dejarla en agua y exprimirla antes de secarla. El tostado de la fariña se realizó en el

---

32. Sennett, *El artesano*, 4.

33. *Ibid.*, 17.

“horno” comunitario. Muchos participamos en darle vuelta a la fariña con la pala. Intercambiamos la palabra sobre el cultivar, utilizar, compartir y cooperar. Todo lo anterior compartiendo la palabra y alguna bebida alrededor del horno.

En ese momento entendí que la artesanía social pasa por el pensar, la acción y el habla comunitaria. Arendt dice: “Una vida sin habla y sin acción está literalmente muerta para el mundo”.<sup>34</sup> La fariña terminó después de algunas horas. Como se había recogido almidón de yuca, se recogieron plátanos bocadillos y mezclamos esto con las manos. Hicimos en el horno, “nalga de vieja”.<sup>35</sup> Nos deleitamos en la comida y en el compartir comunitario. Al meter las manos en el almidón y sentir la mezcla, no sabía qué iba a dar.

Me di cuenta de que era importante en el hacer artesanal investigar y esperar lo inesperado. Sennett dice: “Hacer un buen trabajo significa tener curiosidad, investigar y aprender de la incertidumbre”.<sup>36</sup> Esa es la artesanía física y social. Todo pasa por las manos y todos sus sentidos. Allí descubrí la gente cuidadora y autónoma en sus haceres ancestrales y en su economía circular. Los artesanos, ante un mundo de consumo, decidieron darle vida y humanidad a la autonomía en su territorio cercano: son trabajadores de la tierra, cuidadores de la selva y del río. Le dan vida a la chagra en su diversidad de frutos y verduras —plátano hartón, pildoro, banano, manzano, asa, copoazú, arazá, guanábana, naranja, mandarina, guamas, mango, zapote, limón, ñame—; maderables —cedro rosado, andiroba, castaña brasilera, ordinaria, acajú, mata mata, balso, chambira, chontaduro, capirona, maíz, camucamu—.

Con la riqueza del entorno y su manejo equilibrado —en tensión permanente—, la comunidad de Puerto Esperanza construye, repara, piensa y observa el mundo en detalle. Tienen habilidades en el oficio, experiencias artísticas, imaginativas y de compromiso para construir comunidad de artesanos. En ese construir permanente, no decaen sino que actúan, tal como dice Sennett:

La artesanía designa un impulso humano duradero y básico, el deseo de realizar bien una tarea, sin más. El artesano explora estas dimensiones de habilidad, compromiso y juicio de una manera particular. Todo buen artesano mantiene un diálogo entre unas prácticas concretas y el pensamiento; este diálogo evoluciona hasta

---

34. Hannah Arendt, *The Human Condition* (Chicago: University of Chicago Press, 1958), 108.

35. Loida Parente (lideresa comunitaria de Puerto Esperanza) en conversación con el autor (28 de febrero de 2024), explica que la “nalga de vieja” es la mezcla de almidón y plátano, bocadillo cocido en el horno.

36. Sennett, *El artesano*, 60.

convertirse en hábitos, los que establecen a su vez un ritmo entre la solución y el descubrimiento de problemas.<sup>37</sup>

Con respecto a las alternativas, observé que en la comunidad indígena de Puerto Nariño y Puerto Esperanza las comunidades sostienen a través de la organización comunitaria para su soberanía alimentaria y autonomías de vida. El medioambiente y el ecosistema se cuidan y se curan.

El pensamiento amazónico concibe que la vida en el mundo depende del cuidado constante de la relación entre los seres humanos y no humanos que lo habitan. Lo que puede entenderse como *mentes restaurativas*. La curación es un concepto y una práctica constante que pone en acción ese cuidado. Los saberes y acciones curativas de diversas sociedades indígenas de la Amazonía colombiana nos ofrecen lecturas alternativas de la crisis ambiental que vivimos actualmente.<sup>38</sup>

### **SOMOS UNO: LA MALOCA (CASA COMUNAL)<sup>39</sup>**

La cooperación (social y biológica) es fundamental en la vida comunitaria. La cooperación social se refleja en sus haceres de red para el bien colectivo. Tradicionales —ritos, mingas, trueques, el derecho propio, la lengua, el cuerpo, las casas, las chagras y sus identidades— y no tradicionales. La cooperación espontánea y tradicional se dio con el encuentro con el curaca del resguardo Ticoya en un lugar muy importante para la vida social: el mercado. Lugar de encuentros, intercambios y conversaciones.

Posteriormente, el curaca quiso mostrarme lo que significa la cooperación social y biológica a través del caminar de la selva. Allí me enseñó la autonomía en sus chagras y la conexión de los humanos con los seres vivos de la selva, tanto míticos como materiales. El curaca del resguardo Ticoya en el recorrido a la maloca yagua, resaltó la importancia del trabajo comunitario y la conciencia de lo “biodegradable” del descanso de la tierra (los rastros) y el conocimiento

---

37. *Ibíd.*, 14.

38. Banco de la República, “Tiempos de curación. Renovar el mundo desde el Amazonas” (exposición artística del Museo del Oro de Bogotá, 20 de noviembre de 2023).

39. “La maloca: el mundo de la casa grande”, *Gaia Amazonas*, accedido 19 de noviembre de 2024, <https://bit.ly/3OKI9NC>.

de las cualidades medicinales de la selva. El curaca es un líder que observa y aclara las necesidades comunitarias: es otro artesano.

En esa comunidad Tikuna existe una clase de cooperación ecocéntrica. El espíritu comunitario es de confianza, fuerza y adaptabilidad al entorno humano y no humano. Un mutualismo que nos traslada a las relaciones del mundo biológico. En esa selva y caminando con los líderes indígenas, observé las redes y conexiones que comunican la vida y la muerte. Tal como el micelio que crea cadenas de reciclaje, regeneración, transformación y renacimiento. Es comprender el lenguaje de la naturaleza y construir juntos. El indígena tikuna desde su cosmovisión conserva la relación biológica con su entorno, ya que se considera parte de ella, establece una conexión espiritual, pues es su lenguaje de comprensión. El indígena se considera un componente más, no asume el rol de “superior” propio de Occidente.

## CRUCE DE CAMINOS

La cooperación también tiene el reto de la interculturalidad a través de la escucha del otro, la curiosidad, la informalidad y el reconocimiento de la diversidad de experiencias. Esta es una cooperación en permanente tensión, ya que los encuentros son desiguales y asimétricos. Los poderes resaltan en guiar un horizonte, que a veces no es el mismo de los pueblos indígenas. Sin embargo, la comunidad del resguardo Ticoya construyó un reglamento y un plan de vida<sup>40</sup> en clave intercultural con la sociedad mayoritaria y trabajó el problema de los residuos sin resistencia alguna. En el reglamento crearon normas de protección para los recursos renovables y no renovables.

El reto de ellos en el municipio es trabajar con las autoridades municipales en clave intercultural y de cooperación. Es lo que Sennett llama la capacidad de escuchar en la conversación y “en la aplicación práctica de esa sensibilidad en el trabajo y en la comunidad. Es indudable que escuchar con atención y trabajar en armonía con los demás implica un aspecto ético”.<sup>41</sup> También, el curaca sabe que los encuentros sociales difíciles no se deben resistir y se debe tener mayor sensibilidad dialógica. Es lo que llamaría una resistencia activa. Sennett consi-

---

40. “Detalles del Plan de vida de los pueblos Tikuna, Kokama y Yagua de Ticoya”, resguardo Ticoya, accedido 12 de diciembre de 2024, <https://bit.ly/4gugYRR>.

41. Richard Sennett, *Juntos: rituales, placeres y política de cooperación* (Barcelona: Anagrama, 2012), 4.

dera así que “no se debe luchar contra ella, como sería el hacer la guerra a los nudos de la madera o la piedra demasiado dura; lo más eficaz es emplear la mínima fuerza posible”.<sup>42</sup> Y Ospina resalta la ambigüedad de la historia, ya que:

ella ha sido destructiva pero también reconstructiva de memoria y de futuro. La historia prehispánica nos recuerda el reino de la diversidad. Existió y puede volver a emerger. Existen las selvas, árboles, montañas, nieblas, aguaceros... una naturaleza demasiado activa. Demasiado vigorosa, en una fecundidad insolente, la vivieron como un infierno los conquistadores españoles cuando se adentraban por primera vez por los descampados equinocciales, con la ingenua creencia de que América sería igual a la sosegada tierra europea.<sup>43</sup>

Sin embargo, el proceso dialógico es limitado por problemas que hay que develar en la cooperación: la homogeneización, la superficialidad, las burocracias y la desigualdad. “La sociedad moderna ha debilitado la cooperación por distintas vías. La más directa de esas debilidades tiene que ver con la desigualdad”.<sup>44</sup>

## CONCLUSIÓN

### CIERRES Y NUEVOS COMIENZOS: UNA JUSTICIA AMBIENTAL

Ante las violencias históricas del caucho y la era de la industrialización y desarrollo devastador (plástico y acero), el pueblo Tikuna ha sufrido violencias que han impactado sus vidas y dignidades. Uno de los dramas ha sido el de la basura que ha contaminado ríos y ha afectado su vida y sostenibilidad. Observamos que a través de investigaciones sobre la destrucción de las culturas y su ambiente (caucho, deforestación, plásticos y las basuras) afectan no solo el tejido social de las culturas indígenas, sino también a cualquier rincón del mundo en donde la huella violenta está afectando la pervivencia humana y la naturaleza global.

A pesar de los dramas de violencia de los pueblos indígenas de Amazonas, los indígenas Tikuna se resisten a desaparecer. En los diálogos que tuvimos,

---

42. Ibid., 290.

43. William Ospina, *Colombia, donde el verde es de todos los colores* (Milán: Mondadori, 2013), 8.

44. Sennett, *Juntos: rituales, placeres y políticas de cooperación*, 13.

ellos reflejan sus riquezas, la resistencia activa a los desastres culturales y naturales y una reflexión sobre la autonomía, el tejer, el desarrollar habilidades de cuidado del territorio y de la naturaleza. Ese buen vivir de la comunidad Tikuna y ese tejer comunitario, pausado y de cuidado a la naturaleza, hacen que la justicia ambiental restaurativa emerja de una manera sostenible y armoniosa. Al ser artesanos, “reivindican la riqueza infinita de la vida, la revelación de la generosidad de los dioses, la selva de la comida, del casabe, de la mandioca, del pescado, del gusano”.<sup>45</sup>

La diversidad ecosistémica se refleja en “el rumor de sus mitos, la belleza de sus ornamentos y de sus indumentarias, la complejidad de sus costumbres, la extrañeza de sus lenguas y la profundidad de sus filosofías, que son para el resto de los colombianos algo que surgió en el último medio siglo, de modo que estamos en pleno descubrimiento de américa”.<sup>46</sup> Es así que en el municipio de Puerto Esperanza, la complejidad y la resistencia del artesano refleja el mundo restaurativo Tikuna.

La cooperación es la base de una comunidad (humana y no humana). Respecto a la cooperación, Vilardy dice:

la importancia del ensayo, error y la fortaleza de la naturaleza y sus entornos de reparar y cooperar con los valores de cooperación y colaboración. Teniendo en cuenta que muchos de nuestros comportamientos sociales y valores culturales están muy en el fondo asociados con nuestra relación con la naturaleza, se nos convierte en un reto real redescubrir los valores e imaginarios con los que entendemos a la naturaleza, desmitificar la “hegemonía” de la competencia en el mundo natural, para dar paso a una mayor comprensión sobre los miles de formas de relacionamiento cooperativo que pueden ser una fuente de inspiración para los retos actuales.<sup>47</sup>

Estas comunidades viven entre la competencia y la cooperación. Sin embargo, la chacra es un ejemplo de reorganización en clave restaurativa de la naturaleza y de la comunidad, tal como se hace con lo ambiental: ellos “reciclan” los residuos orgánicos y así la chacra es rica en micro y biodiversidad. Los humanos y la naturaleza procuran la chacra como obra de trabajo colectivo. To-

---

45. Diana Uribe, Comentarios sobre los 100 años de la Vorágine.

46. Ospina, *Colombia, donde el verde es de todos los colores*, 36.

47. Sandra Vilardy, “Sobre peces grandes y la necesidad de reimaginarnos la colaboración”, *El Espectador*, 13 de febrero de 2024, accedido 20 de noviembre de 2024, <https://bit.ly/3EeDRuD>.

dos se alimentan de la chacra y benefician a la comunidad. Estas procuran vida y un conocimiento ancestral de sostenibilidad. Sennett dice: “La cooperación lubrica la maquinaria necesaria para hacer las cosas y la coparticipación puede compensar aquello de lo que tal vez carezcamos individualmente”.<sup>48</sup>

## BIBLIOGRAFÍA

- Acosta Muñoz, Luis Eduardo. “Los sistemas de producción de la etnia Ticuna del resguardo de Puerto Nariño, sur del Trapecio Amazónico: una aproximación socioeconómica”. *Cuadernos de Desarrollo rural=International journal of rural development* 46 (2001): 101-32. <https://bit.ly/3CcW8HO>.
- Aponte Motta, Jorge, e Isabel Rodríguez. “Frontera, turismo y modernidad en el relato de la globalidad. Algunos reflejos en la Amazonía”. 2008. <https://bit.ly/3NTsObL>.
- Arendt, Hannah. *The human condition*. Chicago: University of Chicago Press, 1958.
- Arocha Rodríguez, Jaime. “Metrópolis y puritanismo en Afrocolombia”. *Antípoda. Revista de Antropología y Arqueología*, n.º 1 (2005): 79-108.
- Banco de la República. “Tiempos de curación. Renovar el mundo desde el Amazonas”. Exposición Museo del Oro, 20 de noviembre de 2023.
- Cassu Campos, Enric. “El manejo indígena del mundo global. El caso de los Tikuna de Yahuaraca”. *Mundo Amazónico*, n.º 6 (2015): 47-71.
- Colombia Comisión Nacional de Territorios Indígenas. “Los informes que alertan sobre la afectación a territorios indígenas en Colombia”. *Comisión Nacional de Territorios Indígenas*. Accedido 25 de febrero de 2025. <https://bit.ly/41tY7le>.
- Colombia Corte Suprema de Justicia. *Sentencia n.º STC 4360*. 4 de abril de 2018.
- Corzo, Olga. “Desarrollo y suicidio de indígenas Tikuna en Leticia y Puerto Nariño, Amazonas. Un análisis desde la decolonialidad y el postdesarrollo”, CIDER, Documento de trabajo, n.º 15 (noviembre 2021): 2-42.
- Dejusticia. “Sentencia STC 4360 de 2018: Deforestación, conflicto armado y debilitamiento del Estado en la Amazonía”. *Dejusticia*. Accedido 19 de noviembre de 2024. <https://bit.ly/4fchR>.
- Díaz Molano, Angie Lorena. “Identificación de los impactos generados por la actividad turística sobre la fauna silvestre y la comunidad local en el área de Puerto Nariño, Amazonas”. Tesis de pregrado. Universidad Externado de Colombia. 2022. <https://bit.ly/4gj8bS2>.

---

48. Sennett, *Juntos: rituales, placeres y política de cooperación*, 2.

- Eve Museos. “Carta del gran jefe Seattle a Franklin Pierce”. *Eve Museos*. Accedido 19 de noviembre de 2024.
- Gaia Amazonas. “La maloca: el mundo de la casa grande”. *Gaia Amazonas*. Accedido 19 de noviembre de 2024. <https://bit.ly/3OKI9NC>.
- Gómez, Augusto. “Etnocidio. Una reseña de los procesos de destrucción sociocultural de las sociedades indígenas de la Amazonía colombiana”. *Memoria y Sociedad: Revistas Científicas Universidad Javeriana* 1, n.º 2 (1996): 99. <https://bit.ly/3AA0AzJ>.
- Guerrero Muñoz, Joaquín. “El valor de la autoetnografía como fuente para la investigación social: del método a la narrativa”. *Azarbe. Revista Internacional de Trabajo Social y Bienestar* 3 (2014): 238. <https://bit.ly/3ORTiuY>.
- Gutiérrez Quevedo, Marcela. “La selva habitada: aproximaciones a la comunidad Tikuna en clave de justicia restaurativa”. Conferencia pronunciada en la Universidad PUC de Río de Janeiro, 7 de octubre de 2024.
- Guzmán Peñuela, Laura, y Luis A. Suárez. “Acompañemos la vida en el trabajo material: una propuesta de indagación antropológica”. *ICANH: Revista Colombiana de Antropología* 58, n.º 1 (2021): 175-205. <https://doi.org/10.22380/2539472X.1992>.
- Hernández, Esperanza. “Memoria, resistencia y poder pacífico transformador de pueblos indígenas de las Amazonas colombianas y peruanas”. *SCIELO: Pap.política* 19, n.º 2 (jul.-dic. 2014): 497-525. <https://bit.ly/4hUIUPS>.
- [https://www.wwf.org.co/\\_donde\\_trabajamos/\\_amazonas/las\\_seis\\_grandes\\_amenazas\\_de\\_la\\_amazonia/](https://www.wwf.org.co/_donde_trabajamos/_amazonas/las_seis_grandes_amenazas_de_la_amazonia/). <https://bit.ly/41iAqg1>.
- Hoyos, Camilo. “*La Vorágine*. Una edición cosmográfica”, una conversación con Erna von der Walde, su editora académica. 17 de marzo de 2023. *Paredro Podcast*. Publicado en Spotify, formato audio. <https://bit.ly/3ZsaD2b>.
- Luna, Álvaro. *La era del plástico. Una nueva amenaza para la conservación de la naturaleza*. Córdoba: Guadalmazán, 2020.
- Ministerio de Educación Nacional. “Amazonas la integración de los indígenas”. *Ministerio de Educación Nacional*. Accedido 18 de noviembre de 2024. <https://bit.ly/48xbxyP>.
- Naturalista Co. “Chambira”. *Naturalista Co*. Accedido 27 de enero de 2025. <https://bit.ly/49z6BtF>.
- Ospina, William. *Colombia, donde el verde es de todos los colores*. Milán: Mondadori, 2013.
- Pérez, Oscar Iván. “Taller de literatura y viaje, destino Guainía”. Curso La Amazonía 100 años después. Destino Guainía. Un viaje literario y físico. *Casa Tomada* (junio-diciembre 2024). *Podcast Paredro* T-9-E4. 17 de marzo de 2023. <https://bit.ly/3D4APZs>.

