

Volumen IX. Núm. 2  
Octubre 2022  
ISSN 2631-2573  
E-ISSN 1390-8014



# USFQ LAW REVIEW







VOLUMEN IX, NÚM. 11 • OCTUBRE 2022



## USFQ LAW REVIEW

ISSN: 2631-2573 | ISSN(e): 1390-8014

<https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview>

<http://lawreview.usfq.edu.ec>

Quito, Ecuador

Volumen IX, Núm. 2, octubre 2022

DOI: <http://doi.org/10.18272/ulr.v9i1>

## EQUIPO EDITORIAL

### DIRECTORES EDITORIALES

Kenny Jossue Espín Duque  
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
[orcid.org/0000-0003-4071-3542](https://orcid.org/0000-0003-4071-3542)

María Paz Vela Sevilla  
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
[orcid.org/0000-0002-3331-4626](https://orcid.org/0000-0002-3331-4626)

### COMITÉ EDITORIAL

#### Editores en Jefe

Kenny Jossue Espín Duque  
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
[orcid.org/0000-0003-4071-3542](https://orcid.org/0000-0003-4071-3542)

María Paz Vela Sevilla  
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
[orcid.org/0000-0002-3331-4626](https://orcid.org/0000-0002-3331-4626)

#### Editores Asociados

Manuela María Castro Jalil  
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
[orcid.org/0000-0003-2204-9772](https://orcid.org/0000-0003-2204-9772)

Felipe José Castro Zurita  
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
[orcid.org/0000-0001-7395-8920](https://orcid.org/0000-0001-7395-8920)

Santiago José Cisneros Bejarano  
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
[orcid.org/0000-0002-0862-4606](https://orcid.org/0000-0002-0862-4606)

María Valentina Paladines Ramos  
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
[orcid.org/0000-0001-6018-3994](https://orcid.org/0000-0001-6018-3994)

Rafaella Romo-Leroux Chacón  
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
[orcid.org/0000-0001-8094-6346](https://orcid.org/0000-0001-8094-6346)

Miguel Ángel Villegas Perez  
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
[orcid.org/0000-0001-8782-320X](https://orcid.org/0000-0001-8782-320X)

#### Editores Junior

Isabela Lucía Barahona Manjarrés  
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
<https://orcid.org/0000-0001-6752-5651>

Karen Paola Moreira Pinargote  
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
<https://orcid.org/0000-0002-8833-6072>

Gabriela Anahí Jácome Aguirre  
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
<https://orcid.org/0000-0002-9154-012X>

Jennifer Gabriela Sasintuña León  
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
<https://orcid.org/0000-0003-0818-2980>

Kevin Damián Ortiz Arias  
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
<https://orcid.org/0000-0002-3865-5550>

Paula Isabel Zambrano Yépez  
Universidad San Francisco de Quito USFQ (Quito, Ecuador)  
<https://orcid.org/0000-0002-4779-4499>

### REVISORES PARES EXTERNOS

Juan Martín Alarcón, Alejandro Baño, Juan Sebastián Baquero, Natalia Barona, Tomás Barrionuevo, Camila Boriz, Paúl Carrera, Mario Cedeño, Felipe Idrovo, Sophia Lobato, María Gracia Naranjo, Jaime Pazmiño, Fabrizio Peralta, Gabriela Rivadeneira, María Victoria Vergara, Gustavo Villacreses, María Belén Vivero, María Yépez.

*Esta obra es publicada luego de un proceso doble ciego de revisión por pares ciegos (double-blind peer review).*



## PRODUCCIÓN EDITORIAL:

**Corrección ortotipográfica:** Octavio Peláez

**Diseño general y de cubierta:** Ricardo Vásquez y Yumiko Nagao

**Webmaster:** Jaime Páez



Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons «Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional».

El uso de nombres descriptivos generales, nombres comerciales, marcas registradas, etc. en esta publicación no implica, incluso en ausencia de una declaración específica, que estos nombres están exentos de las leyes y reglamentos de protección pertinentes y, por tanto, libres para su uso general.

La información presentada en esta revista es de entera responsabilidad de sus autores. USFQ PRESS presume que la información es verdadera y exacta a la fecha de publicación. Ni la Editorial, ni los editores, ni los autores dan una garantía, expresa o implícita, con respecto a los materiales contenidos en esta obra ni de los errores u omisiones que se hayan podido realizar.

### **USFQ PRESS / *USFQ Law Review***

Att. Kenny Jossue Espín Duque y María Paz Vela Sevilla, Editores en Jefe

Universidad San Francisco de Quito (USFQ)

Calle Diego de Robles y Vía Interoceánica, Campus Cumbayá

Casilla Postal 17-1200-841, Quito 170901, Ecuador.

Correo electrónico: [lawreview@usfq.edu.ec](mailto:lawreview@usfq.edu.ec)

## PRESENTACIÓN DE LA REVISTA

*USFQ Law Review* es una revista jurídica, académica, arbitrada e indexada, de publicación anual y con apertura autoral.

Nació en el año 2012 como una iniciativa estudiantil, convirtiéndose en la primera publicación jurídica periódica de contenido jurídico en Ecuador que es íntegramente desarrollada y administrada por estudiantes de pregrado. Desde sus inicios, la revista está conformada por estudiantes del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

Su objetivo es brindar un espacio para que expertos en diversas áreas del Derecho, como estudiantes, profesionales y académicos, publiquen trabajos de investigación jurídica en los que se planteen distintas perspectivas y opiniones críticas, sobre temas jurídicos de actual relevancia. Además, busca ser una fuente de investigación por su contenido de alto nivel académico y elevar la calidad de discusión jurídica en Ecuador y en toda la región, respondiendo a las necesidades de la comunidad jurídica, tanto a nivel nacional como internacional. La revista tiene dos números al año, que se publican en los meses de junio y octubre, en versión impresa y digital. A la fecha se han publicado ocho volúmenes en diez números.

Actualmente, *USFQ Law Review* forma parte de varias indexaciones, catálogos, servicios de información y bases de datos, entre ellos: Latindex (Catálogo 2.0); Latindex (Directorio); ISSN Portal; Crossref; ROAD; DOAJ; MIAR; REBID; Sherpa Romeo; Aura-AmeliCA; CORE; Internet Archive; I2OR; Scientific Indexing Services; y, Google Scholar. Adicionalmente, está asociada a instituciones como: Latinoamericana; RELAREDI; LatinREV; Declaración de México (Acceso Abierto); y, Declaración de San Francisco sobre la Evaluación de la Investigación (DORA).

Una de sus prioridades es brindar libre acceso a sus contenidos y dar el mayor alcance a los productos científicos de los autores que han depositado su confianza en la revista. Por esta razón, mantiene una política de apertura autoral, todos sus contenidos se difunden bajo política de Acceso Abierto (Open Access) y están publicados bajo la política de acceso libre de las licencias Creative Commons, que fomentan el debate académico y la difusión equitativa de ideas y posicionamientos críticos. Estos contenidos se encuentran disponibles en diversidad de medios digitales y físicos. En cuanto a los digitales, se accede a ellos mediante: Archivo OJS; Biblioteca USFQ; LEXIS; Corporación de Estudios y Publicaciones – CEP; vLex; Academia.edu; SSRN; y, Mendeley. Respecto al acceso físico, anualmente se imprimen y difunden a nivel nacional e internacional 175 ejemplares que son distribuidos a instituciones públicas y privadas.

La revista recibe asistencia técnica de la institución editora, la Universidad San Francisco de Quito, a través de su departamento editorial USFQ Press. Adicionalmente, se financia mediante el apoyo de patrocinadores, quienes contribuyen activa y continuamente. Finalmente, cuenta con el respaldo público de alianzas institucionales.

Para más información acerca de la estructura orgánica, políticas, información al autor, y proceso editorial, invitamos a visitar nuestro sitio web oficial, redes académicas, profesionales y sociales; y, a contactarnos mediante nuestro correo electrónico.

**Sitio web:** <http://doi.org/10.18272/ulr.v9i2>

### **Equipo Editorial**

*USFQ Law Review*

Universidad San Francisco de Quito

## PRESENTACIÓN DE ESTE NÚMERO

A nombre del Equipo Editorial, tenemos el agrado de presentar a nuestros lectores el segundo número del Volumen IX de *USFQ Law Review*. Este Volumen refleja los ideales que inspiraron la creación de la revista hace ocho años y aquellos por los que se continúa trabajando: ser fuente de consulta por su contenido de alto nivel académico y fomentar la discusión jurídica en Ecuador y en toda la región.

El segundo número del Volumen IX de la revista se compone de siete artículos académicos. Cada uno de ellos ha sido sometido a un arduo y minucioso proceso editorial, por parte del Comité Editorial y por Revisores Pares Externos. Este número tiene artículos muy diversos, que tienen como finalidad traer a la luz y resolver problemas jurídicos en varias áreas del Derecho.

En su artículo, Daniela Endara, Diego Jaramillo y Andrea Beltrán analizan si existe la posibilidad de que se produzca un daño reputacional a través de redes sociales y plantean un sistema objetivo para la cuantificación de este tipo de daños. Este trabajo supone un importante aporte para el Derecho de Daños en Ecuador.

En la misma materia, Leonardo Coronel describe las instituciones jurídicas relacionadas al daño moral en la sentencia del Juicio No. 01803-2018-00396. Con base en este análisis, define el significado de la prudencia prescrita en el artículo 2232 del Código Civil ecuatoriano para la correcta cuantificación de los daños morales.

En el ámbito del Derecho Constitucional y el Derecho Internacional Público, Nathaly Hernández, Milena González y Valery Sandoval estudian la posibilidad de la intervención militar para combatir el crimen organizado en el evento de que la actuación policial se torne ineficiente.

Adentrándose en la perspectiva del Derecho Laboral ecuatoriano, Mateo Cadena enfoca su investigación en la naturaleza del principio *in dubio pro operario* y explica la forma en que debe ser aplicado. Este artículo ofrece una pauta para los administradores de justicia en el Ecuador para la correcta aplicación de este principio.

Gustavo Villacreses realiza un interesante análisis sobre la naturaleza del control de concentraciones económicas en el Derecho de Competencia ecuatoriano y la figura de la persona interesada en este ámbito. Además, contempla la posibilidad de la incorporación de terceros interesados en estos procedimientos.

Finalmente, en materia de Derecho Penal, el artículo de Juan Fernando Flores explora la figura del comiso penal en el Código Orgánico Integral Penal y su posible vulneración al derecho a la propiedad de terceros no procesados. Este trabajo propone una interesante reforma a la pena del comiso. Por otro lado, Andrés Cevallos examina la posibilidad de prescindir de la preterintención en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Para *USFQ Law Review* es un privilegio y honor contar con autores de excelencia, que han depositado su confianza en nuestra revista para plasmar sus ideas y difundirlas. Además, este número es producto del arduo trabajo de nuestro Comité Editorial, que estamos seguros continuará trabajando para impulsar la academia ecuatoriana. Asimismo, agradecemos el tiempo y dedicación de nuestros revisores externos en la revisión de los artículos de este segundo número.

Este trabajo no sería posible sin el apoyo de nuestros auspiciantes, que apuestan por la revista debido a la calidad de la misma y el compromiso de quienes la conforman. Con su aporte, fomentan el desarrollo de la investigación en materia de Derecho. Por último, reconocemos la importante labor del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, el cual genera espacios de discusión jurídica e impulsa a sus estudiantes a involucrarse en proyectos académicos; así como de USFQ Press, nuestra casa editorial, que hace posible la materialización y difusión de nuestros contenidos.

A nombre del Equipo Editorial, extendemos una cordial invitación a participar en los siguientes números de *USFQ Law Review* y esperamos que el presente sea de su agrado.

Quito, octubre de 2022

Kenny Jossue Espín Duque  
EDITOR EN JEFE

María Paz Vela Sevilla  
EDITORA EN JEFE



# ÍNDICE

|   |            |
|---|------------|
| <b>La aplicación de un estandar objetivo para la cuantificación del daño a la reputación en los influencers</b>                               | <b>01</b>  |
| DANIELA ENDARA BASTIDAS, DIEGO JARAMILLO INTRIAGO, ANDREA MICCHAELLA BELTRÁN BONILLA.   |            |
| <b>¿Pueden las Fuerzas Armadas intervenir en el crimen organizado transnacional?</b>  | <b>19</b>  |
| NATHALY HERNÁNDEZ ALVEAR, MILENA GONZÁLEZ GARZÓN Y VALERY SANDOVAL VALLEJO  |            |
| <b>El <i>in dubio pro operario</i> y su correcta aplicación para los administradores de justicia.</b>   | <b>41</b>  |
| MATEO SEBASTIÁN CADENA BAQUERO  |            |
| <b>La «persona interesada» y el «tercero interesado» en el control de concentraciones económicas del derecho de competencia ecuatoriano</b>   | <b>57</b>  |
| GUSTAVO ANDRÉS VILLACRESES BRITO  |            |
| <b>La cuantificación de daños morales: el correcto significado de la prudencia prescrita en el artículo 2232 del Código Civil ecuatoriano</b> | <b>95</b>  |
| LEONARDO STALIN CORONEL LARRERA   |            |
| <b>El comiso penal en Ecuador y vulneración del derecho a la propiedad de terceros no procesados</b>  | <b>115</b> |
| JUAN FERNANDO FLORES VILLAVICENCIO  |            |
| <b>La preterintención: ¿Es necesaria en la legislación penal ecuatoriana?</b>   | <b>149</b> |
| ANDRÉS SEBASTIAN CEVALLOS ALTAMIRANO  |            |



## INNOVACIÓN Y EFICIENCIA EN SERVICIOS JURÍDICOS



### GUAYAQUIL

Av. Francisco de Orellana y Miguel H. Alcívar  
Centro Empresarial Las Cámaras, piso 6, Of. 604

(593-4) 2681330

### QUITO

Av. Naciones Unidas No. 39-131 e Iñaquito  
Edificio "Metropolitan" Piso 5, Oficina 506

(593-2) 3821920

[consulegisabogados@lex.ec](mailto:consulegisabogados@lex.ec)  
[www.consulegisabogados.com](http://www.consulegisabogados.com)



# La aplicación de un estándar objetivo para la cuantificación del daño a la reputación en los influencers

## *The Application of an Objective Standard for the Quantification of Reputational Damage in Influencers*

DANIELA ENDARA BASTIDAS\*

DIEGO JARAMILLO INTRIAGO\*\*

ANDREA MICCHAELLA BELTRÁN BONILLA\*\*\*

**Recibido / Received:** 29/06/2022

**Aceptado / Accepted:** 11/09/2022

**DOI:** <https://doi.org/10.18272/ulr.v9i2.2748>

### **Citación:**

Endara Bastidas, D., Jaramillo Intriago D., Beltrán Bonilla A. «La aplicación de un estándar objetivo para la cuantificación del daño a la reputación en los influencers». *USFQ Law Review*, Vol 9, no 2, octubre de 2022, pp. 1-17, doi: 10.18272/ulr.v9i2.2748

---

\* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: dendarab@outlook.com ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-5351-2443>

\*\* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: diego44j@gmail.com ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-1107-3032>

\*\*\* Universidad San Francisco de Quito USFQ, estudiante del Colegio de Jurisprudencia, Casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. Correo electrónico: andreabeltran0526@gmail.com ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0736-0001>

## RESUMEN

Este trabajo analiza la necesidad de establecer si objetivamente se produce un daño reputacional a través de redes sociales, debido a la falta de normativa idónea dentro del Ecuador. En primer lugar, se plantea qué es el daño reputacional y su significado. En segundo lugar, se revisa cuándo se configura tal daño en el contexto de las redes sociales. En tercer lugar, se examina la afectación que este puede tener, especialmente en los *influencers*, ya que la base de sus ingresos económicos generalmente se basa en dicho contexto. Así, se plantea un sistema objetivo de cuantificación de los daños reputacionales. Este sistema se basa en la normativa ya presente en el Ecuador, la cual es escasa y no logra suplir *íntegramente* lo que puede acontecer con dicho daño. Adicionalmente, se toma en cuenta normativa de ciertos países como Argentina, Colombia y España, para plantear la cuantificación objetiva y que, de cierta forma, permita el resarcimiento de daños provocados por la afectación a la reputación de un *influencer*.

## PALABRAS CLAVE

Daño reputacional; honor; cuantificación; influencers; redes sociales; estándar objetivo; no taxativo; afectación; indemnizaciones

## ABSTRACT

*This work is based on the need to establish if objectively reputational damage is produced through social networks, due to the lack of suitable regulations in Ecuador. First, it is stated the meaning and definition of reputational damage. Then, the moment when the damage occurs on social networks its reviewed. And finally, it analyses the affectation that influencers may have because their economic income is based on social networks. This is how the article propose an objective system of quantification of reputational damages. This system is based on the poor regulations already present in Ecuador, which does not successfully cover every related case. In addition, the article considers regulations of other countries, such as Argentina, Colombia, and Spain, to propose the objective quantification and allow the compensation of damages caused by the affectation of the reputation of an influencer.*

## KEYWORDS

*Reputational damage; honor; quantification; influencers; social networks; objective standard; non-exhaustive; affectation; indemnities*

## 1. INTRODUCCIÓN

En un mundo digitalizado, el día a día de la mayoría de las personas se basa en las redes sociales. En ellas existen varios tipos de usuarios. Por un lado, están aquellos que dedican su vida a la creación de contenido, conocidos como *influencers*. Por otro, están los que consumen ese contenido. El presente trabajo se enfocará en el primer grupo. Aquellos que dedican su vida a generar vistas y crear una comunidad que consuma todo el contenido que producen. Es así como muchas veces su economía depende de la cantidad de seguidores y vistas que reciben como respuesta a sus publicaciones. Sin embargo, independientemente del fin que persigan, estas personas publican su vida diaria. Por tanto, se encuentran ante el riesgo de que sus acciones puedan ser juzgadas a tal punto que su reputación está siempre en juego.

Para empezar, es necesario definir el concepto de reputación. De acuerdo con la Real Academia de la Lengua Española, tiene dos acepciones: la primera se refiere a la opinión o consideración en que se tiene a alguien, y la segunda es el prestigio o estima en que alguien puede ser tenido. A nivel jurídico, la reputación es un derecho de la personalidad que puede ser afectado. Dicha afectación, puede llegar a producir graves perjuicios para una persona, sobre todo a una cuya visibilidad pública en redes sociales hace que se encuentre expuesta a un riesgo como el antes descrito. Con lo cual, pueden existir daños hacia la persona. Es entonces cuando el régimen de responsabilidad civil cobra sentido. Especialmente cuando ha existido un daño a consecuencia de un hecho ilícito.

El daño puede ser categorizado como patrimonial o extrapatrimonial, sobre la base del sentido pecuniario. Para el estudio que nos ocupa, el daño extrapatrimonial es aquel que afecta un bien jurídico protegido que no es cuantificable en dinero, como lo es la reputación de un *influencer*. Las categorías de daños extrapatrimoniales no son taxativas, sin embargo la doctrina ha establecido algunas de ellas. Entre esas se encuentra la lesión a los derechos de la personalidad. Enrique Barros sostiene que estas constituyen un daño propiamente moral.<sup>1</sup>

De acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico, el artículo 2232 del Código Civil prescribe que los daños morales pueden ser demandados y son indemnizables cuando se pueda justificar la gravedad particular de un perjuicio sufrido.<sup>2</sup> Dentro del mismo artículo, se hace referencia a que “[...] están especialmente

1 Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 287.

2 Artículo 2232, Código Civil [CC], RO. Suplemento 46, 22 de mayo de 2016, reformado por última vez R.O. Quinto Suplemento No. 561 de 19 de octubre de 2021.

obligados a esta reparación quienes, en otros casos de los señalados en el artículo anterior, **manchen la reputación ajena, mediante cualquier forma de difamación**” (énfasis añadido).<sup>3</sup>

Para un mejor entendimiento es importante hacer una diferenciación entre la injuria y la difamación. Dentro del fallo de segunda instancia del caso Morales c. Interoceánica, se determina que el bien jurídico que se protege de la difamación es el honor objetivo, el cual puede traducirse a la buena reputación que una persona obtiene por sus relaciones sociales. Mientras que la injuria protege al honor subjetivo, es decir la manera en la que cada individuo se ve a sí mismo. Otra diferencia que se plantea es que la injuria tiene como base solamente juicios de valor, mientras que la difamación se refiere a la difusión de hechos idóneos para afectar la reputación de una persona.<sup>4</sup> Por ejemplo, en el caso de los *influencers*, se sufre de injuria si es que son insultados con palabras o gestos mientras realizan una transmisión en vivo o durante una interacción con sus seguidores como entrevistas o eventos públicos. Por su parte, la difamación se produce en ausencia del ofendido, lo cual podría agravar la situación cuando el *influencer* desconoce la ofensa de la cual está siendo víctima a través de publicaciones o acciones verbales, sin que se den en presencia del ofendido.

De la aplicación del artículo 2232 del Código Civil se puede deducir que si un *influencer* considera que su reputación se ha visto afectada por el actuar antijurídico de una persona, puede demandarla por concepto de daño moral; específicamente, por el daño reputacional que ha sufrido. Por tanto, un juez podrá declarar la existencia del daño y ordenar la indemnización de los perjuicios que se le han producido al *influencer*.

Sin embargo, el último inciso de dicho artículo trae un problema debido a que deja a la prudencia del juez la determinación del valor a indemnizar en los casos de daño moral. Del artículo se desprende lo siguiente:

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, **quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización** atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo (énfasis añadido).<sup>5</sup>

Por tanto, la valoración del daño atenderá al criterio subjetivo que tenga el juez que conozca la acción. La doctrina ha criticado la discrecionalidad que tiene el juez para establecer el monto indemnizatorio indicando que podrían

3 Id.

4 Causa No. 17113-2014-2507, Sala Especializada de lo Civil y Mercantil de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha, 03 de febrero de 2016.

5 Artículo 2232, CC.

dejarse de lado la objetividad al momento de cuantificar el daño.<sup>6</sup> Además, si se sigue el principio de equidad que hace referencia a dar a cada uno lo que le corresponde, todos los creadores de contenido que consideren que existe un daño a su reputación deberían ser indemnizados siguiendo los mismos parámetros. No obstante, esto no puede ser así porque un elemento que debe tomar en cuenta el juez a la hora de determinar el *quantum* es la influencia que tiene este creador en las redes sociales. Si bien esta es un carácter subjetivo, puede medirse a través de estándares objetivos que se explicarán con mayor profundidad a lo largo del presente artículo.

Como punto de partida para sustentar la hipótesis de un sistema de cuantificación objetivo, se analizará la definición de daño reputacional y cómo se puede ver afectada la reputación de una persona en redes sociales. Después, se hará un análisis del sistema de cuantificación de daño moral y cuál se aplica en Ecuador. Finalmente, se propondrá una forma de cuantificación de los daños mediante un análisis comparado de lo que sucede en otras legislaciones. Con esto se demostrará la hipótesis planteada de que se pueden cuantificar los daños a la reputación de un *influencer* mediante estándares objetivos.