- Real Academia Española. *Diccionario de la lengua española*. Accedido 20 de octubre de 2024. <https://bit.ly/40TNpnW>.
- Resguardo Ticoya. “Plan de vida de los pueblos Tikuna, Kokama y Yagua de Ticoya”. Accedido 12 de diciembre de 2024. <https://bit.ly/4gugYRR>.
- Rivera, José Eustasio. *La vorágine*. Islas Baleares: Textos.info, 2022. <https://bit.ly/42BIHMR>.
- . *La vorágine*. Michoacán: Amazon, 2019.
- Sennett, Richard. *El artesano*. Barcelona: Anagrama, 2023.
- . *Juntos: rituales, placeres y política de cooperación*. Barcelona: Anagrama, 2012.
- Uribe, Diana. “100 años de *La vorágine*”. 8 de marzo de 2024. *Podcast Diana Uribe*. <https://bit.ly/4jA50Zi>.
- Vieco, Juan José, Lina Marcela Gallego y John Sebastián Parente. “‘Máquinas’ y desarrollo propio en el plan de vida del resguardo Ticoya Puerto Nariño, Amazonas”. *Revista Colombiana Amazónica* (UN), n.º 7 (2014). <https://bit.ly/4gxhWwp>.
- Vilardy, Sandra. “Sobre peces grandes y la necesidad de reimaginarnos la colaboración”. *El Espectador*. 13 de febrero de 2024. Accedido 20 de noviembre de 2024. <https://bit.ly/3EeDRuD>.

#### DECLARACIÓN DE CONFLICTO DE INTERESES

La autora declara no tener ningún conflicto de interés financiero, académico ni personal que pueda haber influido en la realización del estudio.



# Deber de reparación integral y femicidio en Ecuador: análisis de la respuesta estatal (2014-2021)

*Duty of Comprehensive Reparation and Femicide in  
Ecuador: Analysis of the State Response (2014-2021)*

**Marcella Da Fonte Carvalho**

*Docente, Universidad de las Américas*

Quito, Ecuador

marcella.dafonte@udla.edu.ec

<https://orcid.org/0000-0002-3424-8923>

**Viviane Monteiro**

*Docente, Universidad San Francisco de Quito*

Quito, Ecuador

vmonteiro@asig.com.ec

<https://orcid.org/0000-0003-0708-908X>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2025.44.8>

Fecha de recepción: 13 de enero de 2025

Fecha de revisión: 6 de febrero de 2025

Fecha de aceptación: 10 de marzo de 2025

Fecha de publicación: 1 de julio de 2025

Licencia Creative Commons



## RESUMEN

El deber de debida diligencia, como obligación del Estado en materia de derechos humanos, abarca las categorías clave de prevención, investigación, sanción y reparación. Entre ellas, la reparación tiene especial importancia como derecho fundamental de las víctimas de femicidio. Este artículo delimita conceptualmente la obligación internacional de debida diligencia y el deber de brindar reparación, categorizándolos como pilares críticos para garantizar el acceso a la justicia. El estudio tuvo como objetivo evaluar la efectividad de la reparación integral como respuesta del sistema de justicia ecuatoriano a las víctimas de femicidio, empleando un enfoque de género e interseccionalidad. Los hallazgos revelan que las investigaciones ineficaces dan lugar a numerosos procesos sin sentencias y a un reconocimiento limitado de la identidad de las víctimas indirectas. En los procesos con sentencias, la indemnización fue la modalidad predominante, y las otras formas de reparación fueron en gran medida desatendidas. El número de casos que exigen una reparación integral es excepcionalmente bajo, y las reparaciones variaron según la categorización de la víctima directa, lo que subraya las asimetrías sistémicas en el acceso a la justicia.

**PALABRAS CLAVE:** derechos humanos, debida diligencia, efectividad, deber de reparar, víctimas indirectas, Ecuador, acceso a la justicia, femicidio.

## ABSTRACT

The duty of due diligence, as a state obligation under human rights law, encompasses the key categories of prevention, investigation, punishment, and reparation. Among these, reparation holds particular significance as a fundamental right for femicide victims. This article delineates the international obligation of due diligence and the duty to provide reparation, framing them as critical pillars for ensuring access to justice. The study aimed to assess the effectiveness of comprehensive reparation within the Ecuadorian justice system's response to femicide victims, employing a gender and intersectionality approach. Findings reveal that ineffective investigations result in numerous cases without convictions and limited recognition of indirect victims. In cases where convictions were secured, compensation was the predominant remedy, with other forms of reparation largely neglected. The number of cases mandating comprehensive reparation is exceptionally low, and reparations varied based on the direct victim's categorization, underscoring systemic asymmetries in access to justice.

**KEYWORDS:** human rights, due diligence, effectiveness, duty to repair, indirect victims, Ecuador, access to justice, femicide.

— FORO —

## INTRODUCCIÓN

En Ecuador es un riesgo ser mujer. Las estadísticas demuestran que 6,5 de cada 10 mujeres sufrieron algún tipo de violencia de género durante su vida.<sup>1</sup> Cada 26 horas muere una mujer en el país por discriminación y solamente en 52 de los 452 procesos que inició la Fiscalía entre 2021 y 2023<sup>2</sup> por femicidios se obtuvo sentencia condenatoria. El 2022, según Fundación Aldea, fue un año mortal para las mujeres en Ecuador con un total de 332 femicidios, lo que representó un incremento de 274 % de muertes violentas de mujeres por discriminación desde 2014.<sup>3</sup>

Considerando esos datos, es urgente evaluar lo que ocurre en Ecuador y cómo el Estado responde a las víctimas directas e indirectas mediante reparación integral por las graves lesiones a sus derechos ocasionadas por femicidios. El deber de reparar, entendido como una obligación del Estado y como un derecho de las víctimas afectadas por las graves violaciones de derechos humanos, está contemplado en la Constitución de la República<sup>4</sup> (CRE), el Código Orgánico Integral Penal<sup>5</sup> (COIP), la Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres<sup>6</sup> (LOPEVCM) y, recientemente, la Ley Orgánica de Acompañamiento y Reparación Transformadora e Integral a Hijas, Hijos, Madres, Padres y demás Familiares de Víctimas de Femicidio y otras Muertes Violentas por Razones de Género<sup>7</sup> (LOAR), que estableció re-

- 
1. Instituto Nacional de Estadística y Censos (INEC), *Encuesta nacional sobre relaciones familiares y violencia de género contra las mujeres (ENVIGMU)*. (Quito: INEC, 2019).
  2. *El Universo*, 8 de marzo de 2023. Solo 52 de los 452 procesos que inició la Fiscalía de Ecuador por femicidios recibieron sentencia condenatoria entre enero de 2021 y enero de 2023, <https://bit.ly/4EtZHK>.
  3. Según el informe *Femicidios en Ecuador. Realidades ocultas, datos olvidados e invisibilizados*, de Fundación ALDEA, en 2014 se han registrado 212 femicidios (Quito: El Chasqui Ediciones, 2022), 19.
  4. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 86, num. 3.
  5. Ecuador, *Código Orgánico Integral Penal*, Registro Oficial 180, 10 de febrero 2014, art. 11, num. 2, y 3, ese artículo se refiere a la reparación como derecho de las víctimas y los arts. 77 y 78 conceptúan la reparación integral y establecen sus mecanismos.
  6. Ecuador, *Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres*, Registro Oficial 175, 5 de febrero de 2018, art. 9, num. 13.
  7. Ecuador, *Ley Orgánica de Acompañamiento y Reparación Transformadora e Integral a Hi-*

formas relevantes, entre otros instrumentos normativos nacionales, al COIP y a la LOPEVCM.<sup>8</sup>

En el ámbito internacional, la reparación integral está prevista en la Convención de Belém do Pará<sup>9</sup> y constituye una obligación para los estados que subscribieron dicho instrumento. Además, en la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH)<sup>10</sup> se resalta la importancia de reparar integralmente los daños ocasionados a las víctimas por graves violaciones a sus derechos, destacando la importancia de tomar como ejes reparatorios la restauración del agravio por medio de las esferas materiales e inmateriales. Por último, esta categoría de análisis, así como sus modalidades, son ampliamente desarrolladas en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) mediante las sentencias de Fondo, Reparaciones y Costas, que serán especificadas en párrafos posteriores.

En esa línea, este artículo analizará la efectividad del cumplimiento del deber de reparación integral del Estado en casos de femicidios ocurridos en Ecuador, con el objetivo de mensurar la eficacia de la respuesta estatal frente a las víctimas de femicidio. Al efecto, se presentará brevemente la metodología utilizada, el marco conceptual referente al deber de reparación integral del Estado como parte del deber de debida diligencia, examinando sus elementos centrales y modalidades de acuerdo con la jurisprudencia del Sistema IDH; y se describirán los resultados de la investigación, mediante la discusión de los principales hallazgos con base en los estándares internacionales previamente expuestos.

La pertinencia y novedad de la temática propuesta se justifican debido a que recientemente en Ecuador entró en vigor la LOAR.<sup>11</sup> Para la aplicación de este nuevo matiz legal, los operadores de justicia necesitan luces que los guíen

---

*jas, Hijos, Madres, Padres y demás Familiares de Víctimas de Femicidio y otras Muertes Violentas por Razones de Género*, Registro Oficial 588, 27 de junio de 2024.

8. Ibid. La LOAR insertó reformas al art. 77.1, y al art. 78.1, además de otras normas procesales del COIP, y reformó los arts. 11, num. 2 y 3, 77, 78 y 78.1, además del art.4 num. 11, literal a y art. 36, entre el articulado de la LOPEVCM.
9. OEA, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, 9 de junio de 1994, art. 7, g.
10. OEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 11 de febrero de 1978, art. 63.1.
11. Ecuador, *Ley Orgánica de Acompañamiento y Reparación Transformadora e Integral a Hijas, Hijos, Madres, Padres y demás Familiares de Víctimas de Femicidio y otras Muertes Violentas por Razones de Género*.

hacia la aplicación de la reparación integral a las víctimas de femicidio de forma más coherente y razonable. En este proceso se deben observar las distintas realidades de las víctimas, sus proyectos de vida y la vocación transformadora que deben ser considerados en los mecanismos de reparación integral concretamente aplicados.

## METODOLOGÍA

Esta investigación es exploratoria. Se realizó el análisis y procesamiento de datos con base en las categorías del tipo penal de femicidio según los arts. 141 y 142 del COIP, complementadas con lo dispuesto en el Protocolo de ONU Mujeres<sup>12</sup> y el Protocolo Nacional para Investigar Femicidios y otras Muertes Violentas de Mujeres y Niñas, Fiscalía General del Estado;<sup>13</sup> además de los estándares sentados por la jurisprudencia de la Corte IDH sobre el deber de reparación, los cuales serán desarrollados en el siguiente acápite. Por consiguiente, con base en estos documentos e investigaciones recientes, que apuntan a un deficiente manejo de la tipificación del femicidio en el país, se consideraron las muertes violentas de mujeres ocurridas en el período de forma amplia, y no solamente aquellas tipificadas como femicidio.<sup>14</sup>

En este marco se analizaron los datos oficiales del femicidio en Ecuador como estrategia de estadística descriptiva.<sup>15</sup> Se consideró como muestra el total de muertes violentas de mujeres en el período de 2014 a 2021 registradas en la base de datos del Consejo de la Judicatura. Luego, se buscaron marcadores de aplicación de reparación integral en los delitos contra la vida de mujeres, tomando en cuenta las siguientes variables:

- 
12. ONU Mujeres, *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género* (Quito: FGE/ONU Mujeres, 2013).
  13. Ecuador Fiscalía General del Estado, *Protocolo Nacional para Investigar Femicidios y otras Muertes Violentas de Mujeres y Niñas* (Quito: FGE/ONU Mujeres, 2021).
  14. Viviane Monteiro y Kruskaya Hidalgo, “Epidemiología del femicidio y muertes violentas de mujeres en Ecuador: acercamiento al diagnóstico para una efectiva política criminal preventiva”, en *El femicidio en Ecuador: un estudio interdisciplinario*, coord. Roxana Arroyo (Quito: Instituto de Altos Estudios Nacionales —IAEN—, 2022). ALDEA, informe *Femicidios en Ecuador: Realidades ocultas, datos olvidados e invisibilizados*, accedido 13 de octubre de 2024, <https://bit.ly/3PioALz>.
  15. Greet Peersman, *Sinopsis: métodos de recolección y análisis de datos en la evaluación de impacto* (Floresncia: RMIT University/International Initiative for Impact Evaluation/Better Evaluation/UNICEF, 2014), <https://tinyurl.com/k7rdmcyx>.

1. Identificación del número de procesos con sentencia.
2. Identificación de información sobre las víctimas indirectas, como beneficiarias de la reparación.
3. Identificación de los datos sobre las víctimas directas desde un enfoque interseccional basado en las categorías utilizadas en la base de datos (mestizas o blancas, indígenas, montuvias, afrodescendientes, con discapacidad, LGBTIQ+, extranjeras, niñas y adolescentes, trabajadoras sexuales y de la zona rural), para analizar la existencia o no de una relación con la disposición de alguno de los mecanismos de reparación y con el acceso a reparación integral de la siguiente forma:
  - i. Sentencias con por lo menos un mecanismo de reparación y cruce con categorías de víctimas.
  - ii. Sentencias con la utilización de por lo menos dos mecanismos de reparación y cruce con categorías de víctimas.
  - iii. Sentencias que hayan dispuesto las cinco modalidades previstas de reparación (reparación integral) y cruce con categorías de víctimas.

## **DEBER DE DEBIDA DILIGENCIA Y OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE REPARAR A LAS VÍCTIMAS DE VIOLENCIA DE GÉNERO**

El deber de debida diligencia es una de las obligaciones internacionales asumidas por el Estado ecuatoriano en el marco de la Convención de Belém do Pará.<sup>16</sup> Esta imposición estatal como consecuencia de la vulneración de derechos resultantes del delito de femicidio es ampliamente analizada en la jurisprudencia de la Corte IDH en los casos *González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*,<sup>17</sup>

- 
16. OEA, Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”, art. 7, b.
  17. Corte IDH, “Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*, 16 de noviembre de 2009, párrs. 114-74, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf).

*Véliz Franco vs. Guatemala*,<sup>18</sup> *Guzmán Albarracín vs. Ecuador*<sup>19</sup> y *Barbosa de Souza vs. Brasil*,<sup>20</sup> entre otros.

En los casos extremos de violencia de género que ocasionan la muerte o frente a la tentativa de quitar la vida a las víctimas directas, la Corte IDH insta a los estados a considerar como parámetro de reparación el concepto novedoso de “vocación transformadora por el hecho soportado”, lo que implica reconocer que la discriminación estructural detonante de lo ocurrido no puede solamente producir efectos restaurativos para la víctima, sino también agregar efectos correctivos que guarden relación directa con las vulneraciones de derechos reconocidos por el Estado.<sup>21</sup> Este modelo de reparación busca acarrear transformadores sociales reales donde persistan patrones discriminatorios estructurales,<sup>22</sup> ampliando la comprensión y la aplicación de la reparación a la víctima directa para alcanzar a las víctimas indirectas y sobrevivientes de forma integral, además de buscar intervenir en toda la sociedad.

En este contexto, se amplía el impacto de la reparación al entorno discriminatorio, buscando intervenir sobre él para reducir las discriminaciones históricamente sufridas por las mujeres y los estereotipos que las fundamentan, evidenciando que “las reparaciones deben tener una vocación transformadora de dicha situación, de tal forma que las mismas tengan un efecto no solo restitutivo, sino también correctivo”.<sup>23</sup> Al efecto, es necesaria la articulación de los distintos mecanismos de reparación, toda vez que la Corte IDH afirma que “no es admisible una restitución a la misma situación estructural de violencia y discriminación”.<sup>24</sup>

---

18. Corte IDH, “Sentencia de 19 de mayo de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Véliz Franco y otros vs. Guatemala*, 19 de mayo de 2014, párrs. 133-58, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serieec\\_277\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serieec_277_esp.pdf).

19. Corte IDH, “Sentencia de 24 de junio de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Guzmán Albarracín y otras vs. Ecuador*, 24 de junio de 2020, párrs. 153-70, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serieec\\_405\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serieec_405_esp.pdf).

20. Corte IDH, “Sentencia de 7 de septiembre de 2021 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Barbosa de Souza y otros vs. Brasil*, 7 de septiembre de 2021, párrs. 155-62, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serieec\\_435\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/serieec_435_esp.pdf).

21. Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, n.º 3: *Medidas de reparación*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021, accedido 3 de septiembre de 2024, 11, <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo32.pdf>.

22. Ibid.

23. Ibid.

24. Ibid.

Esta “vocación transformadora” de la reparación integral, reconocida por la Corte IDH por primera vez en 2009 en la Sentencia del Caso Campo Algodonero; y, por lo tanto, exigible para los estados desde entonces, fue plasmada en la normativa nacional ecuatoriana en junio de 2024, a través de la LOAR.<sup>25</sup>

Asimismo, es importante recalcar que parte de los criterios emitidos por la Corte IDH y el Sistema IDH sobre el deber de debida diligencia, referente a la reparación integral, son tomados por la Corte Constitucional del Ecuador en algunas de sus Sentencias,<sup>26</sup> así como en la normativa interna referida; además del Protocolo Nacional para investigar femicidio y otras muertes violentas de mujeres y niñas de la Fiscalía General del Estado,<sup>27</sup> y del Manual sobre perspectiva de género en las actuaciones y diligencias judiciales publicado recientemente por la Corte Nacional de Justicia del Ecuador.<sup>28</sup>

Así, una vez entendida y definida la debida diligencia como una obligación estatal impuesta por instrumentos normativos y jurisprudencia nacional e internacional, es fundamental determinar las aristas que delimitan el alcance de esta obligación. En tal sentido, las categorías analíticas que se desprenden de este deber son: la prevención, investigación, sanción y reparación.<sup>29</sup> Esta última será analizada prioritariamente en este artículo.

Como una arista de la debida diligencia, la reparación integral constituye un deber y a la vez un derecho de las víctimas de tipos penales catalogados como

- 
25. Ecuador, *Ley Orgánica de Acompañamiento y Reparación Transformadora e Integral a Hijas, Hijos, Madres, Padres y demás Familiares de Víctimas de Femicidio y otras Muertes Violentas por Razones de Género*.
  26. Ecuador Corte Constitucional de Ecuador, *Sentencia n.º 73-21-IS/22*, 11 de mayo de 2022, 43-6, <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencia-73-21-is-22>; *Sentencia n.º 18-16-IS/22*, 21 de septiembre de 2022, 57-9, <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencia-18-16-is-22>; *Sentencia n.º 65-19-IS/23*, 21 de junio de 2023, 17-42, [https://es-acc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10\\_DWL\\_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pd-GUnLCB1dWlkOicxNmExMTBhMy01YjVklTQ5MjgtOGYzOS01MmFhMTEwYmI0Z-GEucGRmJ30=](https://es-acc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pd-GUnLCB1dWlkOicxNmExMTBhMy01YjVklTQ5MjgtOGYzOS01MmFhMTEwYmI0Z-GEucGRmJ30=).
  27. Ecuador Fiscalía General del Estado, *Protocolo Nacional para Investigar Femicidios y otras Muertes Violentas de Mujeres y Niñas*, 65-6, <https://www.fiscalia.gob.ec/wp-content/uploads/2021/11/Protocolo-Nacional.pdf>.
  28. Ecuador Corte Nacional de Justicia, *Manual Perspectiva de género en las actuaciones y diligencias judiciales*, julio de 2023, 89, [https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion\\_CNJ/Manuales-Protocolos/Genero.pdf](https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion_CNJ/Manuales-Protocolos/Genero.pdf).
  29. Alejandra Cárdenas y Marcella Da Fonte, *Mujeres: constantes víctimas. Estudios de casos y de violencia de género en Nayón y Tumbaco (2017-2019)* (Quito: UDLA, 2022), 28, <https://www.udlaediciones.com.ec/wp-content/uploads/2022/12/Mujeres-constantes-victimas.pdf>.

violencia de género contra las mujeres y graves violaciones a sus derechos humanos, y, como tal, debe ser entendida como una obligación internacional y nacional asumida por el Estado.

Asimismo, la reparación integral plantea la idea de un mecanismo de compensación a las víctimas, lo que presupone una serie de medidas de carácter material e inmaterial que se concretizan mediante la restitución, siempre que sea posible, por los daños como consecuencia de una infracción perpetrada por el Estado, sus instituciones o agentes públicos.

En ese marco, el estándar de reparación prevé algunos criterios imprescindibles para su aplicación al caso concreto: base normativa interna e instrumentos internacionales; doble dimensión (derecho de las víctimas [directas e indirectas] y obligación del Estado); existencia de daños materiales e inmateriales; utilización de medidas de reparación integral (no excluyentes) y por último, un nexo causal entre los hechos del caso, violaciones alegadas de derechos humanos, daños comprobados y medidas solicitadas.<sup>30</sup>

Los mecanismos de reparación impuestos al caso concreto deben guardar siempre una estrecha relación con los hechos presentados en la demanda y, para tal fin, es necesario que estos mecanismos sean conocidos y su alcance presentado y discutido en los argumentos de hecho y de derecho de la respectiva petición. Resulta importante definir e identificar las medidas de reparación integral. La Corte IDH en su vasta jurisprudencia, iniciada en 1988 con el Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras,<sup>31</sup> ha establecido varios mecanismos no excluyentes:

1. Restitución: busca restablecer a la víctima, siempre que sea posible, la vida que tenía antes del evento traumático desencadenado por una infracción penal que vulnera sus derechos humanos.<sup>32</sup> Tal medida sirve para dejar sin efecto procesos o sentencias que vulneren derechos, restablecer libertades, restituir bienes y valores retenidos indebidamente,

---

30. Jorge Calderón, *La evolución de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos* (Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2013), 155-60, <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf>.

31. Corte IDH, “Sentencia de 29 de julio de 1988 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*, 29 de julio de 1988, párrs. 189-92, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf).

32. Glenda Torres y Carmen Abrahan, “Reparación integral: principios aplicables y modalidades de reparación”. *Ius Humani. Revista de Derecho* 9, n.º 1 (2020): 251-68, <https://doi.org/10.31207/ih.v9i1.209>.

reincorporar a las víctimas a sus labores, cargos, o funciones, adoptar medidas para eliminar antecedentes penales, entre otras. Este mecanismo de reparación integral fue utilizado en algunas sentencias de la Corte IDH: Tribunal Constitucional vs. Perú<sup>33</sup> y Grijalva Bueno vs. Ecuador.<sup>34</sup>

2. Rehabilitación: busca revertir los daños ocasionados a las víctimas directas e indirectas, para que logren recomponer sus vidas después de los traumas, trastornos o enfermedades decurrentes de la infracción penal.<sup>35</sup> La rehabilitación puede proporcionarse mediante asistencia o tratamiento médico, psicológico o psiquiátrico, por los daños causados a la salud física y mental de las víctimas. Este tipo de medida puede ser identificada en el desarrollo de algunos casos de la Corte IDH, a ejemplo de Barrios Altos vs. Perú,<sup>36</sup> y Vera Rojas y otros vs. Chile.<sup>37</sup>
3. Compensaciones: busca compensar a las víctimas por los perjuicios o daños materiales (pérdidas u obstaculización de ingresos de las víctimas) e inmateriales (todo tipo de sufrimiento o aflicción causados a las víctimas) ocasionados por la infracción penal por medio del *restitutio in integrum* o restitución integral como indemnizaciones o compensaciones económicas, que deben incluir daños emergentes, lucros cesantes, o pérdida de ingresos económicos, daños materiales y medidas de compensación —asignación de tierras, entre otros. Para establecer estas medidas debe considerarse el impacto de la vulneración del derecho al proyecto de vida de las víctimas.<sup>38</sup> Estas medidas abundan en la jurisprudencia.

---

33. Corte IDH, “Sentencia de 31 de enero de 2001 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*, 31 de enero de 2001, párrs. 189-92, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_71\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf).

34. Corte IDH, “Sentencia de 3 de junio de 2001 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Grijalva Bueno vs. Ecuador*, 3 de junio de 2001, párrs. 44-9, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_426\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_426_esp.pdf).

35. Torres y Abrahan, “Reparación integral: principios aplicables y modalidades de reparación”, 264.

36. Corte IDH, “Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Barrios Altos vs. Perú*, 14 de marzo de 2001, párrs. 50-1, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_426\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_426_esp.pdf).

37. Corte IDH, “Sentencia de 1 de octubre de 2021 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Vera Rojas y otros vs. Chile*, 1 de octubre de 2021, párrs. 58-64, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_439\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_439_esp.pdf).

38. Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, n.º 3: *Medidas de reparación*, 46-7.

dencia de la Corte IDH: Loayza Tamayo vs. Perú,<sup>39</sup> Penal Miguel Castro Castro vs. Perú,<sup>40</sup> Caso Tibi vs. Ecuador,<sup>41</sup> Caso Fernández Ortega y otros vs. México,<sup>42</sup> entre otros.

4. Medidas de satisfacción: buscan reintegrar la dignidad humana de las víctimas, reorientando su vida o memoria, entre otros, a través de la publicación de las sentencias, los actos de reconocimiento de responsabilidad (disculpas públicas); actos de preservación de memoria, realización o producción de audios conmemorativos en homenaje a la vida e historia de las víctimas, establecimiento de becas o fondos que nombren a las víctimas, utilización del nombre de las víctimas para calles, plazas o centros educativos.<sup>43</sup> Esta modalidad de reparación puede ser encontrada en los casos: González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México,<sup>44</sup> Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México,<sup>45</sup> Manuela y otros vs. El Salvador,<sup>46</sup> entre otros.
5. Garantías de no repetición: tienen por objetivo identificar los nudos críticos que generan las graves violaciones de derechos humanos para evi-

- 
39. Corte IDH, “Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*, 17 de septiembre de 1997, párrs. 83-5, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_33\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf).
  40. Corte IDH, “Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso del Penal Miguel Castro Castro vs. Perú*, 25 de noviembre de 2006, párrs. 418-54, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_160\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf).
  41. Corte IDH, “Sentencia de 7 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso Tibi vs. Ecuador*, 7 de septiembre de 2004, párrs. 85-95, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf).
  42. Corte IDH, “Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Fernández Ortega y otros vs. México*, 30 de agosto de 2010, párrs. 220-93, [https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_224\\_esp.pdf](https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_224_esp.pdf).
  43. Corte IDH, *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, n.º 3: *Medidas de reparación*, 104-17.
  44. Corte IDH, “Sentencia de 16 de noviembre de 2009”, párrs. 465-73.
  45. Corte IDH, “Sentencia de 28 de noviembre de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México*, 28 de noviembre de 2018, párrs. 125-7, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_371\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf).
  46. Corte IDH, “Sentencia de 2 de noviembre de 2021 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”, *Manuela y otros vs. El Salvador*, 2 de noviembre de 2021, párrs. 271-9, [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_441\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_441_esp.pdf).

tar que se repitan. Trascienden la esfera individual de las víctimas<sup>47</sup> y, como ejemplo, se tienen las adecuaciones de legislaciones internas, el control de convencionalidad, la capacitación de agentes o funcionarios públicos, la implementación de mecanismos institucionales de protección y monitoreo, las transformaciones de situaciones de discriminación estructural, entre otras.<sup>48</sup> Ese mecanismo fue utilizado en los casos: González y otras vs. México,<sup>49</sup> Manuela y otros vs. El Salvador,<sup>50</sup> Barbosa de Souza y otros vs. Brasil,<sup>51</sup> Mujeres Víctimas de Tortura Sexual en Atenco vs. México.<sup>52</sup>

Al conceptualizar y analizar la reparación integral y sus mecanismos es importante reconocer este deber como un eje central para garantizar el acceso a la justicia para las mujeres víctimas de violencia de género. Dicho acceso, considerado como derecho humano fundamental, está previsto en la CADH<sup>53</sup> y en la Constitución del Ecuador.<sup>54</sup> No obstante, para que esta garantía materialice el principio de igualdad y no discriminación, es necesario activar mecanismos que equilibren los derechos y aseguren un acceso efectivo y equitativo a la justicia, en condiciones de igualdad real, para todas las mujeres víctimas de femicidio.

Acceder a la justicia de forma amplia y sin cualquier obstáculo estructural o físico es un derecho fundamental y constituye una obligación para el Estado, que debe generar condiciones jurídicas, físicas y materiales óptimas y adecuadas para concretar ese derecho, adoptando acciones positivas y mecanismos destinados a remover posibles obstáculos estructurales o trabas culturales y materiales, que impidan satisfacer su dimensión práctica, es decir, el ejercicio efectivo de los derechos humanos de las mujeres a una vida libre de violencia.<sup>55</sup>

---

47. Torres y Abrahan, “Reparación integral: principios aplicables y modalidades de reparación”, 265-6.

48. Calderón, *La evolución de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, 64-9.

49. Corte IDH, “Sentencia de 16 de noviembre de 2009”, párrs. 474-543.

50. Corte IDH, “Sentencia de 2 de noviembre de 2021”, párrs. 282-99.

51. Corte IDH, “Sentencia de 7 de septiembre de 2021”, párrs. 183-205.

52. Corte IDH, “Sentencia de 28 de noviembre de 2018”, párrs. 352-60.

53. OEA, Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), 11 de febrero de 1978, art. 63.1.

54. Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 86, num. 3.

55. Haydée Birgin y Beatriz Kohen, comps., *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas* (Buenos Aires: Biblos, 2006), 235.

El acceso a la justicia, entendido como una garantía, constituye una obligación para todos los poderes del Estado, sus instituciones y agentes, destinada a viabilizar el cumplimiento de los contenidos que comprenden dicha garantía. Estos se encuentran en las aristas del deber de debida diligencia, destacando la reparación integral y sus mecanismos para las víctimas de violaciones a los derechos humanos, como el derecho a una vida libre de violencia en todas sus expresiones.<sup>56</sup>

El objetivo de reconocer e identificar los contenidos del derecho de acceso a la justicia, incluyendo el deber de diligencia y las medidas de reparación integral, es promover su implementación efectiva en el sistema de justicia. Así, se procura generar una cultura jurídica libre de desigualdades, discriminación u obstáculos reales que impidan el ejercicio pleno de ese derecho para todas las mujeres víctimas de violencia de género.<sup>57</sup>

Por fin, es importante reforzar que la reparación integral, como un eje de la garantía de acceso a la justicia, constituye no solo un derecho de las víctimas de violencia de género afectadas por vulneraciones causadas por el Estado o sus agentes, sino también una obligación internacional con miras a compensar de manera integral a las víctimas del femicidio, así como por las graves vulneraciones a los derechos humanos de las mujeres, entre ellos el derecho a una vida libre de violencia, ocasionadas mediante esta práctica atroz, como máximo exponente de violencia de género contra las mujeres, adolescentes y niñas.

## RESULTADOS Y DISCUSIÓN

Una vez comprendido el contenido de la obligación del estado de reparación integral, como parte imprescindible del deber de debida diligencia reforzada en materia de violencia contra las mujeres, se analizan los datos del Consejo de la Judicatura sobre muertes violentas de mujeres ocurridas en Ecuador entre 2014 y 2021, para apreciar la realidad del acceso a la justicia de las víctimas en el país. En el período de estudio, se identificaron en total 1301 casos de delitos contra la vida de mujeres. Se analizaron todos los casos para acercarse a la realidad del acceso a la justicia de las víctimas directas e indirectas y al cumpli-

---

56. Marcella Da Fonte, *El bien jurídico penal y la protección de los derechos humanos de las mujeres* (Quito: CEP, 2022), 239-42.

57. Birgin y Kohen, comps., *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*, 19-22.

miento del deber de reparar del Estado, con base en las variables identificadas en el acápite metodológico.

## CASOS CON SENTENCIA Y DATOS DE IDENTIFICACIÓN DE VÍCTIMAS INDIRECTAS

El análisis inicial se centró en identificar el número de procesos con sentencia condenatoria. Se observó que solo en el 37 % de los casos a nivel nacional se logró identificar al victimario. Además, durante el período analizado, hubo 113 casos con victimarios prófugos, de los cuales en 63 no se emitió dictamen o se presentó un dictamen de abstención. Al combinar los casos sin información sobre el victimario con aquellos en los que este permanece prófugo, se concluye que, en promedio, el 50 % de las investigaciones<sup>58</sup> no cumplen con el deber de reparación.