## 2. DAÑO REPUTACIONAL: DEFINICIÓN Y ALCANCE

En primer lugar, se debe establecer qué es el daño reputacional y en lo que se basa. El daño reputacional es una afectación a lo que no es parte del patrimonio de una persona porque no tiene un valor económico y este no puede ser percibido de tal forma. A este daño también se lo conoce como una lesión a los derechos de la personalidad, justamente porque no se da una afectación al patrimonio. Bonilla, Vergara y Santamaría establecen que: “tradicionalmente se ha visto al daño moral como aquel sufrimiento moral o físico no apreciable en dinero, generado por el acontecimiento de un hecho”.<sup>7</sup> Es decir, que la falta de apreciación en dinero de estos daños no permite su consideración como una afectación al patrimonio. Asimismo, el menoscabo que se puede sufrir porque se provocó un daño reputacional involucra una violación a los derechos de la personalidad con especial énfasis en el derecho a la honra.<sup>8</sup> Esto se da por el hecho de que se afecta lo que una persona es, más no lo que tiene. En este orden de ideas y debido a la relación que existe entre el daño reputacional y la afectación a la honra de una persona, es menester precisar qué es el honor y cómo este puede sufrir cierto perjuicio. De acuerdo con lo que Gómez y Villanueva plantean, el honor tiene dos sentidos amplios de la palabra. Por un lado, el honor subjetivo es aquel que se refiere a la propia dignidad, y el honor

6 Roberto H. Brebbia, *El daño moral: doctrina, legislación, jurisprudencia, precedida de una teoría jurídica del daño* (Michigan: Orbir, 1967), 122-134.

7 Emilia Soledad Bonilla Manotoa, María Victoria Vergara Caicedo y Camila Santamaría Viteri, “La honra versus la libertad de expresión en redes sociales: Mecanismo de determinación de daño moral ante la colisión de derechos humanos”, *USFQ Law Review* 7, no. 1 (Septiembre 2020): 191, <https://doi.org/10.18272/ulr.v7i1.1680>.

8 *Ibid.*, 192.

objetivo es la opinión que los demás tienen de una persona en específico. De esto, se puede ver que el honor objetivo es la reputación de alguien.<sup>9</sup> Para efectos de este análisis se tomará en cuenta solamente el honor objetivo debido a las implicaciones que una afectación al mismo puede tener en una persona.

Es necesario recalcar la importancia que tiene el honor dentro del ordenamiento jurídico y por qué su afectación tiene varias implicaciones. La Declaración Universal de los Derechos Humanos prescribe en su artículo 12 que: “[n]adie será objeto de injerencias arbitrarias en su vida privada, su familia, su domicilio o su correspondencia, ni de ataques a su honra o a su reputación”.<sup>10</sup> De igual forma, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, dentro de su artículo 17, número 1, recoge de la misma manera la prohibición de atacar la honra y la reputación de una persona.<sup>11</sup> Asimismo, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José), reconoce el derecho de las personas al respeto de su honra y dignidad dentro del art. 11, número 1: “Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad”.<sup>12</sup> Adicionalmente, el número 2 plantea la misma idea que el resto de los instrumentos internacionales mencionados. Este reconocimiento de la honra como un derecho humano demuestra la relevancia que tiene el mismo y la protección que se le debe dar debido a su estatus de derecho humano.

En el Ecuador, este derecho se encuentra reconocido en el artículo 66 número 18 de la Constitución de la República, por lo que tiene rango constitucional. Para efectos de la materia, es necesario reconocer la mención que realiza el Código Civil respecto a la reputación y el daño que puede sufrir. Dentro del amplio catálogo de daños que se encuentra presente en el Código Civil, no existe una mención extensa sobre qué es el daño reputacional y sus implicaciones. Sin embargo, se trata de manera general qué es el daño moral y las afectaciones e indemnizaciones cuando se incurre en este daño.

El Código Civil en su artículo 2232 brinda al juzgador la potestad de cuantificar el daño extrapatrimonial en un monto pecuniario. Este artículo prevé expresamente la afectación que puede sufrir una persona en relación con su reputación. También establece la manera de calcular su indemnización.

Además, en el Ecuador se reconoce tácitamente un estándar o deber general de no dañar a otras personas.<sup>13</sup> Esto aplica a cualquier campo de la vida en sociedad. Por lo tanto, se entiende que este deber está presente en las redes socia-

9 Perla Gómez Gallardo y Ernesto Villanueva, *Libertad de expresión y sus implicaciones legales Análisis normativo de los delitos contra el honor en América Latina*. 1ª. ed. (Quito: Editorial Quipus, CIESPAL, 2010), 81.

10 Artículo 12, Declaración Universal de los Derechos Humanos, París, 10 de diciembre de 1948.

11 Artículo 17.1, Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, New York, 16 de diciembre de 1966.

12 Artículo 11, Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 22 de noviembre de 1979.

13 Ana Paula Flores Larrea, Iván Andrés Izquierdo Izquierdo y Felipe Nicolás Guzmán Burbano, “La vigencia del alterum non laedere en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ¿un principio general o un deber jurídico?”, *USFQ Law Review* 8, no.1 (mayo 2021): 162-164, <https://doi.org/10.18272/ulr.v8i1.2182>.

les. Sin embargo, esto no ocurre y usualmente se ven personas que han sufrido una afectación a través de estos medios. El caso Domino's resulta ilustrativo, pues se evidencia un verdadero daño reputacional a la reconocida empresa por parte de un video que subieron dos de sus trabajadores.<sup>14</sup>

## 2.1. ¿CÓMO SE PUEDE PRODUCIR EL DAÑO REPUTACIONAL EN REDES SOCIALES?

Las redes sociales se han convertido en el medio de comunicación más importante que se tiene hoy en día, debido a la gran conectividad y accesibilidad que las mismas poseen para todo el mundo. La cantidad de beneficios que brindan son innumerables, pero han existido afectaciones que el derecho no ha sabido cómo tratarlas por su carácter moderno e innovador. Estas consideraciones llevan a un problema aún mayor porque no se sabe con exactitud si es que efectivamente se puede provocar un daño reputacional con el empleo de estos medios de comunicación.

El derecho ha tratado de suplir el vacío de si en realidad las afectaciones que se dan en redes sociales son jurídicamente relevantes y qué materia sería aplicable. Es por esto que Cantoral Domínguez plantea que, “ante un uso equivocado de [redes sociales], se pueden detectar conductas generadoras de responsabilidad civil, penal y administrativa, que llegan a provocar daños irreparables”.<sup>15</sup> Es decir, se puede generar daño reputacional a través de redes sociales, y es susceptible de una indemnización o sanción. Para efectos de tratar sobre el daño reputacional, nos basaremos únicamente en materia civil.

Así, una persona puede sufrir un daño reputacional por medio de las redes sociales cuando alguien ha realizado un comentario, ha compartido información falsa o se ha sentido socialmente afectado por lo que otra persona ha compartido. Por ejemplo, en el supuesto en el que una persona o grupo de personas establezcan una campaña de odio con información falsa hacia un *influencer*, este puede exigir una indemnización por daño reputacional en caso de que se compruebe la afectación a su derecho a la honra. Sobre la base del ejemplo anterior, podemos inferir que el problema recae en cuál es un valor justo para resarcir el daño cometido. Sin embargo, esto no significa que al no existir parámetros equitativos para determinar la afectación por dicho daño se debe dejar sin consecuencias a la persona que lo ha provocado. Como bien se

14 La compañía internacional nacida en Estados Unidos se vio afectada en su reputación cuando un video publicado por dos trabajadores se viralizó. Dicho video, contenía preparaciones de platos del restaurante en los cuales se violaba el código de sanidad del estado de Carolina del Norte. En cuestión de horas las cuentas de Domino's de distintas redes sociales se vieron llenas de comentarios negativos, lo que repercutió en una desconfianza de los clientes hacia la marca y así una reducción de ingresos. Stephanie Clifford, “Video Prank at Domino's Taints Brand”. Video de The New York Times, 1:12. Publicado el 16 de abril de 2009). <https://www.nytimes.com/2009/04/16/business/media/16dominos.html>

15 Karla Cantoral Domínguez, “Daño moral en redes sociales: su tratamiento procesal en el derecho comparado”, *Revista IUS 14*, no. 46 (Diciembre 2020): 169, <http://orcid.org/0000-0001-9778-4021>.

dijo, este daño puede ser provocado por crear, compartir y difundir fotos, audios, videos o información falsa sobre una persona y basta con que el *influencer* se sienta afectado de manera considerable para que el daño se configure. Tal y como lo plantean Gómez y Villanueva:

Es cierto que se menciona que existe dificultad para demostrar la existencia del dolor, del sentimiento herido por el ataque a las afecciones íntimas, a la honra y a la reputación; [...] pero la dificultad de acreditar el menoscabo de los atributos de la personalidad de contenido moral no puede significar que se dejen sin compensación tales afectaciones.<sup>16</sup>

Si bien es posible la cuantificación del daño reputacional de acuerdo con lo que establece el Código Civil ecuatoriano, podría traer mayores beneficios separarse del actual sistema que recoge el artículo 2232. Para un mejor entendimiento, a continuación se procederá a hacer un análisis de los sistemas de cuantificación, y en específico el que aplica al Ecuador.

### **3. SISTEMAS DE CUANTIFICACIÓN DE DAÑO MORAL: SUBJETIVO Y OBJETIVO**

Para la cuantificación del daño moral existen dos sistemas: el subjetivo y el objetivo. En esta sección se analizarán ambos con el fin de explicar las fortalezas y debilidades de cada uno. A continuación, se comenzará analizando el sistema subjetivo.

La adopción de un sistema subjetivo para la cuantificación del daño moral deviene en que el juez analizará los hechos más relevantes para la determinación de este tipo de daños.<sup>17</sup> Consecuentemente, la indemnización quedará a prudencia del juzgador. Una debilidad de esto es que puede existir una repercusión en el principio de igualdad ante la ley. Esto puede resultar en que un mismo daño no siempre reciba la misma indemnización ante jueces distintos. El sistema se ha visto fortalecido a través del establecimiento de pautas que debe seguir el juez para la valoración y la exigencia de una debida motivación sobre el monto que está otorgando. De esta manera, se debe demostrar la proporcionalidad entre el daño y el monto de indemnización establecido.

Por su parte, la adopción de un sistema objetivo deviene en la imposición de parámetros determinados que el juez debe seguir para cuantificar la indemnización. En varias legislaciones se ha implementado el uso de baremos estadísticos o técnicos. Esto es una fortaleza del sistema porque la cuantificación se

<sup>16</sup> Perla Gómez Gallardo y Ernesto Villanueva, *Libertad de expresión y sus implicaciones. Análisis normativo de los delitos contra el honor en América Latina* (Quito: Quipus, 2010), 84.

<sup>17</sup> Barros, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual*, 313.



hace sobre la base de fórmulas y evita que se den indemnizaciones diferentes para cada caso, manteniendo el principio de igualdad. Sin embargo, una debilidad de estos es que generalmente existen solo para los casos de daños corporales.<sup>18</sup> Se genera un problema debido a que el juez no puede tomar en cuenta las particularidades de cada caso para ajustar la indemnización al mismo.

El Ecuador ha adoptado el sistema subjetivo para la valoración del daño moral como se desprende del artículo 2232 del Código Civil. A continuación, se procederá a analizar el mismo y porqué no es óptimo aplicarlo en los casos de daño reputacional que puede sufrir un *influencer*.

### 3.1. EL SISTEMA DE CUANTIFICACIÓN DE DAÑO MORAL EN EL ECUADOR

El daño a la reputación entra en una de las categorías de daño extrapatrimonial, como se explicó anteriormente. Dicha categoría es de las lesiones a los derechos de la personalidad, que a su vez se encuentra dentro de la gran categoría denominada daño moral. De igual manera, se ha hecho mención a que nuestro ordenamiento jurídico reconoce que pueden existir indemnizaciones por daño moral y prescribe que el valor que se determine como indemnización quedará a la prudencia y criterio del juez que conozca la acción.

Uno de los principios rectores en el régimen de responsabilidad es el de reparación integral que está contenido en el artículo 78 de la Constitución de la República del Ecuador.<sup>19</sup> Respecto del principio en mención, Zannoni indica que existe una verdadera reparación cuando esta es perfectamente compensatoria. Es decir, con el monto de reparación la víctima sentirá que el daño sufrido se vuelve indiferente.<sup>20</sup> Por tanto, debe volver al estado anterior al que se generó el hecho antijurídico, en este caso, antes de que su reputación se haya visto afectada.

Para conseguir esta reparación integral el juez debe apegarse a lo que la ley determina. Sin embargo para la cuantificación del daño moral, como se vio en un principio, la ley no prevé cómo se debe determinar el *quantum*, sino que lo deja a la prudencia del juez. Con la salvedad de que siga los principios de justicia y equidad. El hecho de que la ley determine que la cuantificación de los daños extrapatrimoniales quedará a la prudencia del juez, no significa que no exista un límite. Existe una discusión respecto de si la demanda por daño moral debe tener una cuantía indeterminada o no. El tribunal de la Corte

18 Ibid., 318.

19 Artículo 76.2, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformado por última vez R.O. Suplemento 377 de 25 de enero de 2021.

20 Eduardo A. Zannoni, "Significado y alcance de la cuantificación del Daño", *Revista de Derecho de Daños 1*, no. 3 (Abril 2001): 8. [https://www.rubinzal.com.ar/tienda/single\\_product5.php?idrevista=2#question64](https://www.rubinzal.com.ar/tienda/single_product5.php?idrevista=2#question64)

Provincial de Pichincha que conoció el recurso de apelación interpuesto en el juicio ordinario no. 873-2010 por daño moral sostuvo que “en el caso de daño moral, por su naturaleza, la cuantía es indeterminada”.<sup>21</sup> No obstante, para efectos de este artículo se sostiene la tesis de que la cuantía para estos casos debe ser determinada en la demanda. En este sentido, el límite está dado por la parte actora en su pretensión. No obstante, el juez puede otorgar más de lo que se solicita dependiendo de sus consideraciones respecto del caso.

Por otra parte, la jurisprudencia ecuatoriana no es uniforme en el tema de cuantificación del daño moral. A pesar de que existen límites como la motivación, la prudencia, entre otros, los mismos pueden no ser tomados en cuenta y —como se demostrará— se ha llegado a determinar indemnizaciones millonarias injustificadamente, por ejemplo: en el caso de Rafael Correa c. Banco Pichincha.<sup>22</sup> En un breve resumen, Rafael Correa Delgado indicó que había sufrido daño a su reputación debido a que se le había puesto en la Central de Riesgos por adeudar \$136,98 dólares de los Estados Unidos de América, de una tarjeta de crédito emitida por Banco Pichincha. Sin embargo, él no había realizado dichos gastos en esa tarjeta. El juez que llevó el caso le otorgó una indemnización de \$5.000.000 de dólares de los Estados Unidos de América. De lo expuesto, se logra evidenciar que no existe proporción ni objetividad entre el daño causado y la indemnización otorgada. Además, no se aplicaron correctamente los principios de reparación integral, justicia, ni equidad; ya que en ningún otro caso que ha tenido elementos similares se ha otorgado una indemnización tan alta. Por tanto, se evidencia que, para la cuantificación del daño reputacional, en este caso el juez fijó un valor a su arbitrio sin suficientes argumentos.

A raíz de ello, cabe mencionar que el límite de motivación ha sido más exigente. En el proceso no. 01803-2018-00396 del 08 de septiembre de 2021 la Sala Contencioso Administrativa de la Corte Nacional de Justicia que conoció el recurso de casación presentado, decidió casar la sentencia puesta en su conocimiento por falta de motivación a la hora de cuantificar el daño moral. En este caso, el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo con sede en Cuenca decidió otorgar como indemnización por daño moral la cantidad de \$10.000 dólares de los Estados Unidos de América al accionante. Sin embargo, al momento de motivar la razón de por qué se otorgó esta cantidad, se limitó a enunciar doctrina y jurisprudencia sin hacer un análisis de cómo aplicaría al caso en concreto. Respecto de esto, el tribunal de la Corte Nacional menciona que la Corte Constitucional en la sentencia no.860-12-EP/19 “ha señalado que la simple enunciación abstracta de doctrina no cumple con los parámetros mínimos del derecho al debido proceso en la garantía

21 Causa No. 873-2010, Corte Provincial de Justicia de Pichincha, Segunda Sala Especializada de lo Civil, Mercantil, Inquilinato y Materias Residuales, 7 de junio de 2012.

22 Causa No. 946-2009-SR, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil, Mercantil y Familia, 28 de abril de 2010.

de la motivación”.<sup>23</sup> Además, se establece que la misma Sala en la sentencia de casación de 11 de junio de 2021 dentro del caso no. 17811-2017-00669, determinó que la sola referencia a jurisprudencia, sin hacer una identificación concreta de los casos ni explicar la pertinencia de su aplicación con los hechos controvertidos, implica un incumplimiento al deber de motivación.<sup>24</sup> De esta manera se observa que el límite de motivación tiene una mayor exigencia en la actualidad.

Pese a esto, se considera que no es factible entregar tanto poder al juez ni dejar que la cuantificación quede a la subjetividad de su prudencia. Analizándolo con el tema propuesto, podría darse el supuesto de que un juez otorgue una mayor indemnización solo por considerar que una persona es más influyente. En consecuencia, podría darse el caso de que se otorguen indemnizaciones millonarias o muy mínimas por no analizar objetivamente cómo repercute el daño en el individuo. De esta manera, en la siguiente sección se analizará el criterio objetivo que se propone como una solución anticipada para la problemática propuesta en el presente trabajo.

#### 4. PROPUESTA DE CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO REPUTACIONAL

Como se analizó en la sección anterior, la cuantificación del daño moral, y por ende el daño reputacional es ciertamente compleja. Esta complicación nace en esencia del carácter subjetivo del daño reputacional. Empero, a lo largo de esta sección se podrá observar que sí se pueden tener estándares objetivos para cuantificar el daño que —como ya se dijo— es completamente subjetivo. Además, se estudiarán distintas jurisdicciones, las cuales han tenido interesantes soluciones para cuantificar el daño moral. Finalmente, propondremos un nuevo sistema de valuación del *quantum* indemnizatorio del daño reputacional para el caso de los creadores de contenido en redes sociales.

El daño reputacional es uno de los conceptos más abstractos existentes en el mundo jurídico. Consecuentemente, es una tarea muy compleja el cuantificar el valor de una indemnización por este tipo de daño. Por esto en el Ecuador — como vimos en el título anterior— se le otorga autonomía al juez para definir el *quantum* del daño en cada caso en particular. Sin embargo, esta manera de cuantificar el daño reputacional puede resultar no objetivo y en ciertos casos, arbitrario. A continuación, se analizará el sistema de cuantificación del daño moral en tres jurisdicciones distintas al Ecuador.

23 Causa No. 01803-2018-00396, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 08 de septiembre de 2021, párr. 4.17.

24 Causa No. 01803-2018-00396, párr. 4.18.

## 4.1. ARGENTINA

El sistema jurídico argentino utiliza un método de valuación del daño extrapatrimonial aparentemente similar al ecuatoriano. El artículo 1332 del Código Civil y Comercial de la Nación prescribe que “el monto de la indemnización debe fijarse ponderando las satisfacciones sustitutivas y compensatorias que pueden procurar las sumas reconocidas”.<sup>25</sup> En otras palabras, se debe analizar el nivel de compensación y la satisfacción de la persona damnificada. Sin embargo, la manera en la que está redactado el artículo permite un amplio margen de discrecionalidad del juez en el *quantum* del daño dictando sentencias con cuantías exorbitantes<sup>26</sup> o —por el contrario— ínfimas,<sup>27</sup> las cuales fueron impugnadas. La falta de detalle en la legislación argentina sobre la indemnización del daño moral ha obligado a implementar doctrina autorizada para considerar otros sistemas de valoración. En esta, se presenta un sistema dualista de cuantificación del daño. Estos estándares de cuantificación se basan, el primero en el buen saber y entender del juez, y el segundo en un cálculo numérico objetivo.<sup>28</sup> El ordenamiento argentino trató de obviar este sistema acogiendo el segundo estándar de cuantificación únicamente en indemnizaciones por daño moral y, en consecuencia, reputacional. Sobre esto Gonzales Zavala menciona que:

[u]na decisión que no aplique algún tipo de mecanismo actuarial será *contra legem*. Lo dicho no descarta que el juez, después de hacer los cálculos matemáticos, intente demostrar (de manera fundada, con ex- aplicaciones concretas) que el resultado al que se llega con la fórmula resulta inadecuado para el caso concreto.<sup>29</sup>

En este sentido, se genera un sistema híbrido de cuantificación que se basa en criterios objetivos como prueba de un monto preciso en razón del daño moral. La cuantificación está sujeta a revisión posterior dependiendo del caso. Del análisis previamente realizado, es posible deducir que el sistema argentino es de los sistemas más avanzados en América Latina porque considera que los jueces no son entidades infalibles que siempre tendrán la razón. De esta manera, ayudan a los administradores de justicia a ejercer sus facultades de la manera más justa estableciendo un estándar objetivo basado en cálculos económicos. Asimismo, se aseguran de que el sistema indemnizatorio sea equitativo tanto para el accionante como para el accionado. Además de establecer un estándar justo, le atribuye facultades de autoridad a los jueces para

25 Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, [CCN], Ley 26.994, 07 octubre de 2014.

26 Sentencia de Segunda Instancia en el caso Santa Coloma, Luis c. Empresa Ferrocarriles Argentinos, 05 de agosto de 1986.

27 López Quirós, c. Citibank N.A., Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Civil Comercial, 20 de junio de 2006.

28 Silvina del Carmen Furlotti Moretti, “El Daño Resarcible en el Código Civil y Comercial de la Nación Argentina”, *Revista del Instituto de Ciencias Jurídicas de Puebla, México* 14, no. 46 (Julio-Diciembre 2020): 19; <http://orcid.org/0000-0002-1415-265X>.

29 Rodolfo M. González Zavala, “¿Cuánto por incapacidad?”, *RCCyC* 191, (Mayo 2016).

que modifiquen este valor tomando en cuenta su conocimiento en el derecho y sus consideraciones en cada caso concreto. No siendo suficiente, la facultad del juez de modificar el cálculo realizado en un primer momento, está sujeto a una explicación detallada del aumento o disminución de la cuantía. Esto limita la arbitrariedad del juez.