Cuando esta información se desglosa por los grupos de víctimas antes señalados, se encuentra que, en el caso de delitos cometidos contra personas identificadas como LGBTIQ+, el 75 % de ellos no tuvo identificación del victimario, seguidos por los casos en que las víctimas fueron reconocidas como mujeres montuvias (45 %), afrodescendientes (38 %), extranjeras (36 %) y trabajadoras sexuales (32 %). (Véase figura 1)

De manera complementaria, se ha observado el registro de las víctimas indirectas o secundarias del delito, ya que, por tratarse de delito contra la vida, estas son las titulares del derecho de reparación integral. Sobre este particular, en 720 del total de 1301 casos se registra que la víctima tenía hijos (55 % del total de casos). Sin embargo, en 391 de estos casos no se los identifica.<sup>59</sup> En consecuencia, no es posible conocer quiénes fueron las víctimas indirectas del delito, a las cuales se tendría que brindar reparación por parte del Estado.

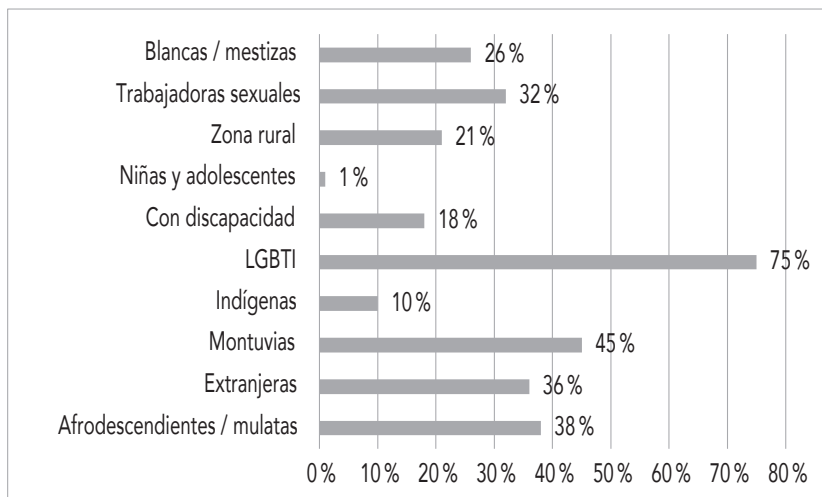
La identificación del número de procesos con sentencia y la información sobre las víctimas indirectas, beneficiarias por excelencia de la reparación integral en delitos contra la vida, es de extrema relevancia, toda vez que son elementos previos, sin los cuales es imposible que exista reparación integral. Adicionalmente, no se puede obviar que los deberes de investigación y de sanción son

---

58. Viviane Monteiro y Marcella Da Fonte, “Deber de investigación y femicidio en Ecuador: Respuesta estatal a las víctimas (2014-2021)”, *Andares: Revista de Derechos Humanos y de la Naturaleza*, n.º 6 (2024): 25.

59. *Ibíd.*

Figura 1. Delitos sin identificación del victimario, por tipo de víctima



Elaboración propia.

también obligaciones internacionales del Estado, especialmente distinguidas; sin las cuales se inviabiliza la posibilidad de que las víctimas “puedan acceder a derechos como la reparación integral y el bono correspondiente para los niños huérfanos por femicidio”.<sup>60</sup>

El análisis revela una marcada escasez de información en las investigaciones oficiales de los delitos analizados, lo que resultó en que el 50 % de los casos quedaran sin sentencia debido a victimarios no identificados, información insuficiente o condición de prófugos. Además, en muchos casos no se identificaron a las víctimas indirectas, lo que evidencia un grave desfase en el acceso a la justicia, dejando a las víctimas y sobrevivientes sin posibilidad alguna de reparación integral.

Este déficit en el acceso a la justicia no afecta a todas las víctimas por igual, sino que se concentra desproporcionadamente en mujeres pertenecientes a grupos LGBTIQ+, montuvias, afrodescendientes, extranjeras y trabajadoras sexuales, reflejando profundas inequidades estructurales.

60. Ibid., 30.

## APLICACIÓN DE LAS MEDIDAS DE REPARACIÓN

A partir de este primer análisis se identificó que, del universo de 1301 casos, en el período de estudio existió un total de 579 sentencias, entre las cuales 531 fueron condenatorias y 48 fueron ratificatorias de inocencia. De esta forma, se tomará como universo de análisis de aplicación de la reparación integral únicamente las 531 sentencias condenatorias identificadas previamente.

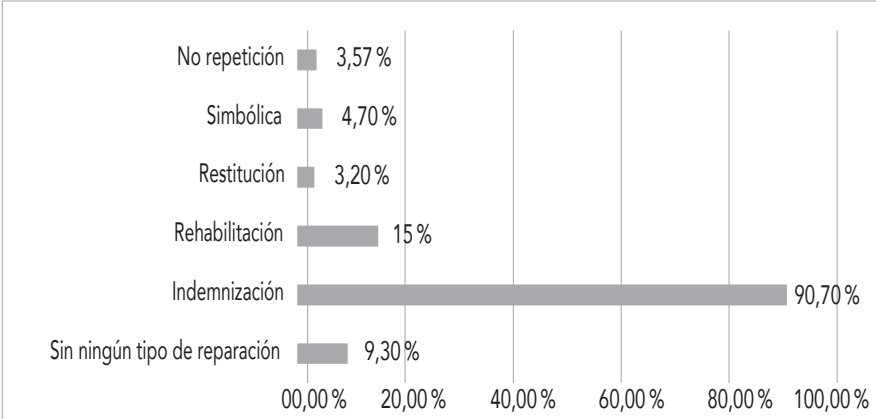
Con este punto de partida, se destaca que en 482 de esas sentencias se dispuso por lo menos un mecanismo de reparación: la indemnización. Esto implica que en el 90,7% de las sentencias se ha dispuesto la indemnización de la víctima, al paso que en el 9,3% de los casos no se ha aplicado ningún tipo de reparación.

Esta incidencia mengua bastante cuando se observa la aplicación de las demás modalidades de reparación. Así, en 80 casos (15%) se aplicó la rehabilitación, en 25 casos (4,7%) la reparación simbólica, en 19 casos (3,57%) las garantías de no repetición y en 17 casos (3,2%) la restitución. La brecha entre el número de casos en que se dispone la indemnización, la modalidad más utilizada, y la rehabilitación, que es la segunda, es de 402 casos. (Véase figura 2)

Adicionalmente, cuando se desglosa esta información por categorías de víctimas analizadas, se evidencia que la brecha entre el total de sentencias condenatorias y el número de casos en que se dispone solamente la indemnización tampoco es equitativa. En líneas generales, se constataron niveles elevados de aplicación de indemnización, el promedio nacional referido anteriormente alcanza el 90%. Corresponde resaltar que en el 100% de los casos de muerte de víctimas extranjeras, LGBTIQ+ y trabajadoras sexuales se aplicó exclusivamente la indemnización. De otra parte, llama la atención que la categoría con mayor desfase de disposición de indemnizaciones es la de las mujeres montuvias, ya que solo en el 60% de los casos hubo indemnización, hecho que implica que el restante 40% de los casos quedó sin cualquier medida de reparación. (Véase figura 3)

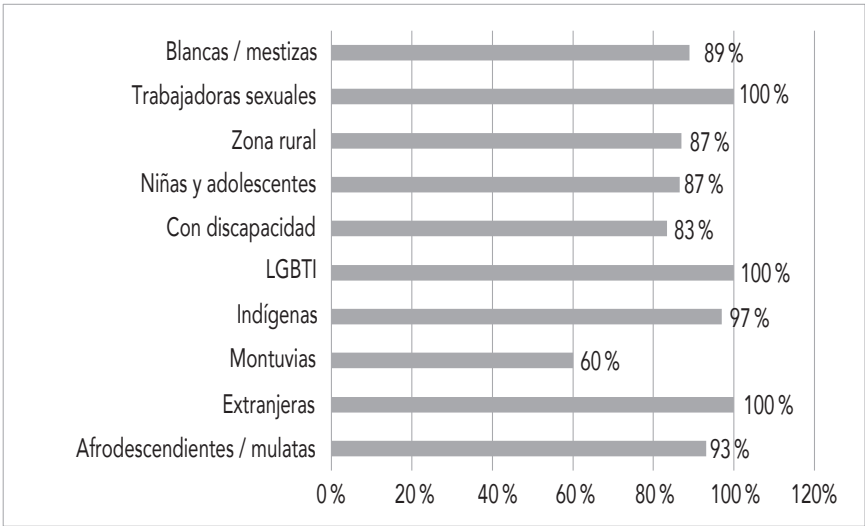
Posteriormente, se toma en cuenta la utilización de diversos métodos de reparación combinados como indicador de la aproximación del acceso a la justicia de las víctimas a la reparación integral, con la determinación de la existencia de por lo menos más de una modalidad de reparación. En este nuevo análisis se encuentra que, cuando las víctimas directas fueron identificadas como mujeres montuvias, LGBTIQ+, con discapacidad y trabajadoras sexuales, no

Figura 2. Porcentaje de casos por tipo de reparación



Elaboración propia.

Figura 3. Porcentaje de casos con sentencia que disponen indemnización, por tipo de víctima



Elaboración propia.

se dispuso ninguna otra forma de reparación a las víctimas indirectas que la indemnización.

Finalmente, se amplía la mirada para los casos en que fueron aplicados los estándares de reparación integral, vale decir, se identificó en qué casos se aplicaron concurrentemente las cinco modalidades de reparación previstas. Se encontró que, entre 2014 y 2021 y a nivel nacional, los casos en que se aplicaron concomitantemente las cinco modalidades de reparación integral fueron cuatro en total. Es decir que la sentencia dispuso la reparación integral para las víctimas indirectas en el 0,83 % del total de 482 casos con sentencia condenatoria; o, en el 0,31 % del total de 1301 delitos contra la vida de mujeres cometidos en el período.

En tres de esos cuatro casos (75 %), la víctima de femicidio cuyos familiares tuvieron derecho a la reparación integral fue identificada como blanca o mestiza. No se registra la existencia de reparación integral en todos los casos en que la víctima directa fue identificada como trabajadora sexual, montuvia, indígena, con discapacidad, niña o adolescente, o LGBTIQ+.

Del análisis sobre la aplicación de las medidas de reparación integral en el período se observa que la manifiesta ineficiencia de la investigación implicó que la mitad de los casos no tuvieran sentencia ni reparación integral. A su vez, considerando el número de casos con sentencias condenatorias, se evidenció la aplicación de indemnización al 90,7 % de las víctimas. Sin embargo, en concordancia con estudio previo de Álvarez, Espín y Corella, cuando se observa la aplicación de las demás modalidades, puede identificarse la limitación del modelo reparatorio basado exclusivamente en la compensación económica que, en conjunto con la pena de multa, recae exclusivamente sobre la persona que cometió el delito. De otra parte, las modalidades que son de perfil colectivo y buscan la prevención del delito, son obviadas.<sup>61</sup> Asimismo, la escasa implementación de reparaciones simbólicas (4,7 %) y garantías de no repetición (3,57 %) subraya la falta de un enfoque transformador y restaurador que aborde las causas estructurales de la violencia de género, dejando sin atender la dimensión inmaterial de la reparación integral.

Asimismo, llama la atención la inequidad en el acceso a la justicia para las víctimas de femicidio que, lamentablemente, indica no solamente que la repa-

---

61. Carla Álvarez Velasco, Johanna Espín y Silvia Corella, “¿Qué repara la reparación integral? Femicidio y orfandad en Ecuador”, *Revista Ius et Praxis*, año 29, n.º 2 (2023): 126-44.

ración no es aplicada de forma integral, plena y reparadora, sino que, además, reproduce los sesgos estructurales y la discriminación histórica que está destinada a corregir. Al revictimizar y negar el acceso a la reparación integral de los familiares de las víctimas que fueron identificadas como montuvias, LGB-TIQ+, niñas y adolescentes, indígenas, trabajadoras sexuales, se perpetúa la exclusión de los grupos históricamente discriminados.

## CONCLUSIONES

La reparación cobra relevancia entre las obligaciones del Estado dentro del deber de debida diligencia, toda vez que se trata de un elemento central para el acceso a la justicia y la tutela judicial efectiva para las víctimas. Del acceso a la reparación integral dependen la cesación de los efectos del delito, la corrección y la transformación de la situación de las víctimas indirectas (en el caso de delitos contra la vida como el femicidio), y de la discriminación estructural e histórica en la cual se enmarca el contexto del delito. Para atender dichas finalidades, el marco jurídico internacional y nacional dispone de distintas medidas de reparación, que este apartado contrasta con los hallazgos identificados en los resultados, a partir de las variables presentadas en el apartado metodológico.

Este artículo se acercó desde un enfoque de género e intersectorial a los datos sobre la reparación integral para las víctimas directas e indirectas del femicidio en el Ecuador, partiendo del marco internacional de las obligaciones asumidas libremente por el Estado. En esta investigación no se evaluó el monto dispuesto en las indemnizaciones, el contenido de las demás modalidades de reparación y el seguimiento del cumplimiento de las reparaciones dispuestas en sentencia, que pueden involucrar en su ejecución distintos actores públicos y privados. Aspectos que podrán ser explorados en trabajos posteriores.

Del análisis realizado se resalta que la ineficacia en las investigaciones refleja incumplimientos significativos en el deber estatal de debida diligencia, afectando directamente el acceso de las víctimas indirectas a mecanismos reparadores. La falta de resolución en la mayoría de los casos contribuye a perpetuar la impunidad, y a debilitar la legitimidad del sistema de justicia para garantizar derechos fundamentales.

Sobre los casos en que fue aplicado algún mecanismo de reparación, la inobservancia manifiesta de los estándares internacionales demuestra limitaciones al momento de internalizar y operativizar dichos estándares en el país. Al contrario, se ha visibilizado la aplicación inequitativa de los mecanismos de

reparación, hecho que demuestra la reproducción de los sesgos discriminatorios, lo que inviabiliza la reparación integral y profundiza las desigualdades.

De esta forma, se identifica la persistencia de un sistema judicial excluyente y carente de un enfoque de género e interseccional, toda vez que los datos revelan que las mujeres de comunidades históricamente excluidas, como las afrodescendientes, indígenas, montuvias y con discapacidades, enfrentan mayores barreras para acceder a la justicia. Este patrón indica que el sistema judicial no solo falla en proveer reparación integral, sino que reproduce las dinámicas de violencia y exclusión estructural que afectan a estos grupos.

Finalmente, se tiene que afirmar que el deber de reparación integral, concebido como una obligación estatal y un derecho humano, está lejos de ser una realidad en Ecuador. El incumplimiento del deber de debida diligencia, combinado con la ausencia de un enfoque transformador, limita gravemente el acceso a la justicia para las víctimas de femicidio y sus familiares. Es necesario que se genere un cambio estructural que permita al sistema judicial ecuatoriano alinearse con sus obligaciones internacionales, ofreciendo un acceso a la justicia pleno y equitativo para las víctimas de violencia de género.

## BIBLIOGRAFÍA

- Álvarez Velasco, Carla, Johanna Espín y Silvia Corella. “¿Qué repara la reparación integral? Femicidio y orfandad en Ecuador”. *Revista Ius et Praxis*, año 29, n.º 2 (2023): 126-44.
- Birgin, Haydée, y Beatriz Kohen, comps. *Acceso a la justicia como garantía de igualdad. Instituciones, actores y experiencias comparadas*. Buenos Aires: Biblos, 2006.
- Calderón, Jorge. *La evolución de la reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Ciudad de México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2013. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf>.
- . *La reparación integral en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos: estándares aplicables al nuevo paradigma mexicano*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas/Suprema Corte de Justicia de la Nación/Fundación Konrad Adenauer, 2013. <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33008.pdf>.
- Cárdenas, Alejandra, y Marcella Da Fonte. *Mujeres: constantes víctimas. Estudios de casos y de violencia de género en Nayón y Tumbaco (2017-2019)*. Quito: UDLA Ediciones, 2022. <https://www.udlaediciones.com.ec/wp-content/uploads/2022/12/Mujeres-constantes-victimas.pdf>.

- Corte IDH. *Cuadernillo de Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, n.º 3: *Medidas de reparación*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, 2021. Accedido 3 de septiembre de 2024. <https://www.corteidh.or.cr/sitios/libros/todos/docs/cuadernillo32.pdf>.
- . “Sentencia de 29 de julio de 1988 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras*. 29 de julio de 1988. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_04\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_04_esp.pdf).
- . “Sentencia de 17 de septiembre de 1997 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Loayza Tamayo vs. Perú*. 17 de septiembre de 1997. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_33\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_33_esp.pdf).
- . “Sentencia de 31 de enero de 2001 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso del Tribunal Constitucional vs. Perú*. 31 de enero de 2001. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec\\_71\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/Seriec_71_esp.pdf).
- . “Sentencia de 14 de marzo de 2001 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Barrios Altos vs. Perú*. 14 de marzo de 2001. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_426\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_426_esp.pdf).
- . “Sentencia de 3 de junio de 2001 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Grijalva Bueno vs. Ecuador*. 3 de junio de 2001. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_426\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_426_esp.pdf).
- . “Sentencia de 7 de septiembre de 2004 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Tibi vs. Ecuador*. 7 de septiembre de 2004. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_114\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_114_esp.pdf).
- . “Sentencia de 25 de noviembre de 2006 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso del Penal Miguel Castro vs. Perú*. 25 de noviembre de 2006. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_160\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_160_esp.pdf).
- . “Sentencia de 16 de noviembre de 2009 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México*. 16 de noviembre de 2009. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_205\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_205_esp.pdf).
- . “Sentencia de 30 de agosto de 2010 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Fernández Ortega y otros vs. México*. 30 de agosto de 2010. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_224\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_224_esp.pdf).
- . “Sentencia de 19 de mayo de 2014 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Veliz Franco y otros vs. Guatemala*. 19 de mayo de 2014. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_277\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_277_esp.pdf).
- . “Sentencia de 28 de noviembre de 2018 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso mujeres víctimas de tortura sexual en Atenco vs. México*. 28 de noviembre de 2018. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_371\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_371_esp.pdf).

- . “Sentencia de 24 de junio de 2020 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Guzmán Albarracín y otras vs Ecuador*. 24 de junio de 2020. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_405\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_405_esp.pdf).
  - . “Sentencia de 7 de septiembre de 2021 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Barbosa de Souza y otros vs. Brasil*. 7 de septiembre de 2021. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_435\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_435_esp.pdf).
  - . “Sentencia de 1 de octubre de 2021 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Caso Vera Rojas y otros vs. Chile*. 1 de octubre de 2021. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_439\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_439_esp.pdf).
  - . “Sentencia de 2 de noviembre de 2021 (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas)”. *Manuela y otros vs. El Salvador*. 2 de noviembre de 2021. [https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec\\_441\\_esp.pdf](https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_441_esp.pdf).
- Da Fonte, Marcella. *El bien jurídico penal y la protección de los derechos humanos de las mujeres*. Quito: CEP, 2022.
- Ecuador Corte Constitucional de Ecuador. *Sentencia n.º 73-21-IS/22*. 11 de mayo de 2022. <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencia-73-21-is-22>.
- . *Sentencia n.º 18-16-IS/22*. 21 de septiembre de 2022. <https://www.corteconstitucional.gob.ec/sentencia-18-16-is-22/>.
- . *Sentencia n.º 65-19-IS/23*. 21 de junio de 2023. <https://bit.ly/3PiOK0I>.
- Ecuador Corte Nacional de Justicia. *Manual de perspectiva de género en las actuaciones y diligencias judiciales*. Corte Nacional de Justicia, 2023. <https://acortar.link/BW5wDY>.
- Ecuador Fiscalía General del Estado. *Protocolo Nacional para Investigar Femicidios y otras Muertes Violentas de Mujeres y Niñas*. Quito: FGE/ONU Mujeres, 2021. <https://www.fiscalia.gob.ec/wp-content/uploads/2021/11/Protocolo-Nacional.pdf>.
- Ecuador. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial 180, 10 de febrero de 2014.
- . *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- . *Ley Orgánica de Acompañamiento y Reparación Transformadora e Integral a Hijas, Hijos, Madres, Padres y demás Familiares de Víctimas de Femicidio y otras Muertes Violentas por Razones de Género*. Registro Oficial 588, 27 de junio de 2024.
- . *Ley Orgánica Integral para Prevenir y Erradicar la Violencia contra las Mujeres*. Registro Oficial 175, 5 de febrero de 2018.
- El Universo. “Solo 52 de los 452 procesos que inició Fiscalía de Ecuador por femicidios recibieron sentencia condenatoria entre enero de 2021 y enero de 2023”. Accedido 10 de octubre de 2024. <https://bit.ly/4fEtZHK>.
- Fundación ALDEA. *Femicidios en Ecuador: realidades ocultas, datos olvidados e invisibilizados*. Quito: El Chasqui Ediciones, 2022.

- Instituto Nacional de Estadística y Censos. *Encuesta Nacional sobre Relaciones Familiares y Violencia de Género contra las Mujeres*. INEC. Accedido 11 de noviembre de 2024. <https://bit.ly/4gy1ywc>.
- Monteiro, Viviane, y Kruskaya Hidalgo. “Epidemiología del femicidio y muertes violentas de mujeres en Ecuador: acercamiento al diagnóstico para una efectiva política criminal preventiva”. En *El femicidio en Ecuador: un estudio interdisciplinario*, coordinado por Roxana Arroyo, 41-66. Quito: IAEN, 2022.
- Monteiro, Viviane, y Marcella Da Fonte. “Deber de investigación y femicidio en Ecuador: respuesta estatal a las víctimas (2014-2021)”. *Andares: Revista de Derechos Humanos y de la Naturaleza*, n.º 6 (2024): 18-32.
- OEA. *Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José)*. Gaceta Oficial n.º 9460, 11 de febrero de 1978.
- . *Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer “Convención de Belém do Pará”*. 9 de junio de 1994. <https://tinyurl.com/2r7cjw3n>.
- ONU Mujeres. *Modelo de protocolo latinoamericano de investigación de las muertes violentas de mujeres por razones de género*. Quito: FGE/ONU Mujeres, 2013.
- Peersman, Greet. *Sinopsis: métodos de recolección y análisis de datos en la evaluación de impacto*. Florencia: RMIT University / International Initiative for Impact Evaluation / Better Evaluation / UNICEF, 2014. <https://tinyurl.com/k7rdmcyx>.
- Torres, Glenda, y Carmen Abrahan. “Reparación integral: principios aplicables y modalidades de reparación”. *Ius Humani. Revista de Derecho* 9, n.º 1 (2020). <https://doi.org/10.31207/ih.v9i1.209>.

#### DECLARACIÓN DE CONFLICTO DE INTERESES

Las autoras declaran no tener ningún conflicto de interés financiero, académico ni personal que pueda haber influido en la realización del estudio.

#### DECLARACIÓN DE AUTORÍA

Marcella Da Fonte Carvalho participó en la conceptualización, investigación, visualización y redacción del borrador.

Viviane Monteiro participó en la curación de datos, análisis formal, investigación, planteamiento metodológico, visualización, redacción, revisión y edición del artículo final.



# The Influence of Cloud Computing Services in GATS' Enforcement

*La influencia de los servicios de cloud computing en la aplicación del GATS*

**Eugenia Patricia Novoa Zubiria**

*Docente, Universidad Central del Ecuador*

Quito, Ecuador

[epnovo@uce.edu.ec](mailto:epnovo@uce.edu.ec)

<https://orcid.org/0000-0001-5098-6304>

Artículo de investigación

<https://doi.org/10.32719/26312484.2025.44.9>

Fecha de recepción: 13 de enero de 2025

Fecha de revisión: 24 de febrero de 2025

Fecha de aceptación: 10 de marzo de 2025

Fecha de publicación: 1 de julio de 2025

Licencia Creative Commons



## ABSTRACT

Cloud computing facilities have a cross-border scope that might set off international issues regarding different areas of law. As cloud computing raised from the idea of replacing the physical for the virtual,<sup>1</sup> we must remain that every software needs hardware to operate, whether the second is imperceptible for cloud services' users, and this makes the cloud of cross border nature. Cloud computing has tangible effects on enterprises and economics, and its characteristics enforce internet usage globally. Explicitly, this article will focus on the influence of cloud computing in an international trade system held by Word Trade Organization (WTO), and how it enforces the international trade system, specifically on the General Agreement of Trade and Services (GATS). This paper main objective is to understand how can cloud computing lead to the enforcement of the international trade system, specifically on the GATS. To address this question, the paper follows an economic analysis of the law with qualitative method of literature and case law analysis, particularly of WTO *Us Gamblin*. The key conclusion is that the cross-border nature of cloud computing services requires to create a new category in the WTO GATS.

**KEYWORDS:** Cloud computing, WTO, GATS, International Trade, Digital law, International law, Digitalization, Cross border transactions.

## RESUMEN

El *cloud computing* tiene un alcance transfronterizo que puede desencadenar problemas internacionales en diferentes áreas del derecho. *Cloud computing* surgió de la idea de reemplazar lo físico por lo virtual,<sup>2</sup> es importante recordar que todo *software* necesita *hardware* para operar, y esto hace que la nube tenga una naturaleza transfronteriza. La computación en la nube tiene efectos tangibles en las empresas y la economía, y sus características refuerzan el uso de internet a nivel mundial. Este artículo se centrará en la influencia de la computación en la nube en la Organización Mundial del Comercio (OMC), y cómo refuerza el sistema de comercio internacional, específicamente en el Acuerdo General sobre Comercio y Servicios (AGCS). El objetivo principal de este trabajo es comprender cómo

- 
1. Eugenia Novoa, "Extraterritorial application of copyright regulations in Ecuador due to cloud computing services: terms of service of Twitter and YouTube". *Revista de Derecho* (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga 26, Facultad de Derecho), 1 december 2022, <https://doi.org/10.22235/rd26.2681>.
  2. *Ibíd.*

la computación en la nube puede conducir a la aplicación del sistema de comercio internacional, específicamente en el AGCS. Para abordar esta cuestión, el trabajo desarrolla un análisis económico del derecho con método cualitativo centrado en la revisión de literatura y jurisprudencia, en particular el caso de la OMC *US Gambling*. La conclusión clave es que la naturaleza transfronteriza de los servicios de computación en la nube requiere la creación de una nueva categoría en el AGCS para OMC.

**PALABRAS CLAVE:** *cloud computing*, OMC, AGCS, comercio internacional, derecho digital, derecho internacional, digitalización, transacciones transfronterizas.

FORO

## INTRODUCTION

Cloud computing is an internet paradigm, which optimizes and smooths its performance. Probably one of the main reasons of cloud computing existence is provide network services which sweep away from users the purchase a local storage platform.<sup>3</sup> Moreover, internet servers through the cloud provide agile, effective and user-friendly services worldwide.<sup>4</sup> Thanks to the cloud we have access to our information at any time or anywhere, this undoubtedly strengthens a globalized world.<sup>5</sup>

Likewise, cloud computing facilities are highly influential for economic growth, not only because they rise business making opportunities all over the world, but also because it reduces the expenses in hardware devices for startup

3. Julio Téllez Valdés, *Lex cloud computing: estudio jurídico del cómputo en la nube en México* (Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013); Cloud Security Alliance, *Cloud Compliance Report* (Asociación Española para el Fomento de la Seguridad de la Información, 2011), <http://tiny.cc/p7d3001>.
4. Katherin Cruz Valencia, “Historia del *cloud computing*”, *Revista de Información, Tecnología y Sociedad* (2012): 51-2.
5. Michael D. Hogan, Fang Liu, Annie W. Sokol, and Tong Jin, “NIST-SP 500-291, NIST Cloud Computing Standards Roadmap”, Gaithersburg: National Institute of Standards and Technology, August 11, 2011, <http://bit.ly/3PdxGt9>; Peter Mell and Timothy Grance, “NIST-SP 800-145, The NIST Definition of Cloud Computing”, Gaithersburg: National Institute of Standards and Technology, 2011, <https://bit.ly/41VRSam>.

companies.<sup>6</sup> More importantly, entrepreneurs are looking at cloud computing as the new era of computing services, the cloud we are experiencing now of is just the beginning.<sup>7</sup>

Nevertheless, technology progress also leads to legal issues in a global perspective, as is the case of cloud computing.<sup>8</sup> Indeed, the cross-border scope of this computing paradigm might set off international issues regarding different areas of law.<sup>9</sup> Explicitly, this article will focus on the influence of cloud computing in an international trade system held by World Trade Organization (WTO).

The article is divided then into three sections: the first, describes the cross-border nature of cloud computing.<sup>10</sup> The second focuses on the fundamental connection between the international trade system and cloud computing. Finally, the third section will provide further reasoning to glimpse how cloud computing services can enforce the GATS system.

## ANALYSIS

### CROSS-BORDER NATURE OF CLOUD COMPUTING

The characteristics and peculiarities of cloud computing services been driven and enabled by several technological advances, in which such as high-speed broadband and programs with open-source code play a main role for its development.<sup>11</sup> It is indeed advantageous for smaller companies' growth, as they may not have the resources for the initial fixed costs that are often associ-

---

6. Huibert Aalbers, *Una introducción al cloud computing*, 2013.

7. Pablo Pérez San-José, Cristina Gutiérrez Borge, Susana de la Fuente Rodríguez, Laura García Pérez, and Eduardo Álvarez Alonso, "Guía para empresas: seguridad y privacidad del *cloud computing*", Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, 2011.

8. Benno Barnitzke, Marcelo Corrales Compagnucci, and Nikolaus Forgó, *Aspectos legales de la computación en la nube: seguridad de datos y derechos de propiedad sobre los mismos* (Buenos Aires: Editorial Albremática, 2012).

9. Luis Joyanes Aguilar, *Computación en la nube, estrategias de cloud computing en las empresas* (Ciudad de México: Alfaomega, 2012).

10. Novoa, "Extraterritorial application of copyright in Ecuador".

11. Kommerskollegium, "How Bad is the Cloud?", National Board of Trade, 2012; Novoa, "Extraterritorial application of copyright in Ecuador".

ated with purchasing software and hardware, and cloud computing services can cover all such necessities.<sup>12</sup>

However, cloud computing services are not just offered at a commercial level, it can be also used non-commercial purposes. Perhaps, cloud computing services are majorly known in a B2C (Business to Consumer) context, meaning a e-commerce business model in which the service is offered directly to the end-user,<sup>13</sup> this is because the popularity of software's offered on-line like Dropbox, iCloud, Gmail, Spotify, social networks and so forth.<sup>14</sup> However, the real development of cloud computing and its connection with corporate market growth is due to the facilities it provides which reduce IT and administration cost for entrepreneurs, this kind of business model is known as B2B (Business to Business) in e-commerce.<sup>15</sup>

The popularity among companies to allocate their programs and data onto external servers administrated by third parties (cloud computing service providers). Nowadays the implementation of new technologies in a business is a must-do for companies.<sup>16</sup> Thus, when companies choose to provide services by internet, one further step is selecting cloud computing services instead of investing in a costly infrastructure (cables, devices, cooling machines, storage, etc.).<sup>17</sup>

In sum, the usage of cloud computing services can be highly beneficial in B2B and B2C e-commerce business models.<sup>18</sup> In the new technology era, wherever an Internet connection is involved, cloud services offer greater potential for customers.<sup>19</sup> More importantly, normally data stored in the cloud may be more secure, since it is stored separately from the device and is administrated by a third party specialized in doing so.<sup>20</sup> Either companies or end-users with

---

12. Novoa, *ibid*.

13. Adriana Acuña and Eugenio Cordero, "Los contratos de *shrinkwrap*, *clickwrap* y *browserwrap*: un enfoque desde la perspectiva del derecho del consumidor", Bachelor's thesis, Universidad de Costa Rica, 2014.

14. Novoa, "Extraterritorial application of copyright in Ecuador".

15. *Ibid*.

16. Eugenia Novoa, "El *linking* y el *framing* como elementos generadores de competencia desleal", *El Comercio* (November 7, 2017, Quito).

17. Renee Berry and Matthew Reisman, "Policy Challenges of Cross-Border Cloud Computing", *Journal of International Commerce and Economics* 4 (2012).

18. Novoa, "Extraterritorial application of copyright in Ecuador".

19. Kommerskollegium, How borderless is the Cloud?, 17.

20. *Ibid*.

cloud computing services doesn't have to be aware of its information anymore if the hardware (PC or USB) is lost, stolen, or malfunctions, the data remain secured by a cloud provider in a datacenter located somewhere in the world.<sup>21</sup>

## **CROSS-BORDER NATURE OF CLOUD COMPUTING SERVICES ANALYZED UNDER GATS**

### **The GATS system in the World Trade Organization**

Back in 1995, when the WTO system was created, its members introduced as an integral part of the Marrakesh Agreement a new system which objective was creating a “credible and reliable system of international trade rules; ensuring fair and equitable treatment of all participants... [S]timulating economic activity through guaranteed policy bindings; and promoting trade and development through progressive liberalization”.<sup>22</sup>

Services are highly influential in the new information era, not only because of the big steps made though globalization since the post-war world,<sup>23</sup> but also due to the dimension that new technologies have in human's life. Moreover, this trend is likely to increase due to arising models of business-like cloud computing. Thus, international regulation of trade and services worldwide seems like a “must-have” for the international community.