## 4.2. COLOMBIA

El ordenamiento jurídico colombiano, en cambio, no precisa el significado de daño reputacional. Mediante un análisis sistemático de la jurisprudencia y la doctrina colombiana es factible definirlo como un detrimento al patrimonio moral de la persona. Sobre este antecedente la Sentencia C-489/02 menciona que:

[E]ste derecho de la personalidad es uno de los más valiosos elementos del patrimonio moral y social [...] El derecho al buen nombre, como expresión de la reputación o la fama que tiene una persona se lesiona por las informaciones falsas o erróneas que se difundan sin fundamento y que distorsionan el concepto público que se tiene del individuo.<sup>30</sup>

Por ello se presenta la necesidad de establecer una manera para indemnizar este daño contenido en lo que Colombia llama daño moral. Frente a esta necesidad, el artículo 97 de la Ley 599 de 2000 plantea un estándar de cuantificación y explica que se deben tomar en cuenta “factores como la naturaleza de la conducta y la magnitud del daño causado”<sup>31</sup>. En este orden de ideas, la jurisprudencia también se ha pronunciado y ha interpretado este artículo reduciendo sus requisitos a dos criterios objetivos fundamentales: “la afeción de la víctima y la responsabilidad del victimario”.<sup>32</sup> En otras palabras, esencialmente se debe analizar la culpa o dolo de la persona que comete el daño y la afectación real que sufrió el damnificado.

Sobre el primer punto a tratar, el examen de intencionalidad es en sí mismo un análisis objetivo. Tiene este carácter, porque en el caso particular del daño a la reputación en redes sociales es indiscutible que el dañar a otra persona debe ser un acto intencional. Sin embargo, sobre el segundo punto, en este ordenamiento es complicado definir cuál fue la gravedad de la afectación que sufrió. Debido a esto, un Senador de la República de Colombia ha propuesto lineamientos generales en los cuales se establece un sistema de puntuación para definir el nivel de afectación de la víctima.<sup>33</sup>

30 Caso no. C-489/2, Corte Constitucional de Colombia, 26 de junio de 2002.

31 Ley 599 de 2000, Diario Oficial No. 44097 del 24 de julio de 2000.

32 Sentencia 4978, Corte Suprema De Justicia De Colombia, Sala De Casación Civil y Agraria, 5 de mayo de 1999.

33 Proyecto de ley No. 104/20. 2018-2022 [Regula la indemnización de daños], reformado por última vez R.O. 526 de 19 de junio de 2015.

|                |       |
|----------------|-------|
| Ligero         | 1-6   |
| Moderado       | 7-13  |
| Medio          | 14-21 |
| Importante     | 22-30 |
| Muy importante | 31-40 |
| Importantísimo | 41-50 |

En consecuencia, en principio existe una suerte de objetivismo en la valuación indemnizatoria de un daño a la personalidad. Empero, este estándar supuestamente objetivo sigue dependiendo —en su génesis— de la discrecionalidad del juez. Es decir que el juez es el que define la gravedad de la afectación de la víctima y consecuentemente el *quantum* de su indemnización. Por esto, el sistema colombiano en realidad es un sistema subjetivo que depende del buen juicio del administrador de justicia. Pero se tienen criterios objetivos que deben ser aplicados.

### 4.3. ESPAÑA

El sistema español mantiene una corriente clásica para la valuación del daño reputacional. De hecho es bastante similar al sistema ecuatoriano por establecer que los jueces deben resolver sobre la base de su conocimiento, cada caso en concreto. No obstante, este sistema, en palabras de Jordi Alimany, debe “basarse en [*primero*] la gravedad de los hechos, [*segundo*] la intencionalidad de estos y [*tercero*] el grado de difusión a terceros”.<sup>34</sup>

El primer requisito se refiere a la afectación que ha recibido la víctima. Para cuantificar esto, se utilizan baremos o tablas con un sistema de puntos el cual fue heredado al sistema colombiano como vimos anteriormente. La Ley 35/2015 en su artículo 104 establece que el régimen de valoración económica del daño extrapatrimonial se contiene en el baremo económico de la tabla 2.A.2.<sup>35</sup> Sin embargo, estos baremos no contemplan las vulneraciones a los derechos de la personalidad o a la reputación como tal. La calificación de gravedad no tiene un criterio objetivo como lo tendría algún otro tipo de valuación dañosa en España. Es decir, la intensidad de la afectación espera a ser determinada por la prudencia del juez competente en cada caso.

El segundo requisito, se refiere en cambio a la intencionalidad del acto. La acción dañosa que afecta a la reputación de las personas, en este caso en

<sup>34</sup> Jordi Alimany. Compensación económica del daño moral en España. (Bruselas: Mondaq, 2019). <https://www.mondaq.com/trials-appeals-compensation/875998/compensacin-economica-del-dao-moral-en-espaa>.

<sup>35</sup> Ley 35/2015, «BOE» núm. 228, 23 de septiembre de 2015.

redes sociales, no puede darse sin la convicción e intención del que realiza el acto. Por tanto, se reduce a una calificación objetiva en sí misma.

El tercer requisito cobra mucha importancia cuando hablamos del daño reputacional en redes sociales. Esto podría reflejarse en un carácter objetivo con ayuda de las herramientas digitales que miden la difusión de cierta publicación o alcance que tiene un determinado *influencer*. De esta forma, es clara la posibilidad de medir la difusión que tuvo una determinada publicación al analizar cuántas personas se detuvieron a ver o interactuar para que se produzca la afectación.

A lo largo de toda esta sección se han analizado distintas maneras de valuación del daño reputacional que pueden utilizarse para cuando surge de actos dentro de redes sociales. El objetivo de este análisis es desarrollar una opción factible para aplicar en el sistema ecuatoriano. De esta forma, integrando los tres ordenamientos antes mencionados, podremos generar una manera de valuación ideal para el sistema ecuatoriano en lo que respecta al daño reputacional que pueden sufrir los *influencers*. Este sistema consiste en tres puntos principales.

Primero, tomar cálculos matemáticos para definir el *quantum* indemnizatorio. Estos pueden ser basados en estándares objetivos como pérdida de seguidores, cantidad de personas que dejaron de consumir su contenido y el nivel de alcance o difusión que tuvo la publicación o publicaciones que causaron la afectación. Segundo, otorgar al juez una facultad de modificación del *quantum* para que no pierda su cualidad de administrador de justicia. Tercero, y conectado con el punto anterior, requerir que los jueces fundamenten el aumento o disminución del *quantum* basado en los requisitos de la gravedad, la intencionalidad y grado de difusión a terceros. De esta manera, aseguramos que en principio la cuantificación del daño se haga por un método objetivo, el cual esté sujeto a una revisión de opinión judicial posterior. En este sentido, en el Ecuador se remplazaría el estándar subjetivo que tienen los jueces para la determinación de la indemnización. Y se obligaría a que su decisión se acople a cada caso concreto admitiendo flexibilidad en el *quantum* final con una debida motivación.

## 5. CONCLUSIÓN

Ciertamente, el daño extrapatrimonial tiene un alto nivel de complicación al momento de definir una indemnización justa. Esto se intensifica aún más cuando el daño es a través de redes sociales y genera un perjuicio real. El

perjuicio puede ocurrir cuando se vulnera la reputación de una persona que es reconocida en las redes. Los *influencers* son conocidos mundialmente como personas que generan contenido para que otras personas consuman y disfruten de este. De hecho, esta actividad se ha vuelto tan popular en el mundo hiperconectado en el que vivimos que permite lucrar de estas actividades. Por ejemplo, ciertas plataformas tienen el sistema de monetización que funciona como una recompensa al *influencer* por generar contenido en su aplicación. Por lo tanto, se puede concluir que su reputación dentro de las redes sociales es la que genera un beneficio económico para estas personas.

Al tener ingresos directos derivados de las actividades de generación de contenido en redes sociales, los *influencers* pueden verse afectados por terceras personas, generando así responsabilidad civil para los que cometen estos actos. Esta situación genera la necesidad de tener un sistema de indemnización para las circunstancias en las que se vea afectada la reputación, que es un derecho de la personalidad de los sujetos. A lo largo de este artículo se han contrastado distintos tipos de indemnización arrojando las siguientes conclusiones.

En primer lugar, el sistema de valuación del *quantum* indemnizatorio en el Ecuador ha funcionado durante algunos años. El hecho de que siga vigente con el pasar de los años no significa que es infalible. Por el contrario, se demostró que existen fallas sustanciales en este proceso. En primer lugar, se basa en un sistema subjetivo de los jueces, el cual a pesar de tener límites como la motivación, puede no resultar óptimo al momento de la valoración. Esto puede generar indemnizaciones desiguales para casos similares. De manera que se genera una jurisprudencia dispareja y no se forma un criterio uniforme en las decisiones judiciales referentes al daño extrapatrimonial, específicamente a la reputación. Además, este sistema subjetivo implica un conocimiento pulcro del sistema ecuatoriano de daños por parte de los jueces, lo que ubica al juez como un ente infalible cuyo criterio siempre será acertado. En la práctica, se ha visto que el criterio de los jueces puede verse afectado por factores externos o por errores intrínsecos de las personas.

Respecto a la complicación para cuantificar los daños reputacionales en el Ecuador, este artículo ha presentado una solución que recoge características de ordenamientos similares. Esta solución consiste en obligar al aparato judicial a cuantificar la indemnización por el daño reputacional con fórmulas matemáticas objetivas. Pero, dejando la facultad al juez para poder aumentar o disminuir este resultado ajustándolo a cada caso en concreto. Además, para evitar desigualdad en las mismas condiciones, el juzgador estaría obligado a sustentar su modificación del *quantum* de una manera concreta y lo más clara posible.

Sin perjuicio de que el presente artículo presenta la aplicación de un sistema objetivo, es importante aclarar que no se desconoce completamente el sistema



que ha adoptado el Ecuador. Al igual que el criterio de los juzgadores, la solución presentada en este escrito no es infalible. Sin embargo, es lo más cercano para cumplir con la máxima del derecho de dar a cada uno lo que se merece, y así, obtener decisiones justas para controversias que surjan de una violación a la reputación de los *influencers* en redes sociales.

PÉREZ  
BUSTAMANTE  
& PONCE

# PBP

**Entendemos los negocios,  
pensamos en el país,  
ideamos soluciones.**



[www.pbplaw.com](http://www.pbplaw.com)

 Pérez Bustamante & Ponce (PBP)

 @pbplaw

# ¿Pueden las Fuerzas Armadas intervenir en el crimen organizado transnacional?

## *Can Military Forces intervene in transnational organized crime?*

NATHALY HERNÁNDEZ ALVEAR\*  
MILENA GONZÁLEZ GARZÓN\*\*  
VALERY DOMÉNICA SANDOVAL VALLEJO\*\*\*

**Recibido / Received:** 01/07/2022  
**Aceptado / Accepted:** 11/09/2022  
**DOI:** <https://doi.org/10.18272/ulr.v9i2.2753>

### **Citación:**

Hernández Alvear N., González Garzón M., Sandoval Vallejo V. «¿Pueden las fuerzas armadas intervenir en el crimen organizado transnacional?». *USFQ Law Review*, Vol 9, no 2, octubre de 2022, pp. 19 - 39, doi: 10.18272/ulr.v9i2.2753

---

\* Universidad San Francisco de Quito USFQ, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-4726-9109> Correo electrónico: nathaly2011hernandez@gmail.com

\*\* Universidad San Francisco de Quito USFQ, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0002-6341-3932> Correo electrónico: similenag@hotmail.com

\*\*\* Universidad San Francisco de Quito USFQ, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador ORCID ID: <https://orcid.org/0000-0003-2887-3156> Correo electrónico: vsandovalv@estud.usfq.edu.ec

## RESUMEN

La existencia del crimen organizado transnacional produjo altos índices de criminalidad en la sociedad ecuatoriana, haciendo ineficiente el actuar de la Policía. Por este motivo, se analiza la posibilidad de la intervención militar para combatir esta amenaza, a través de la recopilación de información y un análisis jurídico de los hechos. Con base en ello, se ha podido concluir que sí existe la posibilidad de que las Fuerzas Armadas intervengan, ya sea de forma excepcional por los altos índices de criminalidad cuando estos afecten el orden interno, o de forma plena en cumplimiento de su misión constitucional siempre y cuando exista amenaza a la soberanía. Sin necesidad de una reforma constitucional existen posibilidades de combatir de manera integral el crimen organizado.

## PALABRAS CLAVE

Fuerzas Armadas; crimen organizado; seguridad integral; Policía Nacional; seguridad interna

## ABSTRACT

*The existence of transnational organized crime has produced high crime rates in Ecuadorian society, making the Police performance inefficient. Therefore, we analyze the possibility of military intervention to combat this threat. Through the collection of information and a legal analysis of the facts, the resulting conclusions lead to the possibility of intervention of the Armed Forces; exceptionally, due to high crime rates when these affect internal order, or fully, in compliance with their constitutional mission as long as there is a threat to sovereignty. In conclusion, there are possibilities to comprehensively combat organized crime without the need for a constitutional reform.*

## KEYWORDS

*Military Forces; organized crime; comprehensive security; National Police; internal security*

## 1. INTRODUCCIÓN

En el Ecuador, desde el 1 de enero hasta el 25 de abril de 2022, se han registrado 1.241 homicidios intencionales cometidos dentro del territorio nacional. Dicha cifra equivale al 90% de la cantidad anual tabulada en el 2020 y el 49% del 2021.<sup>1</sup> Esto demuestra que existe un peligro latente que crece cada año y transgrede a ciudadanos inocentes, ya que han dejado de ser crímenes comunes y se han convertido en atentados de organizaciones criminales estructuradas con alto nivel de inteligencia y armamento, las cuales han afectado no solamente a la seguridad nacional sino también a la gobernabilidad.

Por esta razón, en el transcurso del año 2022 se han cometido actos inéditos de violencia tales como la explosión en el barrio de Cristo de Consuelo, ligado a un conflicto de venta y consumo de drogas<sup>2</sup>; asesinatos a funcionarios del sistema judicial<sup>3</sup>; cadáveres colgados en el puente de Durán, en el que se evoca un conflicto entre bandas delictivas<sup>4</sup>; motines y asesinatos dentro de los centros de rehabilitación<sup>5</sup>, entre otros. Este oleaje de violencia ha sido resultado de una paupérrima intervención de la fuerza policial, conjunto a una normativa jurídica limitante que impide la actuación integral de las instituciones de seguridad. Pero, ¿cómo el Ecuador puede solucionarlo? Esta es una interrogante que ha sido debatida en otros países y comentada por órganos internacionales de derechos humanos.

Por lo expuesto, en este artículo en primera instancia se analizará la evolución del crimen organizado dentro del Ecuador y posteriormente se discutirá la factibilidad de la intervención de las Fuerzas Armadas en la seguridad interna como respuesta a las olas de violencia. De esta manera, se arribará a una solución para la desarticulación del crimen organizado transnacional, considerando el marco jurídico ecuatoriano que permite la cooperación entre la fuerza militar y la Policía Nacional.

## 2. CRIMEN ORGANIZADO Y SU EVOLUCIÓN EN LA TRANSACCIONALIDAD

El crimen organizado puede definirse como la unión de un grupo de personas que, por medio de actividades delictivas constantes, buscan una utilidad

1 Decreto Ejecutivo 411, Presidencia de la República [Declaratoria de estado de excepción, causal, motivación, ámbito territorial y período de duración], de 29 de abril de 2022.

2 GK, "Explosiones en Ecuador: un recuento cronológico", GK, 18 de agosto de 2022, <https://gk.city/2022/08/18/explosiones-en-ecuador-recuento-cronologico/>

3 GK, "Estos son los jueces y fiscales asesinados en Ecuador en 2022", GK, 25 de agosto de 2022, <https://gk.city/2022/08/25/estos-son-jueces-fiscales-asesinados-ecuador-2022/>

4 Liz Briceño Pazmiño, "Aparecen dos hombres colgados del puente de Durán", GK, 14 de febrero de 2022, <https://gk.city/2022/02/14/hombres-colgados-puente-duran/>

5 Redacción BBC News Mundo, "Ecuador: más de 40 muertos tras un nuevo motín carcelario", *BBC News*, 9 de mayo de 2022, <https://www.bbc.com/mundo/noticias-internacional-61326507>

económica.<sup>6</sup> Los elementos que diferencian al crimen organizado de otro tipo de agrupaciones ilícitas son la existencia de una organización estructurada y flexible, el cometimiento de una actividad delictiva, y el objetivo de generar un rédito económico de esa actividad criminal.<sup>7</sup>

Por un lado, la existencia de una organización estructurada hace referencia a una agrupación de personas que, por medio de la división de trabajo, tiene como finalidad la ejecución de un delito que por su complejidad no puede ser realizado por una sola persona. Por otro lado, la flexibilidad presupone que estas organizaciones pueden ser estructuradas y definidas de diferentes formas pues no se centran en una sola conceptualización. Además, pueden ser cambiantes de acuerdo a su adaptabilidad para seguir delinquir, ya sea para cometer el mismo delito indefinidamente u otros delitos.<sup>8</sup>

En principio, para que una organización pueda ser denominada criminal, debe tener como finalidad la ejecución de delitos o de actividades ilícitas, es decir que su propósito sea la práctica de actividades que forman parte de una cadena que tiene como fin delinquir. Sin embargo, la característica que marca una diferencia importante dentro de la determinación de una organización criminal es la motivación de un rédito económico por el cometimiento de estos delitos. En otras palabras, que la práctica de estas actividades ilícitas les signifique una recompensa y con ello se fundamente su permanente actuar.<sup>9</sup>

En sentido abstracto, y guardando la distancia entre estas dos entidades, se podría equiparar a las organizaciones criminales con una empresa, ya que esta también busca producir utilidades por medio de una actividad comercial. En esta comparación, es necesario tomar en cuenta que la primera es una organización totalmente ilegal y la segunda es una entidad económica legítima. En el caso de las organizaciones criminales su objeto gira en torno a actividades prohibidas por la ley pues tienen un mercado criminal ilícito como lo es el tráfico de órganos, la trata de personas, el narcotráfico, el tráfico de armas, etc.<sup>10</sup>

De la misma manera, se puede determinar que los factores que en algún punto llevaron a las compañías a internacionalizarse, son los mismos que ayudaron a las organizaciones criminales a expandir sus fronteras. Así pues, se encuentra la globalización, la comunicación celular, la efectividad del sistema del transporte y el internet como agentes que han permitido que este tipo de

6 The Global Initiative Against Transnational Organized Crime. Índice global de crimen organizado 2021 (Ginebra: GI-TOC, 2021), 143, <https://globalinitiative.net/wp-content/uploads/2021/09/global-ocindex-report-spanish.pdf>.

7 Julio Rivera Clavería, *El Crimen Organizado* (Guatemala: Instituto de estudios en seguridad, 2011), 9-10.

8 The Global Initiative Against Transnational Organized Crime. Índice global de crimen organizado 2021 (Ginebra: GI-TOC, 2021), 143, <https://globalinitiative.net/wp-content/uploads/2021/09/global-ocindex-report-spanish.pdf>.

9 Ibid.

10 Ibid., 144-145.

organizaciones puedan tener una división de trabajo efectiva sin necesidad de encontrarse cerca e incluso estando dispersas en varios países.<sup>11</sup>

En fin, se puede concluir que las organizaciones criminales son agrupaciones estructuradas y estables que, por medio de la ejecución de delitos, buscan un beneficio económico y, gracias a la conectividad del mundo actual, han podido expandir sus fronteras y radicarse en varios espacios territoriales sin perder su efectividad.

## 2.1. ASENTAMIENTO DE ORGANIZACIONES CRIMINALES EN EL ECUADOR

El estudio del índice global de crimen organizado del 2021, realizado por Global Initiative Against Organized Crime, afirma que la existencia del crimen organizado transnacional es una realidad, y que este se desarrolla mucho más rápido que las políticas públicas que lo enfrentan o que al menos tratan de hacerlo.

Dentro del mencionado estudio se determina que América es:

...el único continente donde los mercados más generalizados son las drogas. El comercio de cocaína fue identificado como el mercado ilícito más prolífico del continente, con un promedio continental de 7,41,<sup>12</sup> la puntuación promedio más alta de cualquier continente en cualquiera de los 10 mercados criminales.<sup>13</sup>

Es tan radical el dominio de esta actividad ilícita, que incluso se podría hablar de un monopolio de producción de cocaína, por lo que no existe suficiente oportunidad de desarrollo de otros mercados ilícitos dentro de la región. Si bien este estudio no señala con claridad quiénes son los actores de estas actividades delictivas, sí puede medir de forma abstracta la participación de grupos que influyen dentro de este mercado. Los resultados arrojaron que un índice de 5,46 les corresponde a los grupos organizados, seguidos por los grupos mafiosos con un índice de 5,40, que a su vez son financiados por grupos extranjeros, especialmente colombianos y mexicanos, que tienen un índice de 5,24<sup>14</sup>.

Es así que en la actualidad, dentro del Ecuador se ha determinado la presencia de cárteles de narcotráfico mexicano tales como Sinaloa, Jalisco Nueva Generación, Zetas, Familia Michoacana, Cartel del Golfo, entre otros<sup>15</sup>; cuyo

11 Fernando Bermejo Marcos, *La globalización del crimen organizado* (San Sebastián: EGUSKILORE, 2010). 103-104.

12 El rango de evaluación de los índices va del 0 al 10, siendo el 10 la puntuación más alta.

13 The Global Initiative Against Transnational Organized Crime. *Índice global de crimen organizado 2021* (Ginebra: GI-TOC, 2021), 74, <https://globalinitiative.net/wp-content/uploads/2021/09/global-ocindex-report-spanish.pdf>.

14 *Ibid.*

15 La Hora, "Seis bandas se disputan el control de las cárceles", *La Hora Ecuador*, 30 de septiembre de 2021, [www.lahora.com.ec/pais/carceles-control-bandas-narcotrafico-ecuador-muertes/](http://www.lahora.com.ec/pais/carceles-control-bandas-narcotrafico-ecuador-muertes/)

principal objetivo es controlar los puertos marítimos para el transporte de sustancias sujetas a fiscalización. Por tal razón, estos grupos delictivos han incorporado en su organización a bandas nacionales como Choneros, Los largartos, Pipos, Tiguerones y Chone Killers<sup>16</sup>. Así mismo, dentro del Ecuador se presume la confabulación de mafias tales como la albanesa, china e italiana, cuyo eje principal no solamente es el narcotráfico, sino el turismo sexual, sicariato y el tráfico de órganos<sup>17</sup>.