Luckily, even knowing that in 1995 the members of WTO did not have the same concerns of twenty-one years later, brightly they made the GATS part of WTO system and now, all of them (some 140 economies)<sup>24</sup> are blinded by these principles and have obligations based on their commitments in specific schedules.<sup>25</sup>

- 
21. Eugenia Novoa, “El derecho a la protección de datos de carácter personal ecuatoriano analizado a partir de la relación B2C (Business To Consumer) en la prestación de servicio de cloud computing: caso de política de privacidad de Dropbox”, Bachelor's thesis, Universidad de las Américas, 2015; Novoa, “Extraterritorial application of copyright in Ecuador”.
  22. *Multilateral Marrakesh Agreement establishing the World Trade Organization* (April 15, 1994). 1867 U.N.T.S. 154.
  23. Guiguo Wang, *Radiating Impact of WTO on Its Members' Legal System: The Chinese Perspective* (Hague: The Pocket Books of The Hague Academy of International Law, 2011).
  24. *Ibíd.*, 343.
  25. *Ibíd.*

However, the GATS system has caused different discussions, especially because the definition of the concept “services” is more complex than it seems like. An apparent reason for that is due to the variety of sectors and modes of supply implicit in the term itself. Besides, some find it easier just to define it as any trade which is not classified under the GATT and does not involve goods. In this way article I:3 (b) of GATS gives the following definition of services:

For the purposes of this Agreement, trade in services is defined as the supply of a service:

- a) from the territory of one Member into the territory of any other Member;
- b) in the territory of one Member to the service consumer of any other Member;
- c) by a service supplier of one Member, through commercial presence in the territory of any other Member;
- d) by a service supplier of one Member, through presence of natural persons of a Member in the territory of any other Member.<sup>26</sup>

The intangible characteristics of services are probably influences in the difficulty to define the term “services”. Accordingly, this difficultness is followed by the problematic to keep the track of different transactions in services. Moreover, services can be provided in a vastly variety of ways, indeed the WTO system has divided them into 12 sectors and 155 sub-sectors. Likewise, sector of services is particularly characterized by a unique manner of operation. Which leads to the application of specific barriers to trade to different service’s sectors. Hence, the sectors and subsectors in a Member’s Schedule must be mutually exclusive, otherwise, other interpretations may result in unclear commitments.<sup>27</sup>

Since January the first of 1995, the date when the Marrakesh Agreement entered into force, the commitments of the members regarding GATS bind them. These obligations may be categorized in the general ones, which are directly applied to all services sectors, and specific, which are laid down in individual country schedules.<sup>28</sup>

On the one hand, the general obligations are, in lights of Articles II and II of the GATS,<sup>29</sup> “Most Favored Nation Treatment” and “Transparency”. On the

---

26. WTO, *General Agreement on Tariffs in Services* 1994, April 15. 1867 U.N.T.S.

27. Ibid.

28. Ibid.

29. Ibid.

other hand, in accounts of Articles XVI and XVI, the specific commitments that will vary per each member are “Market Access” and “National Treatment” of services.<sup>30</sup>

Precisely, specific commitments of each member would be contained in its ‘Schedule of Specific Commitments’ in which limitations to liberalization market access and national treatment will be specified. It is up to each member to assume additional commitments; these ones will be also specified in such a Schedule. The commitments undertaken are specified in accordance four modes of service supply.<sup>31</sup>

The sectors in each schedule will be divided in between “Horizontal Section” and “Sector Specific Sections”.<sup>32</sup> The first one contains apply to all sectors crossed over the schedule, and the second refer to a particular mode of supply.<sup>33</sup>

Finally, is important to mention that due to the importance of the GATS system in technology and services advance, and also because initially it was difficult lay down all the possible commitments regarding services, its members set out a work program acknowledged as “the built-in agenda”. As specified in Article XIX “with a view to achieving a progressively higher level of liberalization” successive rounds of negotiations and commitments are required, as well those should begin “not later than five years from the date of entry into force of the WTO Agreement and periodically thereafter”.<sup>34</sup>

Following the “built-in agenda” the GATS system is supposed to increase the level of liberalization of its members periodically and overlooking all the advances in services sectors.<sup>35</sup> However, and sadly since 2001 the Doha round was launched, but even in regards to all the economic effects of new technologies and services arising in this global world such negotiations have not being fruitful. Which stagnates economic growth and the advance of innovative modes of business worldwide like cloud computing.

---

30. *Ibid.*

31. *Ibid.*

32. *Ibid.*

33. *Ibid.*

34. *Ibid.*

35. *Ibid.*

## Coverage of Cloud computing services under the GATS

In the WTO word of 1995 cloud computing was not a major concern, it was barely coming to life,<sup>36</sup> that is the main reason why no WTO members have made commitments related to cloud computing under the GATS. This means that the schedules of WTO members do not include a sector which comprises all the particularities of cloud computing, which indeed are highly innovative in the present world.

### *Modes of supply*

As explained above, in the GATS system services are traded in four modes of supply, these ones are defined through Article I:2 (a) - (d)<sup>37</sup> of this agreement and can be defined in the as the following:

- a) Cross-border (Mode 1): “From the territory of one member into the territory of any other Member”.<sup>38</sup> As defined, the service might cross a boarder not necessarily accompanied by its supplier presence, for instance internet services.<sup>39</sup> In this mode, the location of the service supplier is the crucial factor. For technology services, particularly in the case of cloud computing, this is relevant to define the place where the service is being provided.
- b) Consumption abroad (Mode2): “in the territory of one Member to the service consumer of any other Member”.<sup>40</sup> In this mode, usually the consumer crosses a border to receive the service in the supplier’s country, for instance tourism services.<sup>41</sup>

---

36. See Novoa, *El derecho a la protección de datos de carácter personal*, relating the history of cloud computing.

37. WTO, *General Agreement on Tariffs and Services*; Yolinda Yok, “A law and development perspective on services liberalization in the Pacific Island countries with particular reference to tourism”, Thesis, University of Auckland, 2016. Available at <https://apo.org.au/node/198986>.

38. Yok, *ibid*.

39. *Ibid.*; WTO Secretariat, *Guide to GATS, An Overview of Issues for Further Liberalization* (Kluwer Law International, August 1, 2001).

40. WTO, *General Agreement on Tariffs and Services*.

41. Yok, “A law and development perspective”; WTO Secretariat, *Guide to GATS*.

- c) Commercial presence (Mode 3): “by a service supplier of one Member, through commercial presence in the territory of any other Member”.<sup>42</sup> With this mode the service provider establishes a commercial presence in the country of destination, such as an affiliate.<sup>43</sup> This concept can involve acquisition or maintenance of a juridical person, but not necessarily requires a full incorporation or establishment of the company in the host State.<sup>44</sup>

A permanent establishment in some cases will not be protected by GATS, if it deals with a non-service sector, which means that it engages in a service sector uncovered by the schedules of a certain member.<sup>45</sup>

- d) Movement of naturel persons (Mode 4): “by a service supplier of one Member, through presence of natural persons of a Member in the territory of any other Member”.<sup>46</sup> In this mode, the service supplier is necessarily a natural person who crosses a border in order to supply a service, for example, an architectural consultation.<sup>47</sup>

Also, regarding some confusions between models applicability when offering services internationally through internet, the Appellate Body in *Mexico-Telecom* case of established that although telecommunications services which are considered an example of cross border supply (mode 1), are provided between two or more points, the transmission between these points does not have undertaken by a single service supplier.<sup>48</sup> To put it in other words, if a cloud computing service is offered though internet and different countries seem involved, such transmissions will involve different countries and not only the domicile of the cloud provider.

Certain international transactions trigger different approaches which would be linked to the applicable mode of supply. As cloud computing services, can be connected with such objectives, it is important to analyze in a case-by-case basis which modes of supply this broad model of business could be involved.<sup>49</sup> Particularly considering that nowadays cloud computing is not specified as a

---

42. WTO, *General Agreement on Tariffs and Services*.

43. Yok, “A law and development perspective”.

44. WTO Secretariat, *Guide to GATS*.

45. Ibid.

46. Yok, “A law and development perspective”.

47. Ibid.; WTO Secretariat, *Guide to GATS*.

48. WTO Secretariat, *DS204: Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*, WTO Panel Report Circulated, June 1, 2004.

49. Acuña and Cordero, “Los contratos de shrinkwrap, clickwrap y browsewrap...”, 102.

service in the schedules, which might cause several misunderstandings regarding the mode of supply applicable to it.

To exemplify this, cloud computing services can vary in different cases, for instance, a service like Dropbox can fall under mode 1, because it is offered through internet all over the world generally to end-users. Conversely, if a cloud provider wants to offer certain infrastructure services it can create commercial presence in a specific country to have agents looking for potential customers in the market (mode 3), as these services involve a B2B relation and normally need previous negotiations between companies and due diligence.

### *Classification of services*

Nevertheless, for their schedules members are not blinded to, but normally use the common instruments of classification: W/120 list by the WTO secretariat, the Central Product Classification (CPC list by the UN). If a member decides not to follow such classification standard, they shall guide in an equal classification system for their Scheduling Guidelines.<sup>50</sup>

In practice, most of the members created their schedules following the W/120 list and the Central Product Classification, these guidelines include a commitment on “computer and related services”.<sup>51</sup> In which cloud computing services can fall due to the subheading (d) covered which refer to “data processing”,<sup>52</sup> as explained above, data processing is one of the more important functions of cloud provides for offering their services.

In the same token, cloud computing services could also fall in the classification of “telecommunication services”<sup>53</sup> because, as stated beforehand, cloud computing services are provided and accessible only through internet, which is implicit in telecommunication services.

Evidentially the broad scope of cloud computing services should be covered in the member’s schedules and in its classification guidelines. Moreover, some members attempted to clarify the coverage of the division regarding com-

---

50. Nellie Munin, *Legal Guide to GATS* (Wolters Kluwer, 2010).

51. General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) Secretariat, *Services Sectoral Classification List*, MTN.GNS/W/120 (Group of Negotiations on Services, July 10, 1991), <http://tiny.cc/t7d3001>.

52. *Ibid.*

53. *Ibid.*

puting services.<sup>54</sup> However, due to the lack of understanding between different countries, negotiations do not go forward which leads such proposals in a limbo. This evidentially has a clear effect in deterring the expansion of important technological advances and business models such as cloud computing.

### **US Gambling case connection with cloud computing services**

The US-Gambling case represents a major example of GATS commitments applicability, specially it illustrates the broad range of interpretations of a member's Schedule which can arise from the usage of internet services. Moreover, this dispute highlights key issues of international trade linked countries' differences as: how a domestic legislation can be influential for the trading system of services, and the difficulty of interpreting a member's schedule when such a member tries to haze a commitment.

For the present case is important to take into consideration how certain issues raised in the US-Gambling case are related with cloud computing services, especially because this business model growth is evidential, and ultimately it can be a real challenge to GATS system applicability.

#### *New technology has raised new matters to the GATS system*

Antigua y Barbuda, a small country brought the claim under the WTO GATS system due to certain restrictions imposed by United States in online gambling sector.<sup>55</sup> On its appeals the Panel highlight certain definitions raised towards internet's facilities and its novelty services. The panel refer to Antigua's explanation of the major effects of technology in the international trade system as well. Unquestionably, that report illustrates how important is for cross border transactions a neutral trade system, which contributes to international transactions' performance, otherwise a whole industry might be affected. In this regards a passage or the Panel report is cited as follows:

3.2 The Antiguan government has taken steps since the mid 1990s to build up a primarily Internet-based, "remote-access" gaming industry as part of its economic development strategy... As the cross-border gaming industry in Antigua has devel-

---

54. Berry and Reisman, "Policy Challenges of Cross-Border Cloud Computing", 21.

55. WTO Secretariat, *DS285: United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, Panel Report Circulated, April 20, 2005.

oped and matured, the government believes that a standard business model has evolved that successful operators more or less conform to. Antiguan regulation provides for two kinds of gambling and betting licenses... The gaming license is for casino-type, random selection and card games and the wagering license is for sports betting. Casino game operators create “virtual casinos” on their web sites with detailed graphics and enhancements designed to mimic land-based casino settings... Because of the highly visual aspect of the casino-type games, these services are operated exclusively through Internet connection.<sup>56</sup>

Antigua and Barbuda’s analysis has been quoted for understanding the scope of cloud computing services. It is obvious that online gambling has man awns entwined, and many of such awns are also involved in cloud computing services, as the nature of the business is also borderless, as explained before. Insofar, cloud computing services require harmonized systems of regulation just like on-line gambling, otherwise its performance would be interrupted.

Comparable to Antigua’s case with online gambling, some countries might be interested in the implementation and emergence of a whole cloud computing industry. For instance, China’s government has heavily invested in the development of cloud standards. Moreover, one of seven strategic industries included in its Five-Year Plan was giving it a share of a \$600 billion investment by the government.<sup>57</sup>

### *Issues raised in schedules’ interpretation*

As already explained before, the broad scope of cloud computing services might lead to a high level of confusion<sup>58</sup> in interpreting member’s schedules. Especially because either the WTO’s W/120 list, nor the United Nation’s Central Product Classification (CPC) recognized cloud computing as a specific category.

Considering that in US-Gambling the Appellate Body made clear that a service can fall only one sector or category:

[B]ecause a Member’s obligations regarding a particular service depend on the specific commitments that it has made with respect to the sector or subsector within which that service falls, a specific service cannot fall within two different sectors or

---

56. Ibid.

57. Berry and Reisman, “Policy Challenges of Cross-Border Cloud Computing”, 26.

58. Novoa, “Extraterritorial application of copyright in Ecuador”.

subsectors. In other words, the sectors and subsectors in a Member's Schedule must be mutually exclusive.<sup>59</sup>

The problematic of whether a cloud services fall under a specific sector or subsector will be highly controversial, especially considering that its different services can fall into more than one commitment, as previously analyzed.

The problems which will arise under cloud computing cases might be even more difficult to appreciate than in US-Gambling. Indeed, in US-Gambling the Appellate Body could interpret the scope of commitments because the guidelines W/120 contemplated gambling services.<sup>60</sup> In the case of cloud computing, such services could be observed in a broader view (computing services and telecommunications).

Hypothetically speaking, if in one case the cloud computing service is classified as "computing services" under GATS, all the following cases will be interpreted in the same way. This may lead to unfair decisions because some countries might not be required to comply with certain measures as they do not have commitments under the category of "computing services". Some services of cloud computing are broader and should be treated in explicit and detailed categories contributing to a good trade of services system, instead of shielding it.

In sum, including in the W/120 guidelines a reference to cloud computing services is urgently required. Indeed, such recognition can be emphasized due to United States proposal in 2010 within the WTO's Doha Round negotiations to "draw attention to the relationships between sectors" among various information and communication technology services.<sup>61</sup> Particularly, this reference to cloud computing services can be made through a GATS Annex on Telecommunications, that proves to be indispensable for the digital trade services in the present.<sup>62</sup>

### *The effect of developing countries in GATS enforcement*

The relevance of US-Gambling in investigation does not necessarily focus on the Appellate Body decision; inversely, it tries to understand the context of

---

59. WTO Secretariat, *DS285: United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*, Appellate Body Report, April 20, 2005.

60. Ibid.

61. Berry and Reisman, "Policy Challenges of Cross-Border Cloud Computing", 26.

62. Ines Willemyns, "GATS classification of digital services does the Cloud have a silver lining?", *Journal of World Trade* 53 n.º 1 (2018).

US Gambling case in a global economy. New technologies bring new business models such as online gambling or cloud computing services; such business could have a high impact in different economies globally, either developing or strong ones.

Antigua and Barbuda, pursuant of its rights as a member of the WTO system, brought a case against a powerful economy as United States.<sup>63</sup> Certainly, all the matters and issues brought by this case raised enquiries, which in a certain level, not only challenged the current GATS system, but also alert future issues, which may come as new technologies and new models of business emerge in a global level, like cloud computing.

Besides, this case showed that the WTO system, especially the Dispute Settlement Body works in pursuant of a Trade System progress putting special attention not only towards issues raised by immense economies, but also to developing ones. Thus, this dispute shall be considered an icon and encourage other countries to claim their rights under a system that promotes economic development and liberalization for its members, this will in turn enable value creation for developing countries in the digital economy.<sup>64</sup>

### **The influence of cloud computing services in GATS's enforcement**

Nowadays, this society is highly influenced by social and economic changes brought by the increasing expansion of technologies in a daily basis. Hence it seems obvious that we live in a global era and “globalization is not the affair of nations alone. International organizations, other entities, and NGOs as well as individuals are active participants in the process in which anything that happens in one corner of the earth may affect the rest of the world”.<sup>65</sup>

So, the existence of services like cloud computing, without doubt, raises a great amount of issues which shall be accounted for triggering policy changes in an international framework. Thus, the international community shall enforce international systems inspired by challenges pertaining to cloud computing issues.<sup>66</sup>

---

63. WTO, *US Gambling*.

64. UNCTAD, *UNCTAD/DER/2024: Digital Economy Report, shaping an environmentally and sustainable future*, Official Report by UNCTAD, July 10, 2024.

65. Wang, *Radiating Impact of WTO*, 308.

66. Rolf Weber & Rainer Baisch, “Tensions between Developing and Traditional GATS Classifications in IT Markets”, *Hong Kong Law Journal* 43 (2013): 77-110.

Take as an example a hypothetical case of cloud computing in which the IaaS service is provided through internet by AWS,<sup>67</sup> a company incorporated and domiciled in United States of America, but with commercial presence in different places of the world due to internet. This company has data bases for the information of its clients in India, Pakistan and Brazil. The contracting party, a start-up company from Portugal, which provides marketing services through internet, decides to pay for infrastructure in the cloud instead of buying all the costly machines necessary. The business seems well structured, and the company has started providing services across Europe without any concern. Eventually, in 2014, the company expands the services to United States of America.

The business seems going smoothly until a parole of the electric company of Pakistan causes a black out in the Islamabad (city where the datacenter of AWS is located). This situation causes severe losses to AWS, especially regarding big amount information vanished due to the failures in the systems with the electrical black out.

The start-up company goes into bankruptcy caused by a countless number of lawsuits initiated by its clients in United States and European Union. Besides, considering that the European Union has a tough system for data protection, the start-up company is asked to pay high fines due to its negligent data processing. In addition, seems like the start-up company also has some pending trials in United States because its services never functioned as expected, apparently due to unnoticed restrictions of data flow from Europe to United States.

If the start-up company decides to initiate a lawsuit against AWS, which jurisdiction shall be applied? What kind of damages can be granted? Likewise, due to the large amounts of trials in United States, the company raises claims to the Secretariat of the United States for not informing in-advance the restrictions of data-flow between European Union and the US. Finally, encouraged by the start-up company, United States brings a case to the WTO under GATS, identifying as a measure the restrictions of data flow generated because of data protection laws in the European Union.

Furthermore, AWS irritated by the problems caused since the parole of employees, decides to initiate an arbitration case in the ICSID under the umbrella clause of a BIT signed between US and Pakistan.

---

67. Amazon Webs Services.

The case before us only attempts to show the reader all the international issues which can be raised using cloud computing services. The relevancy of creating an international framework that abides with cloud computing providers to implement energy platforms in case blackouts and other security measures to avoid information losses. Also, the necessity of creating a harmonized framework of data protection laws, considering the different international approaches to regulate cross border data flows, particularly the differences between the US self-regulation and Europe with the stringent GDPR, which significantly lessens cloud computing progress worldwide.<sup>68</sup> Thus, designing and encouragement of standardized data protection laws worldwide is the biggest challenges for decision-makers to facilitate and promote cross-border trade with cloud services.<sup>69</sup>

Finally, the global need of creating a general understanding of what cloud computing is, and which services can be involved in it, which is beneficial to developing countries. If cloud computing services are chained to GATS legal framework, a good starting point for the international community would be enforcing the Schedules commitments by adding cloud computing services as special category. This would create a harmonized system for cloud computing understanding worldwide, additionally it will prevent inaccurate interpretations of members schedules and commitments under the GATS scheme. Particularly this can be beneficial to developing countries, that need more guidance on issues related to the digital economy in order to leapfrog inequalities.<sup>70</sup>

## CONCLUSIONS

The cross-border nature of cloud computing services contributes to international economics and liberalization, main objectives of the World Trade Organization system. Specifically, US-Gambling have established the relevance of internet services for developed and developing economies worldwide and how GATS system can be challenged under WTO agreements. This case is a good steppingstone to glimpse the importance of adding cloud computing services

---

68. UNCTAD, *UNCTAD/DER/2021: The Digital Economy Report 2021, Cross-border data flows and development for whom the data flow*, Official Report by UNCTAD, September 29, 2021.

69. Berry and Reisman, "Policy Challenges of Cross-Border Cloud Computing", 25.

70. UNCTAD, *Digital Economy Report*, 21.

as a new category in WTO member's schedules under GATS with an Annex on telecommunications. This would enforce and improve the GATS system by clarifying certain commitments that could be misinterpreted.

This will in turn benefit the international system, the need of GATS system enforcement is palpable, as it will encourage entrepreneurs and technology development, which leads to economic growth, liberalization and find equality, particularly creating synergies for developing countries in the digital economy.

## BIBLIOGRAPHY

### Books

- Aalbers, Huibert. *Una introducción al cloud computing*. 2013.
- Barnitzke, Benno, Marcelo Corrales Compagnucci, and Nikolaus Forgó. *Aspectos legales de la computación en la nube: seguridad de datos y derechos de propiedad sobre los mismos*. Buenos Aires: Editorial Albremática, 2012.
- Hurwitz, Judith, Marcia Kaufman, and Fern Halper. *Cloud Services For Dummies*, IBM Limited Edition. New Jersey: John Wiley & Sons, Inc., 2012.
- Joyanes Aguilar, Luis. *Computación en la nube, estrategias de cloud computing en las empresas*. Ciudad de México: Alfaomega, 2012.
- Martin, James P., and Harry Cendrowski. *Cloud Computing and Electronic Discovery*. Wiley CIO Series 1. 2014.
- Munin, Nellie. *Legal Guide to GATS*. Wolters Kluwer, 2010.
- Téllez Valdés, Julio. *Lex cloud computing: Estudio jurídico del cómputo en la nube en México*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2013.
- Wang, Guiguo. *Radiating Impact of WTO on Its Members' Legal System: The Chinese Perspective*. Hague: The Pocket Books of The Hague Academy of International Law, 2011.
- WTO Secretariat. *Guide to GATS, An Overview of Issues for Further Liberalization*. Kluwer Law International, August 1, 2001.

### JOURNAL ARTICLES

- Berry, Renee, and Matthew Reisman. "Policy Challenges of Cross-Border Cloud Computing". *Journal of International Commerce and Economics* 4 (2012).
- Cruz Valencia, Katherin. "Historia del cloud computing". *Revista de Información, Tecnología y Sociedad* (2012): 51-2.

- Meltzer, Joshua. "The Internet, Cross-Border Data Flows and International Trade". *Asia & the Pacific Policy Studies* 2, n.º 1 (2014): 90-102.
- Silva, Alice Rocha da, and Filipe Rocha Martins Soares. "Conflitos entre regulações internas relativas à internet e o direito do comércio internacional: o papel da OMC perante o sistema de computação da nuvem". *Revista de Direito Internacional* 14, n.º 1 (2017): 237-47. <https://doi.org/10.5102/rdi.v14i1.4599>.
- Weber, Rolf, & Rainer Baisch. "Tensions between Developing and Traditional GATS Classifications in IT Markets". *Hong Kong Law Journal* 43 (2013): 77-110.
- Willemyns, Ines. "GATS classification of digital services does the Cloud have a silver lining?". *Journal of World Trade* 53, n.º 1 (2018).

## REPORTS

- Cloud Security Alliance. *Cloud Compliance Report*. Asociación Española para el Fomento de la Seguridad de la Información, 2011. Available at <http://tiny.cc/p7d3001>.
- General Agreement on Tariffs and Trade (GATT) Secretariat. *Services Sectoral Classification List*, MTN.GNS/W/120. Group of Negotiations on Services, July 10, 1991. Available at <http://tiny.cc/t7d3001>.
- Hogan, Michael D., Fang Liu, Annie W. Sokol, and Tong Jin. "NIST-SP 500-291, NIST Cloud Computing Standards Roadmap". Gaithersburg: National Institute of Standards and Technology, August 11, 2011. Available at <http://bit.ly/3PdxGt9>.
- Mell, Peter, and Timothy Grance. "NIST-SP 800-145, The NIST Definition of Cloud Computing". Gaithersburg: National Institute of Standards and Technology, 2011. Available at <https://bit.ly/41VRSam>.
- UNCTAD. *UNCTAD/DER/2021: The Digital Economy Report 2021, Cross-border data flows and development for whom the data flow*. Official Report by UNCTAD, September 29, 2021.
- UNCTAD. *UNCTAD/DER/2024: Digital Economy Report, shaping an environmentally and sustainable future*. Official Report by UNCTAD, July 10, 2024.
- WTO Secretariat. "The Multilateral Trading System: Past, Present, and Future". World Trade Organization, November 8, 2016. Available at <http://tiny.cc/w7d3001>.

## OTHER SOURCES

- Acuña, Adriana, and Eugenio Cordero. "Los contratos de *shrinkwrap*, *clickwrap* y *browserwrap*: un enfoque desde la perspectiva del derecho del consumidor". Bachelor's thesis, Universidad de Costa Rica, 2014.
- Kommerskollegium. "How Bad is the Cloud?". National Board of Trade, 2012.

- Melaños Salazar, Carla. “Análisis de los riesgos técnicos y legales de la seguridad en *cloud computing*”. M.A. thesis, Universidad Politécnica de Madrid, 2013.
- Novoa, Eugenia. “El derecho a la protección de datos de carácter personal ecuatoriano analizado a partir de la relación B2C (Business To Consumer) en la prestación de servicio de *cloud computing*: caso de política de privacidad de Dropbox”. Bachelor’s thesis, Universidad de las Américas, 2015.
- . “El *linking* y el *framing* como elementos generadores de competencia desleal”. *El Comercio*, November 7, 2017, Quito.
- . “Extraterritorial application of copyright regulations in Ecuador due to cloud computing services: terms of service of Twitter and YouTube”. *Revista de Derecho* (Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga 26, Facultad de Derecho), December 1, 2022. <https://doi.org/10.22235/rd26.2681>.
- Pérez San-José, Pablo, Cristina Gutiérrez Borge, Susana de la Fuente Rodríguez, Laura García Pérez, and Eduardo Álvarez Alonso. “Guía para empresas: seguridad y privacidad del *cloud computing*”. Instituto Nacional de Tecnologías de la Comunicación, 2011.
- Strickland, Jonatan. “How Cloud Computing Works”. *HowStuffWorks*, April 8, 2008. Available at <https://bit.ly/4gxL4UJ>.
- Yok, Yolinda. “A law and development perspective on services liberalization in the Pacific Island countries with particular reference to tourism”. Thesis, University of Auckland, 2016. Available at <https://apo.org.au/node/198986>.

## CASES

- WTO Secretariat. “DS204”: *Mexico - Measures Affecting Telecommunications Services*. WTO Panel Report Circulated, June 1, 2004.
- . “DS285”: *United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*. Panel Report Circulated, April 20, 2005.
- . “DS285”: *United States - Measures Affecting the Cross-Border Supply of Gambling and Betting Services*. Appellate Body Report, April 20, 2005.

## STATUTES

WTO. *General Agreement on Tariffs and Services*. 1867 U.N.T.S., April 15, 1994.

### DECLARACIÓN DE CONFLICTO DE INTERESES

La autora declara no tener ningún conflicto de interés financiero, académico ni personal que pueda haber influido en la realización del estudio.

**Juan Carlos Mogrovejo Jaramillo, *La tributación medioambiental y el principio de quien contamina paga*. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Ediciones Legales, 2024, 308 pp.**

<https://doi.org/10.32719/26312484.2025.44.10>

Esta obra parte de una afirmación de carácter científico sobre la afectación directa del medioambiente por la influencia del ser humano, es por eso que el autor ve la necesidad de palear estas consecuencias, a través de la técnica jurídico-económica-tributaria del establecimiento de impuestos a la contaminación del medioambiente, y específicamente desarrolla el principio de “quien contamina paga”.

Mogrovejo hace un análisis lógico, empezando por la definición de los elementos clave del medioambiente como bien jurídico protegido; para aquello utiliza el método comparativo revisando los contextos español y ecuatoriano. Así también, analiza los principios fundamentales del derecho ambiental, basándose en la normativa de Ecuador y España.

Luego, desarrolla el principio medioambiental de tributación, quien contamina paga, y empieza acertadamente con los orígenes de este principio que se han desarrollado en el derecho internacional ambiental. Aquí el autor vuelve a utilizar el método comparativo entre el derecho comunitario europeo y lo que, a mi punto de vista, es una gran contribución al desarrollo de la teoría ambiental tributaria en nuestras sociedades latinoamericanas, principalmente las andinas, es decir, desarrolla el principio de quien contamina paga en el derecho comunitario andino.

Así también, se puede encontrar un exhaustivo análisis sobre el principio de quien contamina paga detallado en la Constitución ecuatoriana y en la normativa nacional correspondiente al tema. Dos de los principales tópicos que se abordan en este libro es la responsabilidad en materia ambiental, así como los mecanismos públicos de regulación administrativa, que se traducen en instrumentos económicos derivados en tributos ambientales.

Secuencialmente, Juan Carlos continúa con su análisis aterrizando específicamente en el tema de tributos medioambientales, es decir, aquí ya se encuentra

un capítulo técnico en el que se pueden encontrar las diversas formas de imposición ambiental, así como los principales principios que regulan la materia. Aquí se puede destacar el W de dos principios que en principio parecerían contrapuestos. El principio de capacidad contributiva frente al principio de quien contamina paga, solucionando la premisa inicial que devendría en quien más recursos tiene, más capacidad contaminadora tendría.

El autor soluciona esta aparente contradicción con la aplicación de los fines extrafiscales de los impuestos medioambientales, es decir, lo que se busca principalmente con la aplicación de tributos a las conductas ambientales dañinas, es justamente eso, reducir, limitar, la proliferación de conductas que impliquen daño al medioambiente.

Al final, como parte ejemplificativa en la que se aterriza todas las concepciones detalladas en los párrafos anteriores, el autor plasma con algunos ejemplos la tributación medioambiental y el principio de quien contamina paga. No sin antes brindar claras conceptualizaciones sobre cómo se consideran los tributos medioambientales en el Ecuador, emitiendo su estructura, sujetos, funcionalidad, exenciones y todo lo que conlleva la legislación ambiental tributaria en el Ecuador.

La obra *La tributación medioambiental y el principio de quien contamina paga*, de Juan Carlos Mogrovejo, es una obra con alto índice de especialidad, pero debido a la forma en que se tratan los diversos temas, puede ser leído por cualquier persona que esté interesada en conocer cómo funciona la relación entre los impuestos y el medioambiente, cuál es la influencia que tiene el hombre en el ambiente y cómo mediar su impacto a través de la técnica jurídico-impositiva.

Esta obra es un aporte fundamental para el estudio del derecho medioambiental y su aplicación en el Estado ecuatoriano.

Christian Altamirano  
*Estudiante del Doctorado en Derecho,  
Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador*

**Andrea Galindo Lozano, *Ritual y derecho en el tinku (peleas rituales)*.  
Quito: Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador/Corporación  
de Estudios y Publicaciones, 2024, 234 pp.**

<https://doi.org/10.32719/26312484.2025.44.11>

Por lo general, una investigación con varias páginas podría tornarse aburrida si el escritor no conecta con el lector. Desde esta perspectiva, la autora Andrea Galindo invita, a través de su estudio, a indagar el ritual y el conflicto en el contexto de las peleas rituales (*tinku*) en las comunidades andinas de Bolivia, Perú y Ecuador. La investigadora enmarca este tipo de ritual en el pluralismo jurídico. En su análisis describe cómo el *tinku*, desde los sesgos racistas y coloniales, se percibe como un acto de salvajismo o folclor. Sin embargo, la autora, desde una mirada intercultural, considera que el *tinku* puede entenderse como una forma de derecho que, alejándose del monismo jurídico, puede ser visto como un mecanismo de resolución de conflictos entre comunidades.

A lo largo de varias páginas, la investigación nos traslada a los rituales andinos, desarrollándose de manera estructurada en cuatro capítulos que nos conectan con el tema. En el primer capítulo se explica la metodología. Luego, en el segundo capítulo, se describen tres historias sobre el *tinku* en diferentes países. El tercer capítulo aborda el *tinku* desde la perspectiva del conflicto, y, finalmente, el cuarto capítulo ofrece una comprensión del ritual desde una dimensión amplia e integral del fenómeno investigado.

Uno de los aspectos más relevantes de la obra es el lenguaje utilizado por la autora. Su fascinante estilo literario enriquece el estudio, facilitando al lector transportarse al mismo escenario del *tinku*. La manera en que narra las peleas rituales invita a experimentar, desde la imaginación, el momento exacto en que ocurren. De este modo, logra dar sentido a esta realidad que para muchos se desconoce. Andrea nos atrapa en la lectura de su investigación hasta el punto de captar nuestra atención por completo, llevándonos más allá del derecho monista y abriendo la posibilidad de repensar otra forma de abordar el conflicto.

Además, es fundamental recalcar la metodología intercultural utilizada en la investigación. El riguroso trabajo etnográfico realizado por Andrea nos invita

a desafiar los prejuicios que han colonizado nuestra manera de pensar respecto a lo diferente y lo desconocido. Su investigación nos permite resignificar el *tinku*, mirándolo desde la perspectiva del sujeto indígena, el territorio y desde las voces de los diversos actores que participan en el ritual.

La narrativa de la autora cobra especial relevancia al relatar a los sujetos involucrados, su vestimenta, danza, músicos, mujeres, peleas y los diferentes escenarios donde se desarrolla este ritual. Esta riqueza descriptiva aporta profundidad al análisis a la vez que mantiene el interés del lector, convirtiendo la lectura de la investigación en una compañía invaluable durante varios días.

La autora demuestra que el *tinku* representa una forma de justicia basada en la reciprocidad y la venganza ritual. Este fenómeno puede interpretarse desde múltiples perspectivas. En este sentido, Andrea apuesta por el estudio de este ritual, estableciendo un vínculo entre el *tinku* y otras formas de justicia, desafiando la visión colonial que históricamente ha deslegitimado el conocimiento indígena al considerarlo salvaje. Esta investigación, *Ritual y derecho en el tinku*, nos invita a reconsiderar la justicia a través de los diálogos interculturales que amplían nuestra comprensión sobre la resolución de conflictos en las comunidades andinas.

Para concluir, recuerdo que un profesor de literatura solía decir: “El arte por el arte es basura”. Sin duda, la autora ha creado una verdadera obra de arte, que va más allá de un ejercicio académico para posicionarse como una reconstrucción viva de sus recuerdos de infancia y los relatos en torno a este ritual indígena. En cada página se percibe la pasión y la rigurosidad con la que ha sido desarrollada esta investigación.