El asentamiento de estas organizaciones criminales ha permitido que paulatinamente aumente la violencia dentro del país. Durante el año 2022 se han producido asesinatos a jueces y fiscales, explosiones, y motines dentro de los centros de rehabilitación. Estos hechos han mostrado la incapacidad de los efectivos policiales para erradicar y controlar el asentamiento de los grupos criminales, a pesar de que en el Ecuador hay “51.310 policías”<sup>18</sup>, que se encuentran principalmente distribuidos en 13 provincias con cifras de “2,8 hasta 5 uniformados por cada 1000 ciudadanos”<sup>19</sup>, superando la cantidad sugerida por la ONU, cuyos rangos son “2,9 servidores policiales por cada 1000 habitantes”<sup>20</sup>. En atención a tales datos, la interrogante que surge es ¿qué cualidad poseen los entes policiales ecuatorianos?

En respuesta a la pregunta planteada anteriormente, conviene subrayar que desde el 2018 hasta el 2022 “1.898 policías ecuatorianos fueron apresados por haber cometido contravenciones o delitos tipificados en el Código Integral Penal”<sup>21</sup>. Sin embargo, el “63% de estos policías volvieron a la fuerza”<sup>22</sup>. En el Ecuador, los agentes policiales al momento de ser reclutados cumplen con requisitos físicos, educativos y antecedentes judiciales intachables. No obstante, al ingresar a la Fuerza se encuentran sumidos en un ente corrupto, que se compromete a mantener sus cargos a pesar de haber cometido delitos penales; dejando de lado las normas que deben cumplir y los ciudadanos que deben proteger.

## 2.2. EVOLUCIÓN DEL ECUADOR DENTRO DE LA NARCOACTIVIDAD

Dentro de los países andinos Ecuador era una nación con ausencia de cultivos ilícitos, pero en los años ochenta, debido a la posición geográfica que tiene,

16 La Hora, “Mafias, un escalón más peligroso que los cárteles de droga, operan en Ecuador”, *La Hora Ecuador*, 25 de enero de 2022, [www.lahora.com.ec/pais/mafias-muertes-violentas-presencia-ecuador/](http://www.lahora.com.ec/pais/mafias-muertes-violentas-presencia-ecuador/)

17 El telégrafo, “Ministro del Interior asegura que hay mafias internacionales en el Ecuador”, *El Telégrafo*, 18 de mayo de 2022, <https://www.eltelegrafo.com.ec/noticias/actualidad/44/ministro-interior-mafia-crimen-organizado-ecuador>

18 Bolívar, Velasco. En cuatro provincias del Ecuador hace falta un mayor número de policías. *El Comercio*, 24 de marzo de 2022, párr. 13, <https://www.elcomercio.com/actualidad/seguridad/provincias-ecuador-falta-policias-violencia-crimen.html>

19 Ibid.

20 Daniel Schuster Rodríguez. ¿Como se gobierna la seguridad desde el ámbito local?, (Costa Rica:2017), 55, <http://repo.sibdi.ucr.ac.cr:8080/jspui/bitstream/123456789/6447/1/41000.pdf>

21 Alina Manrique. “Delitos policiales: la ineficacia depuración en Ecuador”, *GK*, 25 de julio de 2022, párr. 7, <https://gk.city/2022/07/25/delitos-policia-depuracion-corrupcion/>

22 Ibid, párr. 7.



al encontrarse rodeado de países como Perú siendo el mayor productor de cocaína, y Colombia como el mayor exportador de esta, el Ecuador se involucró de manera muy significativa en tareas de tránsito y apoyo logístico. Claro que su intervención en el narcotráfico no se terminó ahí. Años después, comenzó el cultivo de coca en la zona oriental del país, específicamente en las provincias de Napo y Sucumbíos, las cuales fueron descubiertas por la policía ecuatoriana dos años más tarde, quienes destruyeron las áreas de cultivo y desmantelaron al primer laboratorio de fabricación de precursores químicos<sup>23</sup>.

Posteriormente, en 1989 se descubrieron evidencias del renacimiento de cultivos en el Oriente, Esmeraldas, Quito y Santo Domingo de los Colorados. Estas continuaban siendo plantaciones marginales que no presionaban al Estado, sino que respondían a mercados externos y no a una producción interna influenciada por la frontera colombiana. No obstante, con el pasar del tiempo la insuficiencia de recursos estatales para el control de plantaciones ilícitas desencadenó en el aumento de la producción de coca, así como en el aumento de tráfico de precursores ya que varias veces se realizaban importaciones mayores a lo requerido por la industria. Sin embargo, como esta acción no era considerada delito, era imposible detener a los gestores<sup>24</sup>, así que en los años noventa la Procuraduría General del Estado presentó un proyecto de reformas a la ley que:

[...]contemplaba la ampliación de las penas de reclusión mayor extraordinaria, la extradición de nacionales involucrados en el tráfico de drogas, la ‘regulación del hábeas corpus’ y la penalización de algunas actividades antes no consideradas como ilegales, tales como el tráfico de precursores y el narcolavado.<sup>25</sup>

No obstante, la reforma realizada tuvo grandes críticas ya que atacaba de manera directa a las actividades de los pequeños traficantes y consumidores, pero no a los verdaderos implicados, quienes eran organizaciones criminales que crecían con el tiempo.

Más adelante, en los años 2018 y 2019, el Ecuador se vio vulnerado por la presencia de la delincuencia organizada, la cual afectaba la paz de la nación con atentados tales como un coche bomba en San Lorenzo, la detonación de una antena en la parroquia Viche, la destrucción de un patrullero en Alto Tambo y el secuestro y asesinato de periodistas en Mataje<sup>26</sup>. Estos actos son evidencia del gran índice de criminalidad que con el pasar de los años no ha cambiado.

23 Alexei Páez, “La inserción ecuatoriana en la dinámica andina del narcotráfico”, en *La Economía Política del Narcotráfico: El Caso Ecuatoriano*, ed. Bruce Bagley, Adrián Bonilla, y Alexei Páez (Quito: FLACSO-Sede Ecuador, 1991), 144.

24 *Ibid.*, 147.

25 *Ibid.*, 154.

26 Renato Rivera Rhon y Carlos Bravo Grijalva, “Crimen organizado y cadenas de valor: el ascenso estratégico del Ecuador en la economía del narcotráfico”, *Urvio. Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad* 14, no. 28 (Septiembre 2020): 21, <https://revistas.flacsoandes.edu.ec/urvio/issue/view/187/233>.

Las organizaciones criminales continúan haciendo uso de la violencia como mecanismo de defensa para llevar a cabo el narcotráfico y mantener el control de organizaciones rivales que realizan las mismas acciones.

### **2.3. IMPORTANCIA DEL ECUADOR EN LA NARCOACTIVIDAD**

Durante los últimos años Ecuador se ha convertido en un país muy codiciable para el crimen organizado transnacional debido a que se han expandido en la región organizaciones dedicadas al narcotráfico, con la implementación de un nuevo modelo de reestructuración. Esto se explica porque las rutas comenzaron a tener una nueva fuente de origen que no solo iniciaba en Colombia para llegar a su destino sino también en el Ecuador, facilitando así el cultivo y el tránsito de la mercancía ilícita.

Además se han creado varios pasos fronterizos no autorizados que contribuyen a la logística del transporte de sustancias sujetas a fiscalización, ya que no solo coadyuvan a evitar el control de las autoridades en el narcotráfico, sino también para el cometimiento de otros ilícitos como el tráfico de hidrocarburos o armamentos. Asimismo, un factor importante es la moneda en curso dentro del Ecuador, el dólar americano. Esto permite que la mercancía tenga un mayor precio en el mercado, que a la vez es fundamental para el lavado de activos al permitir la adquisición de bienes con estabilidad monetaria, que debido a su gran circulación hace al dólar norteamericano más cotizado y con menor devaluación frente al peso colombiano.

Por último, el Ecuador es considerado un punto estratégico por la presencia de controles débiles, ya que es evidente que en el marco del crimen organizado transnacional, existe poca intervención de las Fuerzas Armadas (en adelante, F.F.A.A.), empezando por una normativa que restringe su participación, es decir, solo actúa cuando es necesario hacerlo. La falta de preparación para afrontar la realidad actual y la deficiencia en materia de tecnología, permite que las sustancias ilícitas no sean retenidas y lleguen a su destino sin inconveniente alguno.

Así pues, tal como menciona la Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad, todas estas condiciones favorables contribuyen a que se lleve a cabo el efecto dominó, en el que se realiza la migración de la materia prima a sus alrededores más próximos, en este caso implica la expansión de la hoja de coca de la frontera de Perú y Colombia a Ecuador.<sup>27</sup>

---

27 Ibid.,13.

## 2.4. LEGISLACIÓN APLICABLE EN EL ECUADOR CON RELACIÓN AL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL

En la normativa ecuatoriana, existen pocas disposiciones que hacen referencia al crimen organizado transnacional. Se puede interpretar que esta legislación busca tener un concepto más amplio que incluya a más tipos de organizaciones criminales, por lo que el crimen organizado es entendido como una especie de delincuencia organizada.

Por ende, el Ecuador tiene en ciertos temas una normativa llena de vacíos que ocasionan incertidumbre, es por ello que, en apelación a la seguridad jurídica, algunos doctrinarios como Boister y Zúñiga<sup>28</sup> establecen un concepto claro y concreto de crimen organizado transnacional. No obstante, si se optara por conceptualizarlo, sería un verdadero reto en el que se debería tratar de abarcar todo crimen que pueda darse en el futuro para no dejarlo en la impunidad. De esta manera, es razonable no limitarse estrictamente a una definición única, porque con ello se estaría excluyendo a ciertos delitos similares que emergen de manera constante a medida que la tecnología avanza, por lo que se tendría que elaborar una normativa que se adapte a la realidad actual y que evolucione con el tiempo.

A pesar de no haber normativa ecuatoriana suficiente que permita tener un panorama claro en este tema, en lo que respecta a la existente, se pueden identificar algunas disposiciones. En cuanto al Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP), su artículo 496 se refiere a las investigaciones que se deben llevar a cabo de forma conjunta con otros países, en consideración de normativas de asistencia penal internacional<sup>29</sup>. También está el Código Orgánico de Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público cuyo artículo 61 numeral 11 prescribe que una de las funciones que ejerce la Policía Nacional, es la prevención e investigación de la delincuencia organizada transnacional.<sup>30</sup> Además, en el ámbito de la inteligencia, la ley de Seguridad Pública de Estado crea al Sistema Nacional de Inteligencia (en adelante SIN), que tiene como ente rector al Centro de Inteligencia Estratégica (en adelante C.I.E.S.), ejerciendo la potestad de identificar estructuras, impactos en la seguridad, su colaboración con el sistema de justicia criminal, y operaciones internacionales del crimen organizado transnacional.<sup>31</sup> Dentro del Sistema de Inteligencia

28 Neil Boister, "Transnational Criminal Law?" (European Journal of International Law, 2003), 954, citado en Rosa Angélica Sornoza Castro, "Delincuencia organizada transnacional y su incidencia en las relaciones internacionales", *593 Digital Publisher CEIT 7*, no. 1-1. (febrero 2022): 558, doi.org/10.33386/593dp.2022.1-1.994.

Laura Zúñiga Rodríguez, *El concepto de criminalidad organizada transnacional: Problemas y propuestas*. (Nuevo Foro Penal, 2016), 95, citado en Rosa Angélica Sornoza Castro, "Delincuencia organizada transnacional y su incidencia en las relaciones internacionales", *593 Digital Publisher CEIT 7*, no. 1-1. (febrero 2022): 555, doi.org/10.33386/593dp.2022.1-1.994.

29 Artículo 496, Código Orgánico Integral Pena [COIP]. R.O 180, 10 de febrero de 2014.

30 Artículo 61, Código Orgánico de Entidades de Seguridad Ciudadana y Orden Público [COESCOP]. R.O. Suplemento 19, 21 de junio de 2017.

31 Artículo 9, Reglamento a la Ley de Seguridad Pública y del Estado. R.O. Suplemento.290, 30 de septiembre de 2010.

Nacional se encuentra un subsistema de Inteligencia Militar del Comando Conjunto de las Fuerzas Armadas, que les permite cooperar en actividades de inteligencia militar con respecto a ámbitos relacionados a su competencia.<sup>32</sup>

### 3. FUERZAS ARMADAS Y SU MARCO LEGAL

Las Fuerzas Armadas son una institución que se encuentra dentro de la estructura de protección de los derechos y libertades de los ciudadanos, al igual que la Policía Nacional. Si bien las dos son instituciones de defensa, cada una tiene una misión constitucional que las diferencia. Las F.F.A.A. defienden la soberanía y la integridad territorial, con lo cual cooperan al desarrollo y seguridad integral del Estado; mientras que la Policía Nacional es responsable de la protección interna y el orden público, actuando en pro de las necesidades de la ciudadanía. Por ende, las F.F.A.A. tienen un ámbito de competencia centrado en la defensa nacional, mientras que la Policía Nacional ostenta competencia en los temas de seguridad ciudadana como la delincuencia común.

Además, en virtud de la racionalidad del medio empleado en el uso de la fuerza, cada una de las entidades cuenta con un armamento acorde a sus funciones empleadas. Esto se puede evidenciar en el artículo 16 del Reglamento sobre Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios; en el que se prescribe que las armas de fuego restringidas a la Policía Nacional son las carabinas de repetición, revólveres hasta el calibre 38, gases de empleo de la Policía Nacional, subametralladoras y pistolas semiautomáticas de hasta calibre 9mm<sup>33</sup>. En cambio, en el mismo cuerpo normativo, en el artículo 15 se especifica que las armas apropiadas para las F.F.A.A, son los cañones, tanques de guerra, granadas de mano, lanzagranadas, bombas de aviación<sup>34</sup>, entre otras más que puedan ser de uso para la guerra y proteger la integridad territorial. Por tanto, frente a la diferenciación y con base en la normativa antes detallada, se ha recomendado que exista una defensa proporcional al uso de la fuerza, en función de respetar cada una de sus competencias y evitar un exceso en el medio empleado.

Incluso la Corte IDH, en el caso *Nadege Dorzema y otros Vs. República Dominicana*, en la sentencia de 24 de octubre de 2012, evidenció que en el supuesto tráfico de estupefacientes, el Estado no realizó un operativo acorde a la situación sino demostrando una falta de capacitación y organización, provocando la muerte de varias personas. Por lo tanto, la Corte recomienda a los agentes estatales realizar una evaluación considerando que el uso de la fuerza debe estar en armonía con los principios de legalidad, absoluta necesidad y

<sup>32</sup> Artículo 7, Reglamento a la Ley de Seguridad Pública y del Estado, 2010.

<sup>33</sup> Artículo 16, Reglamento a la Ley sobre Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios. R.O 32, 27 de marzo de 1997.

<sup>34</sup> Artículo 15, Reglamento a la Ley sobre Armas, Municiones, Explosivos y Accesorios, 1997.

proporcionalidad. En este sentido siguiendo los principios básicos del uso de la fuerza, el Estado debería emplearla cuando exista un objetivo legítimo que no pueda ser protegido por otro medio menos dañoso, empleándola de manera proporcional a la recibida<sup>35</sup>.

En Ecuador, la seguridad ciudadana, así como la soberanía, son considerados bienes jurídicos protegidos por la Constitución<sup>36</sup> que, en ocasiones como las guerras, robos que atentan contra la vida y amotinamientos penitenciarios, solo pueden ser protegidos por medio del uso de la fuerza. Esta fuerza empleada por el Estado debe ser proporcional al nivel de resistencia o agresión recibida. Actualmente el nivel de agresión por parte de las organizaciones criminales asentadas en Ecuador puede llegar a ser incluso más alto que el de respuesta empleado por la fuerza legítima del Estado, en este caso ejercida por la Policía Nacional. Un ejemplo de ello se ve reflejado en la noticia de 3 de septiembre del 2022 publicada por el periódico *Primicias*, donde se registra la requisita de fusiles y artefactos explosivos de uso militar dentro de la penitenciaría del litoral<sup>37</sup>, sin contar con que anteriormente se han llegado a encontrar hasta motosierras<sup>38</sup>. Es claro que la fuerza con la que está respondiendo el Estado, no es proporcional sino de menor nivel a la fuerza de agresión de las organizaciones criminales, lo que resulta ineficiente para la tutela de los bienes jurídicos protegidos.

Ahora bien, existe una excepción mediante la cual las Fuerzas Armadas pueden colaborar con la Policía Nacional y, por lo tanto, tratar temas de seguridad interna. Esta se da bajo supuesto de un estado de excepción. Así pues, se entiende que esta cooperación ocurre únicamente en casos excepcionales y dentro de un carácter urgente y necesario del territorio nacional. Inclusive, la Corte Constitucional en la sentencia No. 33-20-IN/21 ha determinado como requerimientos que esta cooperación tiene que ser: extraordinaria, subordinada, complementaria a las funciones de la PNE, regulada y fiscalizada<sup>39</sup>. Además, las F.F.A.A en su rol de cooperación deberán emplear la fuerza de forma progresiva y proporcional a la resistencia empleada por el otro sujeto. Esta proporcionalidad no solo se debe evidenciar en el uso de la fuerza, sino también en la movilización del personal de las F.F.A.A. y debe ceñirse a los límites de lo expresado en el decreto de excepción tanto espacial como temporalmente.<sup>40</sup>

35 Caso *Nadege Dorzema y Otros Vs. República Dominicana*. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, reparaciones y Costas, 24 de octubre de 2012, párr. 83-85.

36 Artículos 158 y 163, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

37 Redacción *Primicias*, "Policía incauta explosivos y más de 3.300 municiones en la Penitenciaría", *Primicias*, 3 de septiembre de 2022, <https://www.primicias.ec/noticias/sucesos/policia-incauta-explosivos-municiones-penitenciaria-litoral/>

38 Oliver Pieper, "Matanza en las cárceles de Ecuador: una catástrofe anunciada", *DW Made for Minds*, 26 de febrero de 2021, <https://www.dw.com/es/matanza-en-las-c%C3%A1rceles-de-ecuador-una-cat%C3%A1strofe-anunciada/a-56719666>

39 Causa No. 33-20-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador, 05 mayo de 2021, párr. 97.

40 Dictamen No. 6-21-EE, voto salvado, Corte Constitucional del Ecuador, 03 noviembre de 2021, párr. 35.

El motivo de esta limitación a la cooperación de las instituciones de seguridad se da para garantizar un procedimiento adecuado en los distintos escenarios de conflicto. Tomando en cuenta que las F.F.A.A se capacitan para enfrentar a situaciones de guerra, mientras que la Policía Nacional se forma para combatir delincuencia interna y conflictos entre civiles. Si bien ambas instituciones gozan del uso legítimo de la fuerza, la intensidad y la modulación de la misma es diferente para cada institución. Por lo que las F.F.A.A. al no estar capacitadas para tratar las situaciones de conflicto interno y tener una formación más agresiva con respecto a empleo de la fuerza, podría generar vulneración de los derechos humanos de los ciudadanos.

### 3.1. FORMAS DE INTERVENCIÓN DE LAS FUERZAS ARMAS EN LA SEGURIDAD INTERNA

Actualmente, las Fuerzas Armadas se encuentran en desuso ya que el más reciente altercado bélico suscitado fue el del Alto Cenepa, en el año de 1995. Por otro lado, adquirieron competencia en el conflicto inter doméstico en la frontera colombo-ecuatoriana, la que envuelve crímenes de narcotráfico y grupos irregulares armados que van acaeciando desde el 2018, tras la celebración del Acuerdo de Paz en el año 2016 entre el Estado colombiano y las FARC-EP.<sup>41</sup>

Sin lugar a duda, los temas de defensa en soberanía e integridad territorial llegan a ser poco presentes en la realidad ecuatoriana. Por lo que, dentro de ella, surgen propuestas de modificar las funciones de las Fuerzas Armadas para que tengan mayor participación dentro de la sociedad y ayuden a procurar la protección de los ciudadanos y el Estado ante nuevas problemáticas como son las organizaciones criminales transnacionales. Un ejemplo de esta iniciativa es el proyecto de ley de seguridad propuesto por el ejecutivo ante la Asamblea en enero del 2022, que si llegara a aprobarse ampliaría la competencia de las F.F.A.A para cooperar con la Policía Nacional en la declaratoria de estados de emergencia <sup>42</sup>. Razón por la que dentro de este artículo se tratarán dos posturas. La primera de ellas motiva a que las Fuerzas Armadas controlen la seguridad interna junto con la Policía Nacional, y la segunda engloba la tesis de intervención excepcional de las Fuerzas Armadas en la seguridad interna.

41 Fernando Conde y Marlo Orbe, “Grupos irregulares armados en el conflicto de la frontera colombo-ecuatoriana y su relación con el narcotráfico”, *Military Review* 75, no.2 (Segundo Trimestre 2020): 16, <https://www.armyupress.army.mil/Portals/7/military-review/Archives/Spanish/Conde-grupos-irregulares-armados-en-el-conflicto-de-la-frontera-colombo-ecuatoriana-y-su-relacion-con-el-narcotrafico-SPA-Q2-2020.pdf>.

42 Proyecto de ley orgánica de seguridad integral y fortalecimiento de la fuerza pública. Ingresado el 25 de enero del 2022 a la Asamblea Nacional.

### 3.1.1. INTERVENCIÓN PLENA DE LAS FUERZAS ARMADAS EN LA SEGURIDAD INTERNA

La injerencia de las F.F.A.A. dentro de la seguridad interna puede ser una alternativa a las olas de violencia internacionales que se han desarrollado durante estos años, ligadas al crimen común y organizado, que se ha convertido en tema de seguridad nacional, ya que se encuentran en peligro la sociedad, la gobernabilidad y la democracia. Esto implica que los Estados deban batallar con nuevos retos, razón por la que se permite la intervención de las Fuerzas Armadas en la seguridad interna, tal como lo han realizado Brasil, Guatemala, y México.<sup>43</sup>

Esta postura ha sido fundamentada por la falta de capacidad y experticia de los cuerpos policiales, lo que permite que los militares con su capacidad de inteligencia y seguridad puedan actuar. Así mismo, el aumento de la corrupción en la Policía Nacional y la falta de credibilidad de los ciudadanos en la institución es menor que la que reciben las Fuerzas Armadas. De hecho en el Ecuador, según una encuesta realizada por CEDATOS, en noviembre de 2019, la confianza en las F.F.A.A. fue del 78,4%, cantidad superior a la de la Policía Nacional que era de 53,7%, lo que demuestra un latente descontento social que se incrementa por una carente actuación ante la ola de delitos.<sup>44</sup>

Sin embargo, el hecho de que el poder militar actúe en conjunto con la policía es una solución cortoplacista impulsada por el poder ejecutivo ante la presión político-electoral al tratar de resolver las promesas de campaña de frenar a la inseguridad durante el período de mandato.<sup>45</sup> No obstante, esto no resuelve el problema que se ha generado durante años, ya que los resultados devendrían de políticas debidamente desarrolladas que batallen con la delincuencia y violencia de raíz, resultando en soluciones a largo plazo.

Además, la conjunción de estas dos instituciones implica que el poder militar se desprofesionaliza. Es decir, la superposición de funciones con la Policía Nacional y la militarización de la Fuerza Policial implicaría el uso de armas letales y la posible aplicación de la doctrina de combate militar en la que se permite derrotar al enemigo. Esto conlleva a la desprotección del ciudadano dado que se ve vulnerado por las propias instituciones de seguridad. Es así

43 Lucía Dammert y David Álvarez Veloso, "Fuerzas Armadas en seguridad pública ¿Solución o problema?", *Nueva Sociedad*, no.218. (noviembre/diciembre 2008): 3, [https://www.casede.org/BibliotecaCasede/Fuerzas\\_armadas\\_en\\_Seguridad\\_Publica\\_Sol.pdf](https://www.casede.org/BibliotecaCasede/Fuerzas_armadas_en_Seguridad_Publica_Sol.pdf)

44 Ángel Polibio Córdova, "El Ecuador antes y después de octubre de 2019", en *La fuerza de la opinión pública: Ecuador en perspectiva*, ed. Colegio de México, DGEA de México; DANE de Colombia, PUCE de Ecuador, Banco Central del Ecuador, Universidades de Pittsburgh y Vanderbilt de Estados Unidos de América, y por Cedatos (Quito: CEDATOS, 2019), 403.

45 Lucía Dammert y John Bailey, "¿Militarización de la seguridad pública en América Latina?", *Foreign Affairs en Español* 7, no.2 (Abril-junio 2007): 61, [https://www.researchgate.net/profile/Lucia-Dammert/publication/320163869\\_Militarizacion\\_de\\_la\\_Seguridad\\_Publica\\_en\\_America\\_Latina/links/59d1c6c30f7e9b4fd7fa2dff/Militarizacion-de-la-Seguridad-Publica-en-America-Latina.pdf](https://www.researchgate.net/profile/Lucia-Dammert/publication/320163869_Militarizacion_de_la_Seguridad_Publica_en_America_Latina/links/59d1c6c30f7e9b4fd7fa2dff/Militarizacion-de-la-Seguridad-Publica-en-America-Latina.pdf).



que, la CIDH indica que la seguridad ciudadana militarizada “ha resultado en un incremento de la violencia y de las violaciones a los derechos humanos, así como en mayores niveles de impunidad”<sup>46</sup>.

### 3.1.2. INTERVENCIÓN EXCEPCIONAL DE LAS FUERZAS ARMADAS EN EL CONTROL DE LA SEGURIDAD INTERNA

Por el contrario, surge una segunda tesis que imposibilita la injerencia permanente de las F.F.A.A. en la seguridad interna, aún en el combate de crímenes y delitos surgidos por el actual aumento de olas de violencia. Esto fundamentado en funciones constitucionalmente establecidas que son diversas e insustituibles entre sí, y en el cumplimiento de derechos humanos. Se puede disponer a las F.F.A.A. complementar funciones de la Policía Nacional siempre y cuando esta actuación sea “temporal, extraordinaria, regulada, fiscalizada, subordinada y complementaria”<sup>47</sup> tomando en consideración su funcionamiento, misión institucional y entrenamiento.

Es así que, con el afán de combatir la digresión del orden público, algunos Estados han dispuesto la cooperación de las F.F. A.A. y la Policía Nacional de manera “temporal, extraordinaria, coordinada y complementaria”<sup>48</sup> en la seguridad interna. De esta manera, en el derecho ecuatoriano se ha determinado la importancia de la motivación al momento de decretar un estado de excepción por grave conmoción interna enfocado en contrarrestar el alto índice de delincuencia. El dictamen No. 6-21-EE/21 recoge un voto salvado, en el que los jueces constitucionales Karla Andrade, Daniela Salazar y Francisco Ávila señalan que la alta actividad delictiva no justifica por sí sola la necesidad de un estado de excepción. Esta debe estar acompañada de un análisis acerca de la capacidad ordinaria de respuesta del Estado y del control de seguridad interna. Caso contrario, un decreto de estado de excepción tendría el fin de:

...diluir las distintas salvaguardas institucionales de nuestro sistema democrático, suspender o limitar los derechos constitucionales desproporcionada o arbitrariamente en su ejecución, y adoptar decisiones sobre asuntos trascendentales para el estado constitucionalmente sin deliberación<sup>49</sup>

En otros Estados como Brasil, México y Guatemala<sup>50</sup> está autorizada la intervención militar de manera amplia y difusa, lo cual provoca la suspensión de garantías. Cabe resaltar que la mencionada interrupción debe ser una medida

46 CIDH, “Observaciones Preliminares de la Visita in Loco de la CIDH a México”, *Organización de los Estados Americanos*. Washington: OEA (octubre 2015): párr. 21 <https://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2015/112a.asp> .

47 Causa No. 6-21-EE/21, Voto Salvado, Corte Constitucional del Ecuador, 01 diciembre de 2021, párr. 4.

48 Causa No. 33-20-IN/21, párr.97.

49 Causa No. 6-21-EE/21, Voto Salvado, párr. 4

50 Lucía Dammert y David Álvarez, “Fuerzas Armadas en seguridad pública ¿Solución o problema?” *Nueva Sociedad*, no.218. (noviembre/diciembre 2008): 3, [https://www.cascede.org/BibliotecaCasede/Fuerzas\\_armadas\\_en\\_Seguridad\\_Publica\\_Sol.pdf](https://www.cascede.org/BibliotecaCasede/Fuerzas_armadas_en_Seguridad_Publica_Sol.pdf)



excepcional para enfrentar reales situaciones de emergencia. Por consiguiente, el artículo 27, numeral 1 de la Convención Americana, dicta que la suspensión de garantías debe ser “en la medida y por el tiempo estrictamente limitado a las exigencias de la situación”<sup>51</sup>. Pero la misma norma, en el numeral 2, no autoriza la suspensión de derechos como la vida, integridad personal, nacionalidad, el reconocimiento a la personalidad jurídica, entre otros.<sup>52</sup>

De ahí que la fuerza policial es un eje de la seguridad ciudadana, es decir, es una institución de “prevención o represión del delito y la violencia”.<sup>53</sup> Este tipo de denominación surge con el fin de diferenciar la seguridad que existe en Estados democráticos con la de los regímenes autoritarios, dado que el sistema democrático y el estado de derechos garantiza la protección de derechos humanos; por lo que la autoridad gubernamental tiene la responsabilidad de implementar una política pública de seguridad ciudadana.

Al constituirse la Policía Nacional como un organismo necesario para la “vigencia del Estado de derecho y para garantizar la seguridad de la población”<sup>54</sup>, en el que debe existir un “despliegue territorial y funcional”<sup>55</sup> de las fuerzas policiales, puesto que esto permitirá la disuasión de la inseguridad en la que se distribuyan de mejor manera los recursos materiales y humanos, con el fin de que se prevengan, retraigan y erradiquen delitos. Caso contrario, la confianza que es otorgada por la población desaparece, porque consideran que la Policía Nacional no es capaz de solucionar delitos, dejándolos en la impunidad.

Por otro lado, las Fuerzas Armadas poseen una propia estructura y jerarquía de mando, tienen la función de defensa nacional, ayuda humanitaria y control de disturbios internos. De hecho, la intervención de la F.F.A.A. en el ámbito civil debe ser limitado, puesto que la preparación militar está dirigida a “derrotar al enemigo y no a la protección y control de civiles”,<sup>56</sup> sumados al posible incremento de tensiones sociales y violaciones de derechos humanos, ya que la presencia militar puede contemplar como enemigos internos a ciudadanos comunes que, al pertenecer a un determinado estrato social, etnia o trabajo, pueden ser vulnerados. Así pues, la intervención de las Fuerzas Armadas no constituye un medio para enfrentar la criminalidad ordinaria, debido a que no es un peligro a la soberanía e integridad del Estado, pero sí debe ser un deber de la Policía Nacional.

51 Artículo 27, Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 22 de noviembre de 1969.

52 Id.

53 Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos 2009, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II, Doc. 57, 31 de diciembre de 2009, párr. 57.

54 Informe sobre Situación de los Derechos Humanos en Venezuela, Comisión Interamericana de Derechos Humanos, OEA/Ser.L/V/II.118, Doc. 4 rev. 2, 29 de diciembre de 2003, párr.294.

55 Informe sobre Seguridad Ciudadana y Derechos Humanos 2009, párr. 81.

56 Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Fondo, reparaciones y Costas, 4 de julio de 2007, párr. 51.

En suma, la CIDH establece que la lucha contra el crimen debe tener procedimientos que permitan garantizar la seguridad pública y los derechos humanos. Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos establece que los Estados tienen la obligación de capacitar a los cuerpos armados y de seguridad sobre normas de protección de derechos humanos, los límites y el entrenamiento para elección de uso de armas de fuego. Debido a que puede existir un desbordamiento de violencia, en donde los delincuentes sean más “rápidos y crueles en sus operaciones”<sup>57</sup>. También, es deber de los Estados determinar la intervención de las F.F.A.A. considerando a “qué tipo de delincuencia y grupos deben enfrentarse los militares”<sup>58</sup>, ya que la CIDH ha permitido la acción de las fuerzas militares cuando existen actos de terrorismo y de grupos subversivos. No obstante, este actuar también debe ser legislado en el ordenamiento jurídico propio de cada Estado.

#### 4. SEGURIDAD INTEGRAL

En el Ecuador, la Constitución del 2008 instituye el principio de Seguridad Integral como un deber primordial del Estado, ligado a la ideología de la administración gubernamental, liderada por el expresidente Rafael Correa.

La Seguridad Integral, dentro de la norma suprema ecuatoriana, no tiene una conceptualización explícita, por lo que tomando en consideración estudios doctrinarios y normas inferiores, se la define como “una lógica de acción proactiva y defensiva”<sup>59</sup> que trasciende al término Seguridad Nacional, pues incide en los “sistemas energéticos, sanitarios, alimentarios, medioambientales, de infraestructuras, tecnológicos, militares y de la Seguridad Interior”.<sup>60</sup> En este sentido, el Estado ecuatoriano desafía las amenazas tradicionales, contemporáneas y multidimensionales como la que representa la delincuencia organizada transnacional, cumple con el deber del buen vivir, garantizando una cultura de paz, seguridad humana, justicia, democracia y libre de corrupción.

Por otra parte, la Política de la Defensa del Ecuador, determina que la seguridad integral colige dos temas fundamentales: el primero, es la protección de los ciudadanos en el territorio nacional, es decir, la protección ciudadana, la cual está encargada a la Policía Nacional con apoyo de las Fuerzas Armadas. En segundo lugar, la defensa del Estado por parte de las F.F.A.A., en el que se

57 Bruno Pesantes Muirragui, *El Rol de las Fuerzas Armadas en la Seguridad Interna del Estado la falta de cumplimiento de los Estándares Internacionales por parte de Ecuador* (Quito:2015), 63, <https://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/4806/1/122530.pdf>

58 Ibid.

59 Fundación Alternativas, “Introducción”, en *La Seguridad Integral: España 2020*, ed. Óscar Jaime Jiménez y Antonio Díaz Fernández (Madrid: Grupo Parlamentario,2020), 8.

60 Ibid.

ve envuelta la protección de zonas de seguridad, áreas protegidas y soberanía territorial.<sup>61</sup>

En virtud de lo anteriormente expuesto, este nuevo paradigma permite la cooperación de acciones entre las Fuerzas Armadas y la Policía Nacional cuando surjan estados de excepción y para mantener el orden público por mandato del presidente de la República; siendo el Ministro del Interior encargado de dicha coordinación.<sup>62</sup> Su actuar deberá respetar los derechos de los ciudadanos, evitará el excesivo abuso de la fuerza y se someterá al cumplimiento y competencias atribuidas por la Constitución y el poder Civil. Además, la Corte Constitucional del Ecuador determina que las F.F.A.A. al momento de coadyuvar a la fuerza policial, deben tener a su disposición “el equipamiento necesario y apropiado para ejercer tal función”<sup>63</sup>.

Lamentablemente, el enfoque de seguridad integral provoca una “desmilitarización y debilitamiento doctrinario”<sup>64</sup>, pues las Fuerzas Armadas y Policía Nacional tienen diversas funciones atribuidas constitucionalmente a las que la seguridad integral pretende abarcar. Aspectos como la seguridad interna, económica, ambiental, internacional, humana, entre otras. Así pues, las instituciones de seguridad no están totalmente capacitadas para resolver estos enfoques, razón por la que existe la necesidad de llamar a los “agentes de la sociedad ecuatoriana”<sup>65</sup>, funciones del Estado y Ministerios para el cumplimiento de la seguridad integral, garantizando el orden público, dignidad humana, seguridad personal y de propiedad. Finalmente, el Ecuador tiene una deficiente educación y capacitación, lo que no garantiza que las F.F.A.A. y la misma Policía Nacional actúen en pro de los derechos ciudadanos.

## ANÁLISIS

### 5. ¿PUEDEN LAS FUERZAS ARMADAS ECUATORIANAS COMBATIR EL CRIMEN ORGANIZADO TRANSNACIONAL?

Para poder contestar esta pregunta es importante determinar las posibilidades que contempla la Constitución para la intervención de las Fuerzas Armadas. La primera radica en el cumplimiento de su misión institucional y la segunda, se da en forma de cooperación con la Policía Nacional. Cabe recalcar que, dentro de la primera hipótesis, las F.F.A.A actuarían de manera independiente

61 Ministerio de Defensa Nacional, “Fundamentos para la actualización de la política de defensa nacional”, en Política de la Defensa Nacional del Ecuador “Libro Blanco”, ed. Sandra Guerra. (Quito: Instituto Geográfico Militar, 2018), 19.

62 Artículo “Complementariedad de acciones de Fuerzas Armadas a la Policía Nacional”, Ley de Seguridad Pública y del Estado de 2009.

63 Causa No. 33-20-IN/21, párr. 140.

64 Lester Cabrera, “La seguridad Integral en Ecuador: Una visión crítica del concepto a una década de su concepción”, *Revista UNISCI* no. 51, (octubre 2019): 413, <http://dx.doi.org/10.31439/UNISCI-69>.

65 Pesantes, El Rol de las Fuerzas Armadas, 42.

debido a la amenaza de la soberanía o integridad territorial y la segunda se activa únicamente en períodos excepcionales, donde las F.F.A.A cooperan con la Policía Nacional para restablecer el orden interno. Por lo que, se puede concluir que existen dos maneras de intervención de las F.F.A.A.

Para determinar cuál de estas dos formas de intervención militar puede usarse en contra del crimen organizado transnacional, hay que analizar dos aspectos importantes: la amenaza a la soberanía y la potencialidad de dictaminar estados de excepción por altos índices de violencia; ambos factores causados por el crimen organizado transnacional. El primer punto de análisis servirá para determinar si existe la posibilidad de una actuación independiente, fundamentada en el cumplimiento de su misión institucional, y el segundo punto de análisis determinará si existe la posibilidad de intervenciones excepcionales para el control del orden interno.

## 5.1 FORMA DE INTERVENCIÓN EXCEPCIONAL

En primer lugar, se analizó la postura de la intervención excepcional, en donde se plantea el actuar de las F.F.A.A en forma de cooperación a las labores de la Policía Nacional. Es pertinente recordar que la CIDH ha determinado que el alto índice de violencia proveniente del crimen organizado internacional no es causal suficiente para que las Fuerzas Armadas intervengan de manera independiente en el control de la seguridad interna. En consecuencia, dado que esta es una función constitucionalmente otorgada a la Policía Nacional por el hecho de su instrucción enfocada a la protección del ciudadano, la cual es distinta a la misión de defensa de la soberanía e integridad territorial de las F.F.A.A.

De esta manera, el Estado ecuatoriano ha aceptado la injerencia de las Fuerzas Armadas de manera extraordinaria dentro de un lapso específico, excepcional y con causales determinadas. Así pues, Ecuador ha elaborado normativa que se alinea a la tesis de seguridad integral, al orden jerárquico de aplicación de normas y a la prevalencia de tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado, que reconozcan derechos más favorables a los establecidos en la Norma Suprema.<sup>66</sup> Esto con el fin de evitar la vulneración de garantías constitucionales.

Un claro ejemplo de la intervención insólita de las Fuerzas Armadas se encuentra en el Decreto Ejecutivo No. 411 con fecha 29 de abril de 2022. Este decreto tuvo como objetivo declarar Estado de Excepción de manera focalizada en las provincias de Esmeraldas, Guayas y Manabí; permitiendo la intervención coordinada de las FFAA y la Policía Nacional. De esta forma se logró

<sup>66</sup> Artículos 424 y 425, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

precautelar los derechos, y restablecer la paz y el orden público, que han sido vulnerados por el alto índice de inseguridad causado por la conversión de delincuencia común a crimen organizado transnacional, en el que la actuación policial fue insuficiente para mantener el orden público.

Cabe destacar que, dentro de esta forma de participación, las F.F.A.A. están subordinadas a la Policía y complementan su labor, lo que las faculta a combatir tanto el crimen organizado internacional como la delincuencia común con el fin de restablecer el orden público, siempre y cuando así lo dispongan las directrices policiales y se encuentren bajo un estado de excepción.

## 5.2 FORMA DE INTERVENCIÓN AMPARADA EN SU MISIÓN CONSTITUCIONAL

El análisis de la intervención de las F.F.A.A. como una forma de cumplimiento de su misión institucional para combatir el crimen organizado internacional, depende de la magnitud de estos delitos en la sociedad. Si este tipo de delitos llegará a perturbar o a amenazar la soberanía, no habría ningún impedimento para que las F.F.A.A. intervengan de manera directa e independiente para combatirlos.

Para poder analizar si existe una verdadera amenaza a la soberanía, se comenzará por definirla. Cabanellas sostiene que soberanía es “El poder del estado que afirma su superioridad jurídica sobre cualquier otro poder, sin aceptar limitación ni subordinación que cercenen sus facultades ni su independencia dentro de su territorio o posesiones”.<sup>67</sup>

Por ende, se entiende que la soberanía es un poder absoluto que viene del pueblo y se delega al Estado para que pueda ser ejercido dentro de su territorio, y goza de independencia de otros poderes similares. Con base en este poder es que el Estado está facultado a determinar un orden interno y hacerlo cumplir. A esto se lo denomina soberanía interna, y es por esta razón que los Estados gozan del monopolio de la fuerza.

Con anterioridad, se mencionó que existen precedentes internacionales que determinan que las organizaciones criminales, incluso las internacionales, de ninguna manera afectan a la soberanía, pero dentro de la realidad ecuatoriana se puede observar que las zonas geográficas donde se ha asentado el narcotráfico, carecen de soberanía interna. Es decir, dentro de estas áreas existe otro tipo de poder que está evitando el orden interno dispuesto por la legislación ecuatoriana, que incluso ha llegado al límite de ser incontrolable por la fuerza pública, convirtiéndose en una amenaza para la soberanía. En suma, puede

<sup>67</sup> Guillermo Cabanellas, *Diccionario Jurídico elemental* (Buenos Aires: Heliasta, 2005), 297.

que este tipo de organizaciones no tengan como objetivo buscar poder, pero en la práctica lo han ido adquiriendo en el trascurso de su delinquir.

Una demostración de esta falta de control y de fiscalización se pudo presenciar en el mes de mayo del 2022, cuando las provincias de Manabí, Esmeraldas y Guayas se vieron sometidas a un estado de excepción por el desproporcionado aumento en el índice de criminalidad que registraban estas provincias. Sin lugar a duda, este es un hecho que permite analizar la complejidad de las organizaciones criminales internacionales y la insuficiencia del control Policial para poder combatir este problema. Puesto que esta es una amenaza que sobrepasa el umbral de la delincuencia común, atentando en realidad a la soberanía interna, razón por la cual la Policía Nacional no tiene la capacidad suficiente para enfrentarla.

Sin embargo, el riesgo de militarizar las calles y utilizar los efectivos de las F.F.A.A. puede ser contraproducente para la garantía de los derechos humanos. Además, esta hipótesis faculta a los militares a combatir únicamente el crimen organizado internacional, y en la práctica, determinar caso por caso el origen de un delito para poder actuar es ineficaz. Por lo que de ninguna manera los militares podrían combatir delitos comunes debido a la falta de certidumbre de su origen. Es por este motivo que de utilizarse esta hipótesis, las F.F.A.A. se encargarían únicamente de la investigación y desarticulación de este tipo de organizaciones, ya que de esta manera, existiría una actuación focalizada que garantice el cumplimiento de los derechos humanos.

## 6. CONCLUSIONES

En síntesis, dentro de la realidad ecuatoriana existen organizaciones criminales transnacionales que, debido a su generación de beneficios económicos, se han convertido en el motor financiero del crimen común. Además, a este factor se suma el alto índice de rivalidad entre organizaciones por tomar posesión del territorio ecuatoriano, ya que este es estratégico para su cadena de producción. La unión de estos factores provoca altos índices de violencia, que a largo plazo han sobrevenido en una parcial pérdida del control soberano para el mantenimiento del orden público dentro del territorio Nacional.

Si bien en teoría se ha determinado que este tipo de organizaciones criminales no causan una pérdida de soberanía. En la práctica, tanto las entidades estatales como la ciudadanía sienten la insuficiencia de control por parte de la Policía Nacional y a su sistema de inteligencia, llegando a tenerle más miedo a los criminales que a la Ley. Esto es un claro ejemplo de la pérdida de soberanía interna del Estado, ya que, dentro del territorio ecuatoriano, el poder soberano que dicta las normas y al cual se le ha conferido el monopolio de la fuerza para su efectivo cumplimiento ha perdido el control de las zonas

donde el narcotráfico se ha asentado. Es por lo que se considera que este tipo de organizaciones salen del tipo de delincuencia común, ya que debido a su estructura tienen el poder suficiente como para amenazar la soberanía de los lugares en los que se asienta.

En función de este razonamiento, se encuentra que el actuar de las Fuerzas Armadas en contra de estos grupos organizados internacionales es perfectamente válido, puesto que dentro de sus misiones constitucionales está la protección de la soberanía y la integridad territorial. Ahora bien, también cabe destacar la dificultad de discernir en el día a día qué delitos vienen de estas organizaciones y cuáles pertenecen al crimen común, lo que abriría una puerta a una actuación desmedida de las F.F.A.A. Es por eso que se propone que las Fuerzas Armadas puedan tener funciones de inteligencia en conjunto con el SIN y lograr el objetivo de desarticulación de estas bandas. De esta manera, la fuerza militar tendría competencia de actuar en contra de estas amenazas y permitiría que la actuación del Estado sea proporcional al nivel de amenaza que enfrentan. Además, cabe recalcar que bajo esta hipótesis no se requeriría de cooperación, porque las F.F.A.A. estarían actuando en función de su misión constitucional. Se debe enfatizar que ambas formas de intervención no son excluyentes, por lo que podrían ejecutarse a la par.