En conclusión, la investigación aporta una perspectiva innovadora sobre el *tinku*, desafiando las categorías tradicionales del derecho y la justicia. Su principal contribución radica en demostrar que estas peleas rituales constituyen un sistema normativo legítimo que responde a las necesidades específicas de las comunidades andinas. De esta forma, Andrea propone una visión inclusiva del derecho, que reconoce y valora formas de justicia alternativas, que han sido marginadas por el discurso jurídico hegemónico.

José Luis Sánchez Vallejo  
*Estudiante del Doctorado en Derecho,*  
*Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador*

## Colaboradores

**Verónica Vanessa Ajila Castillo:** ecuatoriana. Abogada por la Universidad Nacional de Loja. Su interés académico y profesional está en el derecho tributario, derecho administrativo y ramas afines. Se ha desempeñado en el sector público y en el libre ejercicio profesional.

**Doménica Lisseth Ayala López:** ecuatoriana. Abogada por la Universidad del Azuay (2021). Magíster en Derecho de Empresa por la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E) (2023). Estudiante de la Maestría en Derecho de Daños en la Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. Su práctica profesional se enfoca en derecho corporativo, especialmente en contratación civil-comercial, daños, arbitraje, fusiones y adquisiciones.

**Maryuri Elizabeth Celi Masache:** ecuatoriana. Abogada con una maestría en Derecho Tributario por la UASB-E. Actualmente es estudiante del máster en Comunicación Política en la Universidad de los Hemisferios. Ejerce como abogada de forma independiente, ha sido docente de pregrado en la Universidad Nacional de Loja, la Universidad Técnica Particular de Loja y la Universidad Nacional de Chimborazo. Además, ha impartido clases a nivel de posgrado.

**Marcella Da Fonte Carvalho:** brasileña. Abogada. Perita académica de la CIDH por Ecuador. Par evaluadora de la *Revista Jurídica Cálamo*. Docente titular en Derecho Penal de la Universidad de las Américas (UDLA) y docente invitada de la UASB-E. Posgraduada en Derecho Administrativo por la Universidad Federal de Pernambuco (UFPE). PhD en ciencias jurídicas y sociales por la Universidad del Museo Social Argentino (UMSA) en Buenos Aires.

**Antonella Stefanía Gil Betancourt:** ecuatoriana. Abogada de los tribunales de la República por la Universidad Regional Autónoma de los Andes. Especialista en Derecho Administrativo por la UASB-E. Maestrante en Derecho Procesal Administrativo y Litigación del Instituto de Altos Estudios Nacionales. Mediadora, socia fundadora y gerente de DERECHOSEC S.A.S.

**Marcela Gutiérrez Quevedo:** colombiana-francesa. Abogada de la Universidad Externado de Colombia. Especialización en Derecho Penal D.S.U. Universidad de Pantheon II. Maestría D.E.A. en Política Criminal y Derechos Humanos en la Universidad de París X Nanterre y Doctorado en Derecho Público de la Universidad d'Artois Francia: "Les wayuu, l'Etat de Droit et le pluralismo juridique en Colombie".

**Nicolás Camilo Maldonado Garcés:** ecuatoriano. Abogado por la Universidad San Francisco de Quito. Actualmente es asociado en Lexvalor Abogados y concentra su

práctica en las áreas de resolución de conflictos y derecho corporativo. En el área de Resolución de Conflictos, participa en asesoría y patrocinio de clientes en litigios arbitrales, civiles y administrativos.

**Rodrigo Momberg Uribe:** chileno. Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Director del Magíster en Derecho de la misma facultad. Doctor en Derecho (PhD), Universidad de Utrecht, Países Bajos. LLM in European Private Law, Universidad de Utrecht, Países Bajos.

**Viviane Monteiro:** brasileña. Abogada (UFBA, Brasil), magíster en Derechos Humanos (UASB-E). Doctora en Criminología (Universidad de Granada). Docente de la USFQ. Invitada de criminología, victimología, política criminal, derechos humanos y violencia de género en los posgrados de la Universidad Espíritu Santo, UASB-E, Universidad de Guayaquil (Ecuador) y Universidad Mayor de San Andrés (Bolivia). Investigadora en las áreas de violencia de género y femicidio, salud mental y derechos humanos. Perito extraordinario - peritaje de contexto de género.

**Eugenia Patricia Novoa Zubiria:** ecuatoriana. Abogada internacional. Docente en la Universidad Central del Ecuador (UCE). Ha trabajado en temas de economía digital, competencia y desarrollo sostenible con diversos actores privados y gubernamentales, así como con el sistema de las Naciones Unidas. Máster en Derecho (LLM) por la Universidad de Tulane y becario de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

**Iván Leandro Plascencia Morales:** ecuatoriano. Director del Área de Resolución de Conflictos en Lexvalor Abogados. Es abogado por la UCE, obtuvo su especialización en Derecho Tributario por la UASB-E. Actualmente, cursa su maestría y doctorado en Derecho Privado en la Universidad de Salamanca.

**Mateo Antonio Sánchez Villacís:** ecuatoriano. Abogado por la USFQ. Cuenta con experiencia en propiedad intelectual, derecho inmobiliario, derecho corporativo y comercial. Actualmente está cursando un LLM en Canadian Common Law en Osgoode Hall Law School, York University.

**Johana Cristina Sarmiento Vélez:** ecuatoriana. Magíster en Derecho Administrativo y Ciencias Políticas, doctora en Jurisprudencia, abogada y licenciada en Ciencias Sociales, Políticas y Económicas. Docente en la carrera de Derecho en la Universidad Nacional de Loja, exdirectora del Consejo Nacional Electoral (Delegación Provincial de Loja) y concejal del cantón Loja. Autora de investigaciones sobre movimientos migratorios, selección de candidatos legislativos, el acto administrativo y violencia política de género en Ecuador.

**Gonzalo Severin Foster:** chileno. Profesor de Derecho Civil, Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Jefe del Departamento Privado de la misma facultad. Doctor en Derecho, Universidad Autónoma de Madrid. Máster en Derecho Empresarial, Universidad Autónoma de Madrid.

## Normas para colaboradores

1. La revista *Foro* es una publicación de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y la Corporación Editora Nacional, que se edita bajo la responsabilidad del Área de Derecho de la universidad. Publica únicamente trabajos inéditos que ayuden desde una óptica interdisciplinaria a investigar y profundizar las transformaciones del orden jurídico en sus diversas dimensiones y contribuir al proceso de enseñanza de posgrado de derecho en la subregión andina.
2. Los autores, al presentar su artículo a la revista *Foro*, declaran que son titulares de su autoría y derecho de publicación, último que ceden a la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.
3. *Foro* edita resultados de artículos académicos y jurisprudencia.
4. El artículo debe ser remitido a través de la plataforma OJS de la revista: <https://bit.ly/2t4CDxT>.
5. Los criterios para la presentación de los artículos son los siguientes:
  - Deberán ser escritos en programa de procesador de texto Microsoft Office, Word 7.0 (o inferiores), con tipo de letra Times New Roman, tamaño núm. 12, en una sola cara, interlineado simple. Las páginas estarán numeradas, el texto justificado.
  - Extensión máxima: entre 5000 a 6000 palabras, considerando el cuerpo del artículo como las notas de pie de página y bibliografía.
  - El título del trabajo deberá ser conciso pero informativo, en castellano en la primera línea y en inglés. Se aceptan como máximo dos líneas (máximo 80 caracteres con espacios).
  - Todo artículo debe ir acompañado del nombre del autor en la parte superior derecha, debajo del título.
  - Nombre y apellidos completos de cada uno de los autores por orden de prelación. En caso de más de tres autores, es prescriptivo justificar sustantivamente la aportación original del equipo, dado que se tendrá

muy presente en la estimación del manuscrito. Junto a los nombres, se debe registrar la filiación institucional, correo electrónico de cada autor y número ORCID. Es obligatorio indicar si se posee el grado académico de doctor (incluir Dr./Dra. delante del nombre).

- Resumen en español de 210/220 palabras, describe de forma concisa el motivo y el objetivo de la investigación, la metodología empleada, los resultados más destacados y las principales conclusiones, con la siguiente estructura: justificación del tema, objetivos, metodología del estudio, resultados y conclusiones. Debe estar escrito de manera impersonal: “El presente trabajo se analiza...”.
  - Abstract en inglés de 180/200 palabras. Para su elaboración, al igual que para el título y los keywords, no se admite el empleo de traductores automáticos. Los revisores analizan también este factor al valorar el trabajo y nuestros revisores analizan el nivel lingüístico y el estilo, si es necesario.
  - Palabras clave en español / keywords en inglés: 6 máximo. Se recomienda el uso del Tesauro de la UNESCO. Solo en casos excepcionales se aceptan términos nuevos. Los términos deben estar en español/inglés científico estandarizado.
  - Tablas, gráficos, cuadros, ilustraciones, etc., deben formar parte del texto del artículo e indicarán claramente el título, número, fuente de procedencia y deberán contener los respaldos en versión original con la descripción de los programas utilizados. Además, los autores certificarán expresamente que cuentan con las habilitaciones correspondientes para el uso de las imágenes, gráficos, tablas, cuadros, ilustraciones, etc., obtenidas de otras publicaciones.
6. *Foro* se acoge al *Manual de estilo Chicago Deusto* 16, y dentro de este, al Subsistema de Notas y Bibliografía (SNB).
  7. En todas las publicaciones de la UASB-E se propende a una expresión escrita que no discrimine a la mujer ni a ningún grupo de la sociedad y que, al mismo tiempo, reconozca la historia, la estructura y la economía de la lengua, y el uso más cómodo para los lectores y hablantes.

Por tanto, no se aceptarán usos sexistas o inconvenientes desde el punto de vista de la igualdad; tampoco, por contravenir el uso estándar de la lengua, el empleo inmoderado de las duplicaciones inclusivas ni el morfema *e*, la @ (no es una letra) o la *x* para componer palabras supuestamente genéricas.

## Proceso editorial

- *Foro* acusa recepción de los trabajos enviados por los autores e informa sobre el proceso de estimación/desestimación y de aceptación/rechazo, así como, en caso de aceptación, del proceso de edición.
- En el período máximo de 30 días, después del cierre de la convocatoria, cada autor recibirá notificación de recepción, indicando si se desestima o si se estima preliminarmente el trabajo para su evaluación por los pares científicos. En caso de que el manuscrito presente deficiencias formales o no se incluya en el enfoque temático de la publicación, el Consejo Editor desestimará el trabajo sin opción de vuelta. No se mantendrá correspondencia posterior con autores de artículos desestimados. Por el contrario, si presenta carencias formales superficiales, se devolverá al autor para su corrección antes del inicio del proceso de evaluación.
- Los manuscritos serán evaluados de forma anónima por dos expertos en la temática bajo la metodología de pares ciegos (*double blind peer review*). El protocolo utilizado por los revisores de la revista es público. El proceso de revisión de doble ciego toma un máximo de 100 días.
- Todos los autores recibirán los informes de evaluación de forma anónima, para que puedan realizar (en su caso) las mejoras o réplicas oportunas. Los trabajos que sean evaluados positivamente y que requieran modificaciones (tanto menores como mayores), se devolverán en un plazo de 7 días como máximo. En caso de discrepancias en los resultados, el artículo es enviado a un tercer experto anónimo, cuya evaluación define la publicación del artículo.
- Los autores de artículos aceptados, antes de la edición final, recibirán las pruebas de imprenta para su corrección ortotipográfica por correo electrónico en formato PDF. Únicamente se pueden realizar mínimas correcciones sobre el contenido del manuscrito original ya evaluado, con un máximo de tres días para hacerlo.



## **UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR**

Ecuador

La Universidad Andina Simón Bolívar (UASB) es una institución académica creada para afrontar los desafíos del siglo XXI. Como centro de excelencia, se dedica a la investigación, la enseñanza y la prestación de servicios para la transmisión de conocimientos científicos y tecnológicos. Es un centro académico abierto a la cooperación internacional. Tiene como eje fundamental de trabajo la reflexión sobre América Andina, su historia, su cultura, su desarrollo científico y tecnológico, su proceso de integración y el papel de la subregión en Sudamérica, América Latina y el mundo.

La UASB fue creada en 1985. Es una institución de la Comunidad Andina (CAN). Como tal, forma parte del Sistema Andino de Integración. Además de su carácter de centro académico autónomo, goza del estatus de organismo de derecho público internacional. Tiene sedes académicas en Sucre (Bolivia) y Quito (Ecuador).

La UASB se estableció en Ecuador en 1992. En ese año, suscribió con el Ministerio de Relaciones Exteriores, en representación del Gobierno de Ecuador, un convenio que ratifica su carácter de organismo académico internacional. En 1997, el Congreso de la República del Ecuador la incorporó mediante ley al sistema de educación superior de Ecuador. Es la primera universidad en el país que logró, desde 2010, una acreditación internacional de calidad y excelencia.

La Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador (UASB-E), realiza actividades de docencia, investigación y vinculación con la colectividad de alcance nacional e internacional, dirigidas a la Comunidad Andina, América Latina y otros espacios del mundo. Para ello, se organiza en las áreas académicas de Ambiente y Sustentabilidad, Comunicación, Derecho, Educación, Estudios Sociales y Globales, Gestión, Letras y Estudios Culturales, Historia y Salud. Tiene también programas, cátedras y centros especializados en relaciones internacionales, integración y comercio, estudios latinoamericanos, estudios sobre democracia, derechos humanos, migraciones, medicinas tradicionales, gestión pública, dirección de empresas, economía y finanzas, patrimonio cultural, estudios interculturales, indígenas y afroecuatorianos.

**UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR,  
SEDE ECUADOR**

César Montaña Galarza, rector  
Claudia Storini, directora del Área de Derecho

**CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL**

Hernán Malo González (1931-1983), fundador  
Diego Raza Carrillo, presidente  
David Pabón, director ejecutivo

**REVISTAS ACADÉMICAS ESPECIALIZADAS**

**PROCESOS**  
REVISTA ECUATORIANA DE HISTORIA

Contacto:  
procesos@uasb.edu.ec  
Teléfono: (593 2) 299 3634  
Quito, Ecuador

**KIPUS**  
REVISTA ANDINA DE LETRAS  
Y ESTUDIOS CULTURALES

Contacto:  
revista.kipus@uasb.edu.ec  
Teléfono: (593 2) 322 8088  
Quito, Ecuador

**FORO**  
Revista de Derecho

Contacto:  
revista.foro@uasb.edu.ec  
Teléfonos: (593 2) 322 8436, 299 3631  
Quito, Ecuador

**ESTUDIOS DE LA  
GESTIÓN**  
Revista Internacional de Administración

Contacto:  
estudiosdelagestion@uasb.edu.ec  
Teléfonos: (593 2) 322 8080, 299 3641  
Quito, Ecuador

Las revistas se encuentran en su versión digital en:  
<https://revistas.uasb.edu.ec/>

---

**Suscripciones y ventas: CORPORACIÓN EDITORA NACIONAL**

Toledo N22-80, edif. Manuela Sáenz, 2.º piso, Quito, Ecuador  
Teléfono: (593 2) 400 8300, ext. 2220  
ventas@cenlibrosecuador.org • [www.cenlibrosecuador.org](http://www.cenlibrosecuador.org)

**Canjes: CENTRO DE INFORMACIÓN Y BIBLIOTECA,  
UNIVERSIDAD ANDINA SIMÓN BOLÍVAR, SEDE ECUADOR**  
Toledo N22-80, Quito, Ecuador

Teléfono: (593 2) 322 8088, 322 8094 • Fax: (593 2) 322 8426  
biblioteca@uasb.edu.ec • [www.uasb.edu.ec](http://www.uasb.edu.ec)

La “terminación” del contrato por causas intrínsecas y extrínsecas. ¿Un régimen unitario o diferenciado de efectos?

*Rodrigo Momberg Uribe y Gonzalo Severin Fuster*

Cuantificación contractual de daños y perjuicios.

¿Existen límites en el Ecuador?

*Iván Leandro Plascencia Morales*

La paradoja de la causalidad:

¿quién paga por el daño en un mar de responsables?

*Nicolás Camilo Maldonado Garcés*

y *Mateo Antonio Sánchez Villacís*

Mitigación del daño ante el incumplimiento contractual:

fundamento y posible alcance en Ecuador

*Doménica Lisseth Ayala López*

Más allá de la recaudación: los límites de la extrafiscalidad

*Maryuri Elizabeth Celi Masache, Verónica Vanessa Ajila*

*Castillo y Johana Cristina Sarmiento Vélez*

Juridicidad y silencio administrativo negativo:

Contraloría General del Estado

*Antonella Stefanía Gil Betancourt*

La selva habitada: aproximaciones a la comunidad Tikuna

en clave de justicia restaurativa

*Marcela Gutiérrez Quevedo*

Deber de reparación integral y femicidio en Ecuador:

análisis de la respuesta estatal (2014-2021)

*Marcella Da Fonte Carvalho y Viviane Monteiro*

The influence of cloud computing services in GATS'

enforcement

*Eugenia Patricia Novoa Zubiria*



UNIVERSIDAD ANDINA  
SIMÓN BOLÍVAR  
Ecuador



CORPORACIÓN  
EDITORIA NACIONAL