Esta solución puede ejecutarse a corto plazo y ayudaría a crear una respuesta integral al problema del crimen organizado transnacional, pero el país deberá replantear el tema de seguridad integral tomando en cuenta el contexto actual. En otras palabras, hoy en día, existen amenazas más fuertes, invasivas y menos detectables a primera vista, por lo que, a largo plazo, debería existir una reforma constitucional que permita la reorganización de las entidades que ostentan el monopolio de la fuerza. Donde tendrán que considerarse: i) aspectos orgánicos y estructurales del aparato de seguridad, ii) Actualización de las misiones institucionales del sistema de seguridad del Estado para que puedan proporcionar una respuesta integral y efectiva al contexto actual, iii) y que además se formulen en un marco de protección de los derechos humanos y los principios básicos del uso progresivo de la fuerza.



CORRAL  
ROSALÉS

**FIRMA DE ABOGACÍA  
DE LOS NEGOCIOS PREFERIDA  
POR LAS MULTINACIONALES Y  
GRANDES EMPRESAS NACIONALES**

---



**ECUADOR**

[info@corralrosales.com](mailto:info@corralrosales.com)

**Guayaquil**

Av. Francisco de Orellana 234  
Edif. Blue Tower, piso 6, oficina 607  
T.: +593 4 2630 441

**Quito**

Robles E4-136 y Av. Amazonas.  
Edificio Proinco Calisto, piso 12  
T.: +593 2 2544 144



# El *in dubio pro operario* y su correcta aplicación para los administradores de justicia

## *In dubio pro operario and its proper application for the administrators of justice*

MATEO SEBASTIÁN CADENA BAQUERO\*

**Recibido / Received:** 01/07/2022

**Aceptado / Accepted:** 11/09/2022

**DOI:** <https://doi.org/10.18272/ulr.v9i2.2754>

**Citación:**

Cadena Baquero M. «El *in dubio pro operario* y su correcta aplicación para los administradores de justicia». *USFQ Law Review*, Vol 9, no 2, octubre de 2022, pp. 41 - 55, doi: 10.18272/ulr.v9i2.2754

---

\* Abogado por la Universidad San Francisco de Quito USFQ, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador.  
ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-2674-3676> Correo electrónico: [mateocadenab@hotmail.com](mailto:mateocadenab@hotmail.com)

## RESUMEN

El presente artículo analiza la naturaleza del principio *in dubio pro operario* y explica la forma en la que debe ser aplicado para resolver dudas sobre el alcance de disposiciones legales sustantivas mas no adjetivas. En caso de que el principio sea aplicado en la interpretación de normas procesales, el derecho al debido proceso y derecho a la defensa de las partes sería vulnerado. Sobre esta base se abordan diferentes principios e instituciones como la interpretación de normas procesales, el principio de igualdad desde la óptica procesal, la carga, distribución y valoración de la prueba en relación a la aplicación del *in dubio pro operario*.

## PALABRAS CLAVE

*In dubio pro operario*; igualdad; carga de la prueba; valoración de prueba; debido proceso

## ABSTRACT

*This article analyzes the nature of the in dubio pro operario and explains how it should be applied to resolve doubts about the reach of substantive regulations but not of procedural ones. In cases where this principle is applied in the interpretation of procedural norms, the right to due process and the right to defense of the parties would be violated. On this background, different principles and institutions such as the interpretation of procedural rules, the principle of equality from the procedural perspective, the burden, distribution and evaluation of proof in relation to the application in dubio pro operario are discussed.*

## KEYWORDS

*In dubio pro operario; equality; burden of proof; test assessment; due process*

## 1. INTRODUCCIÓN

El derecho laboral nace con la finalidad de proteger y equiparar la condición de vulnerabilidad del trabajador frente al empleador. Por un lado, históricamente se presume que el empleador disfruta de una capacidad adquisitiva más amplia y por lo tanto se dice tiene mayor “poder”, mientras que el trabajador es considerado un sujeto inerme por su condición económica más ajustada y poder de decisión más limitado. Lo dicho implica que jamás existirá una igualdad material entre estos sujetos. Por esta razón, se genera la necesidad de que el derecho laboral entre en juego y regule esta situación de disparidad colocando al trabajador en un estado más equitativo, donde pueda verse como un igual frente al empleador.

Es así que a lo largo del ordenamiento jurídico ecuatoriano se pueden encontrar varias disposiciones que tienen como objetivo estabilizar y balancear esta desigualdad, entre ellas el *in dubio pro operario*. Este principio proclama, *a grosso modo*, que en caso de duda se debe aplicar lo que más favorezca al trabajador. Sin embargo, dicha favorabilidad es aplicable tan sólo cuando suscita duda en la interpretación y alcance de disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, es decir normas de derecho sustantivo, mas no de derecho adjetivo.

En virtud de lo expuesto, este principio no debe ser aplicado en la interpretación de normas de carácter procesal y mucho menos debe ser considerado como un criterio rector para la valoración de la prueba y construcción de la verdad procesal. Sin perjuicio de lo mencionado, en la práctica se observa a diario tanto resoluciones de inspectores de trabajo como sentencias de jueces, en las cuales se cometen abusos en la aplicación *in dubio pro operario*. Esto sucede puesto que al momento de valorar la prueba pueden surgir dudas sobre los hechos que han sido demostrados en audiencia, las cuales se resuelven de forma más favorable al trabajador dejando clara la arbitrariedad en la que recaen las autoridades. De esta manera, la igualdad de armas de las que gozan las partes dentro de un proceso se quebranta, vulnerando el debido proceso y el derecho a la defensa de la contraparte.

A pesar de que el ordenamiento jurídico prevé la posibilidad de impugnar estas decisiones por ser arbitrarias y contrarias a las normas vigentes, estas acciones y/o recursos implican una serie de consecuencias para ambas partes. Por una parte, existen casos en los que puede ser tal la demora y entorpecimiento del sistema de administración de justicia que un proceso puede tardar hasta cuatro años para obtener una sentencia ejecutoriada. Por otra parte, es tal la situación de incertidumbre por la postura que pueda o no tomar la siguiente instancia, que se genera un desgaste económico y emocional en los sujetos procesales. Esto provoca que las partes lleguen a acuerdos que no

necesariamente benefician sus intereses económicos, sino más bien un interés de temporalidad.

Toda vez existen casos en los que administradores de justicia tanto en sede administrativa como judicial continúan aplicando el *in dubio pro operario* de manera incorrecta para interpretar normas de carácter procesal, es necesario establecer la naturaleza de este principio y las situaciones en las que podría ser aplicado. La finalidad es equiparar la situación de disparidad que suscita entre el empleador y el trabajador, sin que este principio se convierta en una herramienta opresora del orden constitucional.

## 2. EL DERECHO DE PROTECCIÓN Y TUTELA PARA EL TRABAJADOR

Es bien conocido que los derechos laborales surgieron con el propósito de proteger al trabajador ante su condición de vulnerabilidad frente al empleador. De acuerdo con Caldera, el objeto del derecho laboral responde a que las “normas jurídicas **se aplican** al hecho social trabajo, tanto por lo que toca a las relaciones entre quienes intervienen en él y con la colectividad en general, como al mejoramiento de los trabajadores en su condición de tales” (énfasis añadido).<sup>1</sup> De esta forma, se concreta el principio tutelar para el trabajador.

Este principio se ve reflejado en la Constitución de la República del Ecuador (en adelante CRE) cuando dispone que:

Art. 33.- El trabajo es un derecho y un deber social, y un derecho económico, fuente de realización personal y base de la economía. El Estado garantizará a las personas trabajadoras el pleno respeto a su dignidad, una vida decorosa, remuneraciones y retribuciones justas y el desempeño de un trabajo saludable y libremente escogido o aceptado.<sup>2</sup>

Según Vásquez, la protección y tutela para el trabajador “involucra a su vez principios de salvaguardia y equidad del derecho social”,<sup>3</sup> los cuales consisten en normas imperativas y de cumplimiento obligatorio. Algunos de estos son la irrenunciabilidad e intangibilidad de los derechos laborales, la continuidad de la estabilidad laboral, la primacía de la realidad y la interpretación favorable para el trabajador.

No obstante, es importante expresar que esta protección y tutela que goza el trabajador no significa un atropello y desconocimiento de los derechos que les asisten a la parte empleadora en un proceso, recordando que esta última, así como tiene obligaciones también tiene derechos.

1 Rafael Caldera, *Derecho del Trabajo*, (Buenos Aires: El Ateneo, 1984), 76.

2 Artículo 33, Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial 449 de 20-oct-2008.

3 Jorge Vásquez López, *Derecho Laboral Práctico*, (Quito: Cevallos, 2013), 20.

## 2.1. NATURALEZA DEL *IN DUBIO PRO OPERARIO*

De conformidad con el numeral 3 del artículo 326 de la CRE

Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios:  
[...]

3. En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras [...].<sup>4</sup>

A su vez el Código del Trabajo (en adelante CT), recoge tal disposición y agrega que “En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones [...] los funcionarios judiciales y administrativos las aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores”.<sup>5</sup>

Este principio tiene como origen la inversión de la aplicación de la duda favorable para el deudor.<sup>6</sup> En palabras de Devali, el *in dubio pro operario* otorga un amparo a la parte más frágil del contrato de trabajo, parte más débil que precisamente a consecuencia de su vulnerabilidad, se encuentra en la mayoría de los casos en la situación de acreedor.<sup>7</sup>

La doctrina sostiene en su mayoría que este principio se aplica de manera alternativa sobre la base de tres aspectos fundamentales:

Primero, como regla del *in dubio pro operario*, la cual apunta a la existencia de una sola norma jurídica que permite varias interpretaciones. Por esta razón se trata así de una especie de directriz al juez para que elija entre varios sentidos de la norma, el que resulta más favorable para el trabajador.

Segundo, como la regla de la norma más favorable, la cual presupone la existencia de más de una norma y ante la duda, debe aplicarse la más favorable para el trabajador. Esto sin perjuicio del orden jerárquico establecido, por lo que una norma inferior podría estar por sobre una de jerarquía superior.

Tercero, como regla de la condición más beneficiosa, pues ante la entrada en vigor de una nueva norma laboral, esta nunca puede implicar la disminución de condiciones para el trabajador. En consecuencia, se respeta la condición anterior, en la medida que sea más favorable.<sup>8</sup>

4 Artículo 326, Constitución de la República del Ecuador.

5 Artículo 7, Código del Trabajo, Registro Oficial Suplemento 167 de 16-dic-2005.

6 Humberto A. Podetti, “Los principios del Derecho del Trabajo”, en *Instituciones de derecho del trabajo y de la seguridad social*, coord. Néstor de Buen Lozano y Emilio Morgado Valenzuela (México D.F.: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1997), 148.

7 Mario Devali, “Interpretación y aplicación del derecho del trabajo”, *El derecho del trabajo en su aplicación y sus tendencias*, (Buenos Aires: Astrea, 1983), 114.

8 Graciela Monesterolo Lencioni, *Sistema Regulatorio de Empleados Privados y Obreros*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2020), 27-28.

Dada la forma en la que el *in dubio pro operario* está tipificado en el artículo 7 del CT y en el numeral 3 del artículo 326 de la CRE, se colige que nuestro ordenamiento jurídico opta por la teoría de la norma más favorable. Por lo tanto, una norma inferior prevalece sobre una norma de jerarquía superior, sin que esto altere la esencia de la constitución jerárquico-normativa.

### 3. EL *IN DUBIO PRO OPERARIO* COMO MECANISMO PARA RESOLVER DUDAS EN LA INTERPRETACIÓN Y ALCANCE DE NORMAS PROCESALES

Las normas jurídicas pueden ser clasificadas y distinguidas de numerosas, sin embargo a efectos del presente artículo, resulta práctico establecer la diferencia entre las normas sustantivas y adjetivas.

Por un lado, Esquerra sostiene que las normas sustanciales: “son las que tienen una finalidad u objeto propio, subsisten en sí, y por sí mismas. Fijan la materia jurídica de que se trata”.<sup>9</sup> Por otro lado, las normas adjetivas, según Echandía corresponden al “conjunto de normas y principios que regulan la función jurisdiccional del Estado en todos sus aspectos y que por tanto fijan el procedimiento que se ha de seguir para obtener la actuación del derecho positivo en los casos concretos”.<sup>10</sup>

De forma precisa, Simon afirma que “las normas sustantivas o sustanciales son aquellas que establecen derechos y obligaciones; en tanto que las leyes procesales o adjetivas son las que determinan la forma en que se llevan los procesos, es decir la actividad jurisdiccional”.<sup>11</sup>

Una vez establecida la diferencia entre las normas de derecho sustantivo frente a las de derecho adjetivo, el *in dubio pro operario*, desde una perspectiva netamente positiva, no puede ni debe ser aplicado ante la duda del alcance de normas procesales. Tanto el CT como la CRE disponen que el *in dubio pro operario* opera cuando existe duda sobre la aplicación de disposiciones en materia laboral, dicho de otra forma, duda sobre normas sustantivas.

De este modo, en cuanto al alcance e interpretación de normas procesales, el artículo 29 del Código Orgánico de la Función Judicial (en adelante COFJ) dispone que:

Art. 29.- INTERPRETACIÓN DE NORMAS PROCESALES. - Al interpretar la ley procesal, la jueza o juez deberá tener en cuenta que el objetivo de los

9 Sergio Omar Esquerra Lupio, *Defensa Fiscal Juicio contencioso administrativo federal Teoría y práctica*, (México D.F.: Tirant Lo Branch, 2020), 95.

10 Hernando Devis Echandía, *Teoría General del Proceso*, (Buenos Aires: Editorial Universidad, 2013), 41.

11 Farith Simon Campaña, *Introducción al Derecho*, (Quito: Cevallos, 2021), 111.

procedimientos es la efectividad de los derechos reconocidos por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos y la ley sustantiva o material.

Las dudas que surjan en la interpretación de las normas procesales deberán aclararse mediante la aplicación de los principios generales del derecho procesal, de manera que se cumplan las garantías constitucionales del debido proceso, se respete el derecho de defensa y se mantenga la igualdad de las partes.<sup>12</sup>

De la norma antes citada se desprende en su parte pertinente que —en caso de duda sobre la interpretación de normas procesales— se deberá actuar conforme los principios generales del derecho procesal tomando especial atención en la igualdad de las partes.

Por una parte, el principio de igualdad visto desde el ámbito laboral, se resume a que todas las personas gozan de los mismos derechos y sus condiciones deben ser equiparadas mediante un amparo preferente al trabajador, para así lograr mediante esa protección que se alcance una igualdad sustantiva y real entre las partes.<sup>13</sup> Por otro lado, la igualdad de las partes dentro del ámbito procesal se aleja totalmente de esta postura proteccionista, pues no conlleva ni busca que las partes procesales sean consideradas como iguales entre sí, sino que los justiciables tengan tan solo las mismas oportunidades para defenderse de las alegaciones de su contraparte. Dicho de otra forma, igualdad de armas.<sup>14</sup>

De esta manera, ante la duda sobre el alcance de las normas procesales, los administradores de justicia tienen el deber positivo de evitar el desequilibrio entre la respectiva posición de las partes procesales. Por lo tanto, deben atajar las limitaciones en la defensa que puedan provocar a alguna de ellas un resultado de indefensión, el cual se encuentra prohibido a nivel constitucional en razón de la garantía al debido proceso.<sup>15</sup>

Resulta imperioso considerar que la Corte Nacional de Justicia sostiene que el *in dubio pro operario* no opera como un principio que deba quebrantar el equilibrio o igualdad que asiste a las partes en un litigio, dejando claro que “El principio custodia a la parte débil de la relación laboral, quien es el trabajador, mas no puede significar que por este principio la parte débil de una relación se convierta en la parte opresora del orden constitucional”.<sup>16</sup>

En tal virtud la favorabilidad para el trabajador debe ser tan solo aplicada en caso de duda de la normativa en materia laboral, haciendo referencia expresa al derecho sustantivo, mas no para aquellas reglas que regulan los procesos

12 Artículo 29, Código Orgánico de la Función Judicial, Registro Oficial Suplemento 544 de 09-mar.-2009.

13 Américo Plá Rodríguez, *Los Principios del Derecho del Trabajo*, (Buenos Aires: Ediciones Depalma, 1998), 61.

14 Alvaro Renato Mejía Salazar, *La oralidad y los principios del procedimiento*, (Quito: Ius et Historiae Ediciones, 2018), 29-31.

15 *Ibid.*, 31.

16 Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Laboral. Resolución No. 0577-2013-SL de 22 de septiembre de 2013, p.14.

judiciales, es decir las normas de derecho procesal. En consecuencia, el quebrantar la igualdad procesal de las partes en aras de favorecer al trabajador en cuanto a la interpretación y alcance de las normas de derecho procesal, se configura desde todo punto de vista una actuación del todo inoportuna, arbitraria e ilegal.

#### 4. SOBRE LA CARGA DE LA PRUEBA Y SU INVERSIÓN EN RELACIÓN AL *IN DUBIO PRO OPERARIO*

El Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP) establece en su artículo 169 que:

Es obligación de la parte actora probar los hechos que ha propuesto afirmativamente en la demanda y que ha negado la parte demandada en su contestación.

La parte demandada no está obligada a producir pruebas si su contestación ha sido simple o absolutamente negativa; pero sí deberá hacerlo si su contestación contiene afirmaciones explícitas o implícitas sobre el hecho, el derecho o la calidad de la cosa litigada [...].<sup>17</sup>

De la norma citada se desprende la incorporación del principio de aportación de parte o mejor conocido como carga de la prueba, que consiste en quién alega prueba. Por ello, es necesario acotar que probar, procesalmente radica en la demostración legal de un hecho.<sup>18</sup> Desde la perspectiva de Véscovi, la carga “es la necesidad de realizar un acto que el sujeto es libre de cumplir o no; pero si no lo realiza surge, para él, un hecho dañoso, una consecuencia desfavorable”.<sup>19</sup>

En palabras de Bonet, la decisión estratégica de iniciar un proceso presupone la evaluación de las posibilidades para alcanzar una pretensión concreta, “para ello ha de atenderse tanto a aspectos jurídicos como fácticos. En primer lugar, deberán preverse las posibilidades de fijación de los datos sobre los que se aplicarán las normas cuyas consecuencias se correspondan con la pretensión”.<sup>20</sup> De ahí la necesidad práctica de que cada una de las partes demuestre en el proceso con prueba plena los hechos en los que se funda su acción.<sup>21</sup> Esta institución es atribuida a un sujeto para dar vida a una condición necesaria y suficiente para la obtención particular de un efecto jurídico perseguido, considerado favorable para dicho sujeto.<sup>22</sup>

17 Artículo 169, Código Orgánico General de Procesos, Registro Oficial Suplemento 506 de 22-may.-2015.

18 Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, (Buenos Aires: Victor P. de Zavallia Editor, 1981), 31.

19 Enrique Véscovi, *Teoría General del Proceso*, (Bogotá: Temis, 2006), 184.

20 José Bonet Navarro, *Litigación y Teoría de la Prueba*, (Madrid: Tecnos, 2019), 255.

21 Álvaro R. Mejía Salazar, *La oralidad y los principios del procedimiento*, 34.

22 Gian Antonio Michelli, *La carga de la Prueba*, (Bogotá: Ed. Temis, 2004), 76.



En consecuencia, la carga de la prueba no determina quien debe probar cada hecho, sino únicamente quién tiene interés jurídico en que resulte probado.<sup>23</sup> La parte procesal que sufre la carga no está obligada a probar el hecho objeto de la misma, pues esta acción la puede suplir la contraparte e incluso el juez.<sup>24</sup> Existen hechos que según el COGEP, no requieren ser probados<sup>25</sup> con motivo de las presunciones de hecho que establece la ley. Dichas presunciones actúan como excepción a ciertas normas sancionatorias que —dada su dificultad probatoria— establecen un cambio de hipótesis. Por ejemplo, se coloca al deudor como el presunto culpable de tal precepto, sin embargo, si una parte pretende desvirtuar los efectos jurídicos de tal presunción, deberá demostrar otros hechos positivos que invaliden la aplicación de tal norma. A esto se le conoce erróneamente como la inversión de la carga de la prueba o redistribución de la carga. Al respecto la jurisprudencia ecuatoriana ha sostenido que “la inversión de la carga de la prueba constituye una excepción a la misma, y ocurre por ejemplo en los casos de presunciones legales (*iuris tantum*), en los cuales son los legitimados pasivos quienes tienen la obligación de probar sus alegaciones”.<sup>26</sup>

Según Michelli, estas presunciones son instauradas como una excepción, dado que resulta prácticamente insuficiente el presupuesto de la hipótesis de la norma de acuerdo con el fin del legislador, ya que estos no son más que modos de formular la hipótesis material.<sup>27</sup>

Un claro ejemplo de esta inversión de la carga de la prueba se ve reflejado cuando la parte empleadora alega el abandono como causal de terminación de la relación laboral. Si el empleador no quiere sufrir los efectos del despido intempestivo, deberá demostrar que el trabajador efectivamente incurrió en esta causal. De no hacerlo se declarará el despido intempestivo a favor del trabajador. Esto ocurre en vista de la dificultad de prueba que presupone para el trabajador el probar que no abandonó su puesto de trabajo. De aquello se puede inferir que el cambio de hipótesis en la norma corresponde a una expresión del principio de tutela del trabajador, mas no del *in dubio pro operario*.

Sin embargo, en el caso que se suscite duda sobre el alcance de tal disposición legal, es evidente que la aplicación del *in dubio pro operario* es totalmente procedente. Es importante considerar que para que este principio surta efectos, no implica que una de las partes realice una mera afirmación de que existe duda y sea entonces la contraparte quien deba desvirtuar los hechos. Sino realmente deben existir dos normas de carácter sustantivo que establezcan

23 Hernando Devis Echandía, *Teoría General de la Prueba Judicial*, 427.

24 Ricardo Herrera Vásquez, “La Inversión de la Carga de la Prueba: ¿Manifestación del ‘In Dubio Pro Operario?’”, *Themis: Revista Jurídica*, 18, (1991), 42.

25 Ver, Artículo 163, Código Orgánico General de Procesos.

26 Corte Nacional de Justicia, Sala de lo laboral, Resolución No. 798-2018 de 07 de noviembre de 2018. p. 9.

27 Gian Michelli, *La carga de la prueba*, 175-177.

supuestos diferentes y dada la necesidad de saber cual es la aplicable, en mérito del *in dubio pro operario*, será la que en mayor grado favorezca al trabajador.

Ahora bien, respecto de la carga de la prueba como regla general, al ser una norma que regula la forma en la que se lleva a cabo un proceso, pues establece la necesidad de que quien alega debe demostrar tales hechos, no queda duda de que se trata de una norma de derecho adjetivo. Por lo tanto, el *in dubio pro operario* no será procedente para resolver cualquier duda sobre la carga de la prueba.

## 5. EL *IN DUBIO PRO OPERARIO* EN LA VALORACIÓN DE LA PRUEBA

De acuerdo con Bonet, la valoración de la prueba es la operación intelectual realizada por el juez con la que se determinará la eficacia de los medios de prueba practicados para la fijación de los datos fácticos que sirven de sustento para la constatación de los presupuestos legalmente previstos y así finalmente emitir su resolución.<sup>28</sup>

De conformidad con el artículo 164 del COGEP la prueba que ha sido solicitada, practicada e incorporada al proceso, “deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica”<sup>29</sup>. En consecuencia, un medio probatorio que jamás realizó tal conversión no puede ser apreciado, ya que de hacerlo los juzgadores caerían en arbitrariedades, desconociendo el debido proceso y el derecho a la defensa de las partes. Analógicamente, apreciar esta prueba sería como que el juez utilice sus conocimientos personales sobre los hechos controvertidos violentando así el principio de necesidad de la prueba.<sup>30</sup>

Al respecto de las reglas de la sana crítica cabe indicar que estas, ante todo, son reglas del correcto entendimiento humano de la prueba, pues Couture afirma que:

En ellas interfieren las reglas de la lógica, con las reglas de la experiencia del juez. Unas y otras contribuyen de igual manera a que el magistrado pueda analizar la prueba (ya sea de testigos, de peritos, de inspección judicial, de confesión en los casos en que no es lisa y llana) con arreglo a la sana razón y a un conocimiento experimental de las cosas.<sup>31</sup>

Sin embargo, esto no implica que el juez pueda razonar de forma libre, discrecional y arbitraria, caso contrario, esta manera de actuar no sería considerada sana crítica, sino libre convicción. Por lo expuesto, resulta necesario mencionar que la doctrina ha resuelto que esta institución es la unión entre la lógica y la experiencia, pero sin realizar una excesiva abstracción de orden mental,

28 José Bonet, *Litigación y Teoría de la Prueba*, 436-437.

29 Artículo 164, Código Orgánico General de Procesos.

30 Unidad Judicial de Trabajo, Causa no. 17371-2021-02271, 27 de abril de 2022, pp. 2-3.

31 Eduardo J. Couture, *Fundamentos del derecho procesal civil*, (Buenos Aires: Editorial B de F, 2002), 271.

con la finalidad de asegurar el más certero y eficaz razonamiento en miras a salvaguardar el debido proceso.<sup>32</sup>

De esta forma se concluye que la valoración de la prueba determinará si los medios probatorios aportados han logrado o no el fin de fijar el material fáctico que sirve como base para la aplicación del derecho sustantivo y que de este modo se emita una resolución en relación a los puntos objeto de la *litis*.

En relación a la aplicación del *in dubio pro operario* en la valoración de la prueba, existen autores como Herrera que afirman la posibilidad de que este principio sea utilizado, pues a su modo de ver:

No se concibe la vigencia de la justicia social en el proceso laboral cuando se intenta excluir el principio '*In dubio pro operario*' en materia probatoria ya que puede haber paridad entre las distintas probanzas y entonces el juzgador debe recurrir a su aplicación, teniendo en cuenta que para rectificar desigualdades es esencial incorporar otras (énfasis añadido).<sup>33</sup>

Bajo esta lógica, los inspectores de trabajo emiten a diario resoluciones en las que se evidencia como respecto de los hechos probados en audiencia se aplica el *in dubio pro operario* para favorecer al trabajador con excusa de realizar una justicia social, desconociendo lo aportado por el empleador.

Un claro ejemplo de esta situación, se evidencia cuando la inspectora de trabajo de la Delegación Provincial de Trabajo y Servicio Público Cotopaxi, dentro del Trámite de Visto Bueno No. 302103 seguido por el empleador, se configuró la causal de falta de probidad. El trabajador habría presentado un certificado médico falso en el que se detallaba la asistencia a una casa de salud para la realización de exámenes, mientras que en audiencia este último demostró que efectivamente acudió a la casa de salud a retirar exámenes mas no a realizárselos.

A pesar de esto, la inspectora decidió aplicar el *in dubio pro operario* y desconocer los hechos demostrados por el empleador, pues manifestó que:

[...] QUINTO.- Que una vez que se han cumplido con las reglas del debido proceso, corresponde a esta Autoridad pronunciarse al respecto. De los recaudos aportados al expediente de Visto Bueno, esta Autoridad ha determinado y recabado elementos probatorios que conllevan a esclarecer lo siguiente: [...]El artículo 326 numeral 3 de la Constitución de la República del Ecuador manifiesta textualmente: 'El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: 3.- En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable

32 Ibid.

33 Santiago J. Rubinstein, *Fundamentos del Derecho Laboral*, (Buenos Aires: Depalma, 1998), 13.

a las personas trabajadoras’, en concordancia con el Código del Trabajo artículos: Art. 5.- ‘Protección judicial y administrativa.- Los funcionarios judiciales y administrativos están obligados a prestar a los trabajadores oportuna y debida protección para la garantía eficacia de sus derechos’ y el Art. 7: ‘Aplicación favorable al trabajador.- En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales y administrativos las aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores’ SEXTO. Por lo expuesto en líneas anteriores, la parte accionante NO ha demostrado fehacientemente que el trabajador accionado haya incurrido en el numeral 2 y 3 del Artículo 172 del Código del Trabajo, esto es: ‘Art 172: (...) 2. Por indisciplina o desobediencia graves a los reglamentos internos legalmente aprobados;’ y; numeral tercero: ‘3. Por falta de probidad o por conducta inmoral del trabajador;’ [...] RESOLUCIÓN.- Primero: De los antecedentes expuestos con anterioridad esta Autoridad, en uso de las atribuciones conferidas por los Art. 183, 545 atribución 5ta y Artículo 621 del Código del Trabajo resuelve NEGAR EL VISTO BUENO [...].<sup>34</sup>

Asimismo, en instancia judicial se puede observar como jueces cometen el mismo error al pretender arbitrariamente aplicar este principio con el objetivo de favorecer a la parte trabajadora, según se desprende de la siguiente sentencia emitida por una juez de la Unidad Judicial Laboral de Portoviejo:

En el proceso laboral sobresale el principio de “justicia social” que procura la protección de los sujetos económicamente más débiles, en la relación jurídica-económica-laboral que son los trabajadores, para de esa manera alcanzar un determinado equilibrio entre los diferentes grupos humanos. Con este criterio deben apreciarse las pruebas que se aporten en un juicio laboral, criterio que no es ajeno a los principios protectores que se observan en la aplicación de la legislación de trabajo. Lo indicado guarda consonancia con el principio *In dubio pro operario*, locución latina que esencialmente constituye un principio interpretativo de Derecho laboral, que difiere del objetivo del derecho común, pues mientras éste busca establecer igualdad entre los contratantes, el derecho laboral apunta a proteger al trabajador por ser la parte más débil en cuanto a la negociación. [...] En consecuencia, valorando la prueba acorde a la sana crítica [...] por lo que, se ACEPTA LA IMPUGNACION DE VISTO BUENO [...].<sup>35</sup>

El mantener esta postura respecto a la aplicación del *in dubio pro operario* en la valoración de la prueba, puede llegar al absurdo de que se flexibilicen las normas procesales a favor del trabajador y/o estas se vuelvan más rígidas para el empleador sin sustento legal alguno, vulnerando expresamente el debido proceso.

Aunque estos errores han sido cometidos en su gran mayoría por inspectores

<sup>34</sup> Trámite de Visto Bueno No. 302103, Delegación Provincial de Trabajo y Servicio Pública Cotopaxi, 21 de julio de 2021, pp. 6-11.

<sup>35</sup> Unidad Judicial Laboral de Portoviejo, Causa no. 13371-2021-00002, 04 de octubre de 2021, pp. 5-10.

de trabajo y jueces de primera instancia, cabe recalcar que la jurisprudencia ecuatoriana ya se ha pronunciado al respecto y ha emitido una postura totalmente distinta, la cual desarrolla que:

No está por demás señalar que el principio pro-operario debe aplicarse únicamente cuando exista duda por parte de los justiciables en lo relativo al ‘alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral’; pero no en cuanto a situaciones de hecho o de facto como son las atinentes al despido intempestivo por ejemplo (énfasis añadido).<sup>36</sup>

De igual forma, en jurisprudencia más reciente, la Corte Nacional de Justicia ha manifestado que:

En concordancia con lo alegado respecto al principio de favorabilidad establecido en el Art. 7 del Código del Trabajo señala que: “Art. 7.- Aplicación favorable al trabajador. - En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales y administrativos las aplicarán en el sentido más favorable a los trabajadores.” Este tribunal advierte que este principio se aplica, solamente cuando una disposición legal genere una duda sobre su alcance; de ser así, el juzgador podrá resolver observando el sentido más favorable para el trabajador; para ello, es necesario determinar cuál es la norma que genera incertidumbre en su alcance o interpretación y de qué forma está afectando a la resolución de la causa. En el caso in examine, no es aplicable el principio de favorabilidad con el fin de establecer que el empleador es quien debe justificar la existencia de un despido intempestivo, pues la norma es clara al señalar que, la parte procesal que afirma hechos debe probarlos, correspondiéndole al actor justificar que la relación laboral terminó por despido intempestivo y no es deber de la parte demandada justificar la forma de terminación de la relación laboral cuando su contestación fue negativa simple a la demanda. Sin que se genere duda alguna sobre el alcance o interpretación normativa que conlleve a la aplicación del principio de favorabilidad [...].<sup>37</sup>

De los fallos citados queda claro como el *in dubio pro operario* no puede ni debe ser aplicado por los administradores de justicia al momento de valorar la prueba y construir la verdad procesal dentro de su resolución. Este principio pretende equiparar la desigualdad material existente entre el trabajador y empleador respecto del alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, pero no en cuanto a situaciones fácticas.

Las resoluciones emitidas tanto por inspectores de trabajo como jueces, deben ser el resultado de un acto de conocimiento que se logra una vez sustanciado el proceso, siendo fundada en premisas fácticas fiables suministradas por los medios de prueba presentados por las partes,<sup>38</sup> sin que estos medios sean interpretados a favor de uno u otro arbitrariamente.

36 Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Laboral y Social, Resolución No. 51-98 de 26 de marzo de 1998, p. 3.

37 Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Laboral, Causa no. 09359-2019-03186, 20 de julio de 2022, p. 5.

38 Michele Taruffo, *La Prueba*, (Madrid: Marcial Pons, 2008), 20.

## 6. CONCLUSIÓN

El *in dubio pro operario* es una expresión del derecho a la protección y tutela del trabajador, el cual establece la situación más favorable para este último cuando se generan dudas sobre el alcance de disposiciones legales, reglamentarias e incluso contractuales en material laboral, con el objetivo de proteger y equiparar la disparidad que sufre el trabajador frente al empleador. Sin embargo, esto no implica que la parte débil de la relación laboral deba convertirse en la opresora del orden constitucional, ya que a partir de aquello se instauraría una “nueva” desigualdad.

Dada la forma en la que el *in dubio pro operario* se encuentra tipificado, el principio debe ser aplicado tan solo en caso de duda sobre el alcance de las normas sustantivas, mas no de aquellas que determinan la forma en la que se lleva a cabo el proceso. Es decir, el *in dubio pro operario* no puede ni debe ser aplicado en normas procesales.

En lo relacionado a la carga de la prueba, ha quedado expuesto que la parte que alega y sostiene un determinado hecho, es aquella que debe demostrarlo de manera fehaciente en juicio. En cuanto a la llamada inversión de la carga de la prueba, sí se determina a través de alguna fuente del derecho una presunción *iuris tantum* que modifique el supuesto de hecho imponiendo al demandado la responsabilidad de desestimar el cargo del que se le acusa, esta carga se redistribuye. Puesto que la presunción de hecho responde a una modificación del supuesto de hecho original de una norma sustantiva, cabe la posibilidad de que el *in dubio pro operario* sea aplicado siempre y cuando suscite alguna duda sobre la aplicación de esta disposición legal. Sin embargo, en lo que respecta a la carga de la prueba como tal, al ser una disposición de carácter procesal, no es viable la aplicación de este principio.

Finalmente, no cabe duda de que tanto en un proceso administrativo como judicial debe primar la igualdad de las partes como principio rector. En consecuencia, resulta inviable que al momento de valorar la prueba y construir la verdad procesal a partir de los hechos aportados por las partes, la autoridad competente pretenda desconocer los hechos presentados por el empleador y ante la duda fallar a favor del trabajador con sustento en el *in dubio pro operario*. La verdad procesal debe ser construida de forma objetiva, sin distinguir quién es el actor o el demandado. Por lo tanto, el *in dubio pro operario* debe ser tan solo aplicado para resolver exclusivamente dudas que surjan a partir de la interpretación de normas de carácter sustantivo mas no adjetivo. Este principio no puede ni debe convertirse en una herramienta fácil de los administradores de justicia para cometer arbitrariedades, caso contrario se provocará que las partes, ejerciendo el derecho a recurrir estas resoluciones, se presenten un sin número de impugnaciones que saturen las unidades judiciales y dejen a

las partes en estado de incertidumbre por el tiempo que debe transcurrir para obtener una decisión definitiva emitida eventualmente por la Corte Nacional de Justicia.



The logo consists of the Chinese characters '大成' (Dacheng) followed by the word 'DENTONS' in a bold, sans-serif font, all contained within a white arrow-shaped graphic pointing to the right.

大成 DENTONS

PAZ  
HOROWITZ

## La única firma en Ecuador con alcance global.

Somos sus socios estratégicos para hacer crecer, proteger, operar y financiar sus negocios en donde sea que estos se encuentren.

+80 países | +200 oficinas | +12.000 abogados

Grow | Protect | Operate | Finance

**Dentons, the law firm  
of the future is here.**



@DentonsPH



Dentons Paz Horowitz

[dentonspazhorowitz.com](https://www.dentonspazhorowitz.com)

© 2022 Dentons. Dentons is a global legal practice providing client services worldwide through its member firms and affiliates. Please see [dentons.com](https://www.dentons.com) for Legal Notices.



# La «persona interesada» y el «tercero interesado» en el control de concentraciones económicas del derecho de competencia ecuatoriano

## *The “Person Concerned” and the “Interested Third Party” in the Merger Control of Ecuadorian Competition Law*

GUSTAVO ANDRÉS VILLACRESES BRITO\*

**Recibido / Received:** 07/07/2022

**Aceptado / Accepted:** 11/09/2022

**DOI:** <https://doi.org/10.18272/ulr.v9i2.2760>

### **Citación:**

Villacreses Brito G. A. «La «persona interesada» y el «tercero interesado» en el control de concentraciones económicas del derecho de competencia ecuatoriano». *USFQ Law Review*, Vol 9, no 2, octubre de 2022, pp. 57 - 92, doi: 10.18272/ulr.v9i2.2760

---

\* PBP Pérez Bustamante & Ponce – Estudio Jurídico, Abogado Asociado, Av. República de El Salvador N36-140 y Av. Naciones Unidas, Quito 170505, Pichincha, Ecuador. Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina, Consultor Judicial, Portete E11-27 y Gregorio Munga, Quito 170504, Pichincha, Ecuador. Abogado y Psicólogo Clínico por la Universidad San Francisco de Quito USFQ, Ecuador. Especialista superior en derecho procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar UASB, sede Ecuador. Correo electrónico: g.a.villacreses@outlook.com. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-0072-4052>

El presente trabajo consiste en una adaptación de la versión original que fue escrita para la obtención del título de especialista superior en derecho procesal, del período académico 2020-2022, por la Universidad Andina Simón Bolívar UASB, sede Ecuador. Cualquier opinión vertida es de carácter personal y de exclusiva responsabilidad del autor, no comprometiéndolo a las instituciones a las que se encuentra afiliado.

## RESUMEN

El control de concentraciones económicas del derecho de competencia ecuatoriano está compuesto por tres procedimientos: uno de resolución sobre la concentración notificada, uno de seguimiento a las condiciones bajo las cuales se la pueda subordinar, y uno de investigación y sanción en caso de incumplimiento de estas medidas. En todos ellos la persona interesada es el operador económico concentrado. Esto resulta de la configuración de esta institución jurídica bajo los parámetros del régimen procesal administrativo aplicable al sistema de competencia ecuatoriano. El presente artículo analiza este sistema y concluye que, como efecto paralelo, en ninguno de estos procedimientos es procedente la incorporación de terceros. En consideración a la naturaleza y fines del régimen de competencia, no se pueden ver involucrados —o, en todo caso, tutelados— derechos subjetivos y aun menos, intereses legítimos de terceros.

## PALABRAS CLAVE

Derecho de competencia; fusiones; procedimiento administrativo; parte procesal; parte procedimental; interés legítimo.

## ABSTRACT

*The merger control under Ecuadorian competition law consists of three procedures: one for resolution of the notified economical concentration, one for monitoring the remedies (commitments) under which it may be subordinated, and one for investigation and sanction in the event of noncompliance with these measures. In all of them, the interested/procedural party is the merging firm. This results from the configuration of this institution under the parameters of the administrative procedural regime applicable to the Ecuadorian competition system. This article analyzes this system and concludes that, as a parallel effect, in none of these procedures is the incorporation of third parties is appropriate. In consideration of the nature and purposes of the competition regime, subjective rights and even less legitimate interests of third parties cannot be involved or, in any case, protected.*

## KEYWORDS

*Competition law; antitrust; control of economic concentrations; administrative procedure; procedural party; legitimate interest.*

## 1. INTRODUCCIÓN

En una economía basada en el sistema de libre mercado, el mercado en sí mismo resulta ser un bien jurídico de titularidad general por parte de la sociedad. La Constitución de la República del Ecuador (en adelante, CRE) reconoce que «[e]l sistema económico [...] propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza».<sup>1</sup> Como beneficiario último de este sistema se encuentra toda la sociedad, al permitir que sean los ciudadanos (consumidores) el origen y fin de la economía.

El mercado debe ser protegido para que sus factores naturales —oferta y demanda— y su interacción, sean los que determinen los precios para el consumidor. Dependiendo de la naturaleza y estructura del mercado, se busca evitar que las condiciones de mercado o su resultado —los precios— sean consecuencia (artificial) de fallos de mercado (como la dominancia).<sup>2</sup> A estas finalidades se ha alineado la CRE, especialmente al prescribir que la política comercial tiene como objetivo «evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas [...] y otras que afecten el funcionamiento de los mercados».<sup>3</sup> También ha dispuesto que «corresponde al Estado promover el acceso equitativo a los factores de producción, evitando la concentración o acaparamiento de factores y recursos productivos, la redistribución y supresión de privilegios o desigualdades en el acceso a ellos».<sup>4</sup>

En este escenario resulta indispensable la protección a la competencia efectiva como uno de los mecanismos a través de los cuales el mercado puede autorregularse y confiar en el correcto funcionamiento de autodeterminación de precios. Paralelamente, la competencia entre operadores económicos conlleva otros beneficios generales en cuanto a calidad, economías de escala, y productividad. Esto se logra a través del incentivo a la innovación y maximización de eficiencias productivas y distributivas. Por todo esto, la preservación de una competencia vigorosa, sana, y justa —técnicamente conocida como competencia real y efectiva<sup>5</sup>— es de interés general en cautela del bienestar social.

Con estas finalidades es que nace el derecho de competencia, que tiene como fin último el bienestar social, protegiendo la independencia del mercado a través del mantenimiento de la competencia. Este sistema ha sido diseñado como una herramienta de control sobre las conductas de los sujetos que

1 Artículo 283, Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008.

2 Definida como la capacidad de un sujeto económico del mercado de “elevar sus precios por encima de los que prevalecerían en condiciones competitivas y [ser] capaz de sostener esta estrategia de forma rentable a largo plazo” (Inmaculada Gutiérrez y Jorge Padilla, “Una racionalización económica del concepto de posición de dominio”, en *El abuso de la posición de dominio*, direc. Santiago Martínez Lage y Amadeo Petitbò Juan [Madrid: Fundación Rafael del Pino, 2006], 17).

3 Artículo 304, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

4 Considerando octavo, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [LORCPM], R.O. 555, 13 de octubre de 2011.

5 Philip Marsden; Ioannis Kokkoris, “The Role of Competition and State Aid Policy in Financial and Monetary Law”, *Journal of International Economic Law* 13, no. 3 (septiembre 2010): 883, <https://doi.org/10.1093/jiel/jgq028>

participan económicamente en el mercado (*i.e.*, operadores económicos).<sup>6</sup> En este aparato normativo prima el interés general, dejando de lado los intereses y la protección a los operadores económicos individuales.<sup>7</sup> Incluso la protección al consumidor como sujeto —y no como un elemento del mercado— terminaría siendo objeto de los efectos colaterales de la protección al mercado.<sup>8</sup> Como consecuencia, lo usual en los procesos y procedimientos del régimen de competencia es la unilateralidad: relación administración-operador económico.

El régimen jurídico ecuatoriano de competencia está formado, en resumen, por cuatro subregímenes especializados de regulación y control<sup>9</sup>: (i) abusos de poder de mercado; (ii) acuerdos y prácticas restrictivas; (iii) prácticas desleales<sup>10</sup>; y (iv) concentraciones económicas.<sup>11</sup> Para el presente trabajo nos enfocaremos en este último subrégimen.

A diferencia de los otros tres<sup>12</sup>, el control de concentraciones económicas consiste en un procedimiento *ex ante* en el que se analizan —previo a cualquier infracción a la ley— aquellas concentraciones económicas<sup>13</sup> que puedan crear, modificar o reforzar el poder de mercado<sup>14, 15</sup>. Es ejecutado por la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante, SCPM) y comprende una evaluación de las integraciones empresariales sobre las cuales exista una obligación legal<sup>16</sup> de notificación previa<sup>17</sup> a la agencia de competencia. El objetivo es asegurar

6 LORCPM, artículo 2: “Están sometidos a las disposiciones de la presente Ley todos los operadores económicos, sean personas naturales o jurídicas, públicas o privadas, nacionales y extranjeras, con o sin fines de lucro, que actual o potencialmente realicen actividades económicas en todo o en parte del territorio nacional, así como los gremios que las agrupen, y las que realicen actividades económicas fuera del país, en la medida en que sus actos, actividades o acuerdos produzcan o puedan producir efectos perjudiciales en el mercado nacional”.

7 O, al menos, la tutela a los operadores económicos competidores de un mercado (como un conjunto o colectivo) se colma a través de efectos colaterales de la protección principal al mercado, pues resultan beneficiarios del mantenimiento de la competencia. Por otro lado, podría sostenerse que la protección a los operadores económicos individuales se consigue como finalidad de otros regímenes jurídicos, como el derecho de propiedad intelectual, el derecho civil, el derecho de daños, entre otros.

8 La protección al consumidor *per se* está cubierta de manera específica por el régimen del derecho del consumo.

9 Que se asientan sobre la base de lo prescrito por la CRE (artículos 334, 335 y 336).

10 Si bien tradicionalmente (y comparando con otras legislaciones, como la española) la *competencia desleal* no forma parte del derecho de competencia, en el sistema ecuatoriano ha sido incluida en la ley de competencia. Actualmente existe alta discusión sobre este tema y en próximos años podrían verse cambios sobre esta concepción.

11 LORCPM, artículo 1: “Objeto.- El objeto de la presente Ley es evitar, prevenir, corregir, eliminar y sancionar *el abuso de operadores económicos con poder de mercado*; la prevención, prohibición y sanción de *acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas*; el control y regulación de las *operaciones de concentración económica*; y la prevención, prohibición y sanción de las *prácticas desleales*, buscando la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible” (italicas agregadas).

12 Los otros subregímenes tienen naturaleza de control *ex post*, pues, por regla general, se activan una vez los sujetos han cometido —presumiblemente— una infracción a la ley o acto anticompetitivo.

13 Entendiendo como *concentración* al “cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos” (LORCPM, artículo 14); con el contexto de que *control* es comprendido como “las circunstancias de hecho y de derecho, confieran la posibilidad de ejercer una influencia sustancial o determinante sobre una empresa u operador económico [...] que podrá ser conjunto o exclusivo” (LORCPM, artículo 12).

14 Entiéndase, que tienen el potencial de generar dominancia.

15 Artículo 15, LORCPM.

16 La agencia también ejerce sus funciones de análisis ante notificaciones que sin ser obligatorias se han realizado a modo informativo (LORCPM, artículo 22) o en consulta previa (LORCPM, artículo 24).

17 La obligatoriedad de la notificación depende del alcance por parte de la concentración a dos umbrales alternativos, uno económico y uno de cuota de mercado (LORCPM, artículo 16).

que la ejecución de una concentración no genere distorsiones a la competencia, protegiendo así al mercado y, por ende, al bienestar general.<sup>18</sup>

Como resultado, una operación de concentración puede resolverse: con una autorización, si no representa riesgos al mercado ni a la competencia; con una denegación, si sí lo hace de manera previsible e inevitable; o con una subordinación, en caso de que los potenciales efectos sean evitables o compensables.<sup>19</sup>

En este último caso se imponen condiciones para que la operación de concentración se lleve a cabo y, consecuentemente, el ejercicio de las potestades de la administración pública no cesa con la resolución, sino que se lleva a cabo un seguimiento a la concentración sobre el cumplimiento de las medidas.<sup>20</sup> De darse el cumplimiento de las condiciones, el mecanismo de control termina; pero si se presume algún incumplimiento, la autoridad ejecuta una especie de procedimiento de investigación y sanción.

Entonces, el subrégimen de control de concentraciones económicas incluiría tres procedimientos: (i) el de resolución sobre la notificación de concentración económica<sup>21</sup>; (ii) el de seguimiento a la concentración económica subordinada<sup>22</sup>; y (iii) el de investigación y sanción derivado del seguimiento<sup>23</sup>.

Por la naturaleza de este subrégimen jurídico, en él interviene solo la autoridad pública —SCPM y sus órganos— y el administrado —operador económico notificante—. Sin embargo, ¿qué sucede cuando un tercero pretende participar en estos procedimientos?

Es susceptible de ocurrencia este supuesto de hecho pues los procedimientos del subrégimen de control de concentraciones económicas resultan públicos<sup>24</sup>, situación concordante a la exigencia de transparencia<sup>25</sup> —pilar fundamental

18 Julie Clarke, “Current issues in merger law”, en *Comparative Competition Law*, ed. John Duns, Arlen Duke y Brendan Sweeney (Cheltenham: Edward Elgar, 2015), 171.

19 Artículo 15, LORCPM.

20 Artículo 15, LORCPM.

21 Resolución respecto de la operación de concentración económica con aprobación, negativa, o aprobación bajo condicionamiento.

22 Para verificar el cumplimiento de las condiciones bajo las que se pudiera subordinar la operación de concentración.

23 En caso de incumplimiento a las condiciones.

24 La normativa de competencia ecuatoriana es expresa y específica en prescribir el carácter reservado de ciertos procedimientos. Como resultado, aquellos no reservados se sujetan al principio general de publicidad. Expresamente gozan de reserva el procedimiento genérico de investigación y sanción del régimen de competencia (LORCPM, artículo 56) y el procedimiento especial de investigación de operaciones de concentración económica ejecutadas sin autorización previa (Instructivo para el Tratamiento de la Información dentro de la SCPM —Resolución SCPM-DS-2020-41— [ITI], Registro Oficial 333, 19 de noviembre de 2020, última modificación 23 de junio de 2021 —Resolución SCPM-DS-2021-17—, artículo 5). Consecuentemente, los procedimientos del subrégimen de control de concentraciones económicas resultan públicos. No obstante, es discutible si el tercer procedimiento del subrégimen de control de concentraciones —de investigación y sanción derivado del seguimiento— es también reservado pues, si bien se sustancia bajo un procedimiento denominado «procedimiento general para la sustanciación y aplicación de sanciones no derivadas de conductas anticompetitivas», su naturaleza es investigativa y sancionatoria.

25 Artículos 18 (numeral 2) y 227, CRE; y, artículo 12, COA.

del debido proceso— y la legitimidad y confianza del ejercicio del poder por parte de las autoridades administrativas de defensa de la competencia<sup>26</sup>. Paralelamente, estos procedimientos implican de manera usual la colaboración de terceros mediante el aporte de información de diversa índole y en respuesta a las solicitudes que realiza la autoridad<sup>27</sup>. Como resultado del conocimiento por parte de un operador económico inicialmente ajeno al procedimiento (tercero), este podría solicitar a la autoridad su participación como parte.

Esta pretendida participación podría tener como intención distintos niveles de penetración o involucramiento procesal dentro del procedimiento. Por ejemplo, podría únicamente solicitar que se le permita presentar información (que implicaría una interacción unilateral pero indirecta con la autoridad y el procedimiento); que se le reciba en una reunión (unilateral pero directa); o participar en las diligencias y actos procesales (bilateral [tercero-autoridad] y directa). Además, las justificaciones de este tercero podrían ser variadas: muy generales, como sostener que la concentración le puede afectar por ser un consumidor o un competidor del notificante; o tan específicas, como que el cumplimiento/incumplimiento de una condición le genera beneficios/perjuicios, por ejemplo. Y finalmente esta intervención podría ser posible si se considera, preliminarmente, la existencia de la figura amplia de «persona interesada» prevista en el Código Orgánico Administrativo (en adelante, COA).

Pero ¿es realmente procedente la incorporación de un tercero interesado — ajeno al notificante— en los tres procedimientos del subrégimen de control de concentraciones económicas ecuatoriano?

Lastimosamente, no existe una respuesta concreta en la legislación ecuatoriana ni precedentes<sup>28</sup> para responder este problema jurídico. Sin embargo, sobre la base de interpretación a la ley, derecho comparado, decisiones extranjeras y doctrina; el presente trabajo tratará de responder a este cuestionamiento cuya relevancia radica en que la posibilidad (o imposibilidad) de intervención de este tercero tendrá impacto directo sobre los derechos procesales e intereses tanto de aquel tercero como del notificante. Con este escenario, esta investigación constituye un primer paso en el análisis sobre la proyección del derecho constitucional al debido proceso dentro de la dimensión procedimental administrativa del derecho de competencia.<sup>29</sup>

Para alcanzar la respuesta anhelada, los siguientes acápite se ocuparán de: (i)

26 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), *Accès aux pièces et protection des informations confidentielles – Note de référence*, DAF/COMP/WP3(2019)6, 3 de diciembre de 2019, 17.

27 En virtud de la LORCPM (artículos 48 y 50).

28 Jurisprudenciales, en estricto sentido, o administrativos.

29 Discusiones similares ya se han suscitado en otras jurisdicciones cercanas. Por ejemplo, ver: Francisco Marcos Fernández, “El derecho al debido proceso en el procedimiento administrativo sancionador peruano en materia de defensa de la competencia ante INDECOPI”, *THEMIS Revista De Derecho* 78 (2020): 141-65; Cecilia Sosa Gómez, “El debido proceso aplicable a las actuaciones administrativas”, *Boletín de la Academia de Ciencias Políticas y Sociales* 154 (2015): 391-412.

establecer cuál es el régimen procesal aplicable al derecho de competencia ecuatoriano; (ii) comprender las figuras de «persona interesada» y «tercero interesado» en el procedimiento administrativo; definir la «persona interesada» y analizar la procedencia el «tercero interesado» (iii) en el procedimiento de resolución sobre una concentración económica, (iv) en el procedimiento de seguimiento a la concentración subordinada, y (v) en el procedimiento derivado de investigación y sanción por incumplimiento a las condiciones. Por último, se presentan unas reflexiones a modo de conclusión.

## 2. RÉGIMEN PROCESAL DEL DERECHO DE COMPETENCIA ECUATORIANO

El régimen procesal del derecho de competencia ecuatoriano está compuesto, principalmente, por el COA y, disputadamente, por las disposiciones procesales especiales contenidas en los cuerpos normativos especializados en la materia de competencia, *i.e.*, la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante, LORCPM), el Reglamento para la aplicación de la LORCPM (en adelante, RLORCPM), y el Instructivo de gestión procesal administrativa de la SCPM (en adelante, IGPA).

La LORCPM contiene, además de sus prescripciones sustantivas, disposiciones procesales desde la fecha de su vigencia (publicación en el Registro Oficial de 13 de octubre de 2011). Lo propio ocurre con el RLORCPM (publicación en el Registro Oficial de 7 de mayo de 2012) y el IGPA (publicación en el Registro Oficial de 7 de abril de 2017)<sup>30</sup>. No obstante, en julio de 2018 entró en vigencia el COA, que prescribe<sup>31</sup>:

Artículo 1.- Objeto.- Este Código regula el ejercicio de la función administrativa de los organismos que conforman el sector público.  
[...]

Artículo 42.- Ámbito material. El presente Código se aplicará en:  
La relación jurídico administrativa entre las personas y las administraciones públicas.  
La actividad jurídica de las administraciones públicas.  
Las bases comunes a todo procedimiento administrativo.  
El procedimiento administrativo.  
[...]

30 Previo al IGPA existieron otros cuerpos normativos del mismo rango con disposiciones procesales semejantes, como por ejemplo: Resolución SCPM-DS-70-2013 (9 de diciembre de 2013); Resolución SCPM-DS-034-2014 (5 de mayo de 2014); Resolución SCPM-88-2014 (20 de diciembre de 2014); Resolución SCPM-DS-36-2014 (19 de agosto de 2014); Resolución SCPM-DS-052-2014 (13 de agosto de 2014); Resolución SCPM-DS-079-2015 (9 de diciembre de 2015); y, Resolución SCPM-DS- 81-2015 (25 de diciembre de 2015).

31 Estas disposiciones siguen actualmente vigentes.

## DISPOSICIONES DEROGATORIAS

PRIMERA.- Deróganse [sic] todas las disposiciones concernientes al procedimiento administrativo, procedimiento administrativo sancionador, recursos en vía administrativa, caducidad de las competencias y del procedimiento y la prescripción de las sanciones que se han venido aplicando.

[...]

NOVENA.- Deróganse [sic] otras disposiciones generales y especiales que se opongan al presente Código Orgánico Administrativo.

Frente a este escenario, se han suscitado una serie de opiniones contrapuestas respecto del efecto jurídico de la mera existencia del COA (junto con su ámbito de aplicación y sus disposiciones derogatorias) sobre las disposiciones procesales de los cuerpos legales especializados en materia de competencia. En resumen, por un lado se ha sostenido que el COA ha sido expreso y claro en derogar “todas” las disposiciones procesales previas de procedimientos administrativos y reemplazarlas por las suyas, que se ubican bajo su objeto y ámbito material (*i.e.*, procedimientos administrativos). En contraposición, se ha argumentado que la disposición derogatoria del COA no ha sido lo “suficientemente expresa” como para alcanzar aquellas regulaciones procesales previas y especiales en las distintas ramificaciones y especialidades de la materia administrativa. Como punto conciliador, y bastante discutido, sobre la base de la idea anterior se ha propuesto que el COA resulta una normativa subsidiaria o supletoria a lo normado por las regulaciones especiales en materia procesal administrativa que no son derogadas tácitamente<sup>32</sup>. Es decir, el COA rige sobre todo aquello no normado por las disposiciones procesales previas de procedimientos administrativos, ha derogado todo lo que es incompatible con él, pero deja supervivientes las normas especiales sobre aspectos que no ha regulado.

Esta última posición es justamente la impartida en materia procesal de competencia por parte de la Procuraduría General del Estado que, mediante Oficio 06578 de 11 de noviembre de 2019, respondió a consulta de la SCPM concluyendo que:

Por lo expuesto, en atención a los términos de su primera consulta se concluye que, de conformidad con lo dispuesto en los artículos 39 del CC<sup>[33]</sup> y 3, numeral 1, de la LOGJCC<sup>[34]</sup>, el COA no ha derogado, ni expresa ni tácitamente, las disposiciones previstas en la LORCPM concernientes al procedimiento sancionador especial y los recursos administrativos.

32 Por contraoponerse o ser incompatibles con lo normado por el COA.

33 Código Civil prescribe: “La ley especial anterior no se deroga por la general posterior, si no se expresa” (Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46, 24 de junio de 2005, última modificación 8 de julio de 2019, artículo 39).

34 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional prescribe: “1. Reglas de solución de antinomias.- Cuando existan contradicciones entre normas jurídicas, se aplicará la competente, la jerárquicamente superior, la especial, o la posterior” (Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional [LOGJCC], R.O. Suplemento 52, 22 de octubre de 2009, última modificación 3 de febrero de 2020, artículo 3, numeral 1).



En tal virtud, respecto a la segunda consulta se concluye que las condiciones, términos y plazos, causales y características del procedimiento sancionador especial establecido por la LORCPM se encuentran vigentes.

Finalmente, de conformidad con la Disposición Transitoria Novena del COA, corresponde a la Asamblea Nacional la armonización y adecuación del ordenamiento jurídico, a fin de que la LORCPM sea compatible con las disposiciones contenidas en el COA.<sup>35</sup>

Como consecuencia, y en la práctica de la SCPM, se aplica el COA para todo lo procesal en materia de competencia excepto para lo desarrollado en la LORCPM<sup>36</sup> —como norma especial— y que no se contraponga al COA<sup>37</sup>. Si bien esta adopción puede ser altamente discutida, es coherente con el pronunciamiento<sup>38</sup> de la Procuraduría General del Estado que resulta ser “derecho objetivo”<sup>39</sup> —cosa también objeto de discusión permanente—.

Partiendo de este entendido, se debe señalar que la LORCPM y el RLORCPM no proporcionan regulación relevante respecto de “personas interesadas” o “terceros” en los procedimientos de la materia. Sin embargo, una norma jerárquicamente inferior —el IGPA— se aproxima al tema. Este dispone como su ámbito de aplicación, entre otros, los procedimientos de control de concentraciones<sup>40</sup> y señala como su objetivo:

[...] precisar los procedimientos, términos y plazos para la gestión procesal administrativa de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado, que no estén establecidos en la Ley, Reglamento y demás normas aplicables.<sup>41</sup>

Entre los “lineamientos formales y fundamentales para la gestión procesal”<sup>42</sup>, el IGPA prevé que la mera comparecencia a un proceso no otorga la calidad de parte procesal<sup>43</sup> y ordena que “[e]l *interés legítimo* debe ser demostrado por la parte y calificado como tal por la autoridad” (énfasis agregado)<sup>44</sup>. Correlativamente, el IGPA define el concepto de “parte directamente involucrada” así:

Se entiende por “parte directamente involucrada, parte involucrada o simplemente *parte*”, a aquellos operadores económicos que se encuentren en alguna de

35 Procuraduría General del Estado, *Oficio 06578*, 11 de noviembre de 2019, 7.

36 Y el resto de instrumentos de competencia: RLORCPM e IGPA.

37 Que estaría derogado tácitamente.

38 Realizado según lo prescrito por el artículo 3 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado (Registro Oficial 312, 13 de abril de 2004, última modificación 14 de mayo de 2021).

39 Según lo establecido por la Corte Constitución de Ecuador en sentencias 002-09-SAN-CC, 002-09-SAM-N-CC y 003-09-SIN-CC.

40 Artículo 1, IGPA.

41 Artículo 2, IGPA.

42 Artículo 3, IGPA.

43 Artículo 3, numeral 3, IGPA.

44 Artículo 3, numeral 10, IGPA.

las siguientes circunstancias: el que ha interpuesto una denuncia, los obligados a presentar explicaciones, y respecto de quienes se ha resuelto el inicio de un procedimiento de investigación. (énfasis agregado)<sup>45</sup>

Como puede apreciarse, la normativa procesal especial del régimen de competencia no ofrece mayor indicación sobre la calificación de partes, personas interesadas o terceros. Cosa que, como se verá a continuación, sí lo hace el COA y, por lo tanto, es este cuerpo normativo el que en adelante será tomado como marco procesal inicial para absolver la pregunta objeto de este trabajo.

### 3. LA «PERSONA INTERESADA» Y EL «TERCERO INTERESADO» EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

Como parte del debido proceso y como una garantía del derecho a la defensa, la CRE prevé la facultad de las personas de ser escuchadas dentro de un proceso en el que se determinen derechos y obligaciones. Esto se encuentra prescrito en el literal c) del numeral 7 del artículo 76 de la Carta Magna ecuatoriana, así:

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

[...]

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías:

[...]

c) Ser escuchado en el momento oportuno y en igualdad de condiciones.<sup>46</sup>

Entre sus proyecciones, sería sostenible entonces que toda persona que pudiere resultar alcanzada —se determine sobre sus derechos u obligaciones— por la resolución de un procedimiento administrativo, debe ser escuchada en el momento oportuno y en igualdad de condiciones con el resto de partes<sup>47</sup>. El momento oportuno termina siendo antes de resolver, pues posterior a ello el ejercicio carecería de eficacia. Por lo tanto, esta garantía resulta esencial para una persona que tenga legítimo interés en el asunto discutido.

Como se expuso antes, el régimen procesal ecuatoriano especial en materia de competencia no contempla mayor prescripción sobre sus sujetos y, por tanto, tampoco sobre terceros que deban ser escuchados.<sup>48</sup> El IGPA se ha limitado

45 Artículo 3, numeral 21, IGPA.

46 Artículo 76, numeral 7, literal c, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

47 Se previsoramente que esta persona será también *parte* pues, como se verá más adelante, la determinación sobre sus derechos u obligaciones cumple con el presupuesto para su incorporación al procedimiento.

48 El régimen procesal del derecho de competencia ecuatoriano está compuesto, principalmente, por el COA y, discutidamente, por las disposiciones procesales especiales contenidas en los cuerpos normativos especializados en la materia de competencia (*i.e.*, Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [LORCPM], Reglamento para la aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado [RLORCPM]; e, Instructivo de gestión procesal

a señalar que será parte de los procesos ante la SCPM el operador económico (i) que ha interpuesto una denuncia; (ii) el obligado a presentar explicaciones; y (iii) respecto del que se ha resuelto el inicio de un procedimiento de investigación.<sup>49</sup> Esta determinación no brinda ayuda para el caso en análisis pues el tercero que podría pretender participar en los procedimientos del control de concentraciones —y ni siquiera el notificante— está relacionado con estas hipótesis, pues no está vinculado a una denuncia, a una obligación de brindar explicaciones<sup>50</sup> o a ser sujeto de una investigación<sup>51</sup>. El IGPA incluye una regulación negativa que establece que la comparecencia a un proceso no basta para la calificación como «parte procesal».<sup>52</sup> El COA sí realiza una prescripción sobre la calificación de partes —que resulta subsidiariamente aplicable al objeto de este trabajo— a través de la «persona interesada» en los procedimientos administrativos, que termina siendo coherente con la doctrina y el derecho comparado.

Doctrinariamente, para actuar dentro del procedimiento administrativo, se requiere que el sujeto cumpla con dos requisitos: (i) capacidad y (ii) legitimación.<sup>53</sup> Como consecuencia, por un lado se encuentra la determinación sobre quién puede ser parte del procedimiento administrativo (capacidad<sup>54</sup>) y, por otro, la verificación sobre el cumplimiento de las condiciones para ser un sujeto parte de un procedimiento (legitimación). Esta doctrina ha sido adoptada de manera semejante por el COA dentro de su libro segundo —el procedimiento administrativo<sup>55</sup>—, regulación a la que se arribará en su momento. En cuanto a la capacidad no existe mayor discusión pues basta ceñirse a lo prescrito por la ley civil ecuatoriana: «Toda persona es legalmente capaz, excepto las que la ley declara incapaces»<sup>56</sup>. El COA, sin alejarse de esta máxima, ha regido lo propio para el caso de los procedimientos administrativos:

---

administrativa de la SCPM [IGPA]). Esto de acuerdo a en la práctica de la SCPM, se aplica el COA para todo lo procesal en materia de competencia excepto para lo desarrollado en la LORCPM —como norma especial— y que no se contraponga al COA. Si bien esta adopción puede ser altamente discutida, es coherente con lo pronunciado por la Procuraduría General del Estado que resulta ser «derecho objetivo» —cosa también objeto de discusión permanente—. Ver, Oficio 06578, Procuraduría General del Estado (Ecuador), de 11 de noviembre de 2019; Artículo 3, numeral 1, Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, R.O. 312, 13 de abril de 2004; Sentencia 002-09-SAN-CC, Corte Constitucional del Ecuador, en Caso 0005-08-AN, 2 de abril del 2009; Sentencia 003-09-SIN-CC, Corte Constitucional del Ecuador, en Caso 0021-2009-IA, 23 de julio del 2009; Sentencia 48-14-IN/21, Corte Constitucional del Ecuador, en Caso No. 48-14-IN, 5 de mayo de 2021.

49 Artículo 3, numeral 21, IGPA.

50 Dentro del régimen de competencia ecuatoriano, con *explicaciones* se hace referencia a la “contestación” que presenta el denunciado frente a una denuncia (LORCPM, artículos 55 y 57) o el investigado en un procedimiento iniciado de oficio frente al informe del órgano de sustanciación (RLORCPM, artículo 56).

51 Como se analizará más adelante en este trabajo, el notificante y obligado por las condiciones sí podría ser sujeto del procedimiento derivado de investigación y sanción por presunto incumplimiento de las condiciones, como resultado del procedimiento de seguimiento. Esto, como se concluye tras este análisis, no es aplicable para un tercero.

52 Artículo 3, numeral 3, IGPA.

53 Agustín Gordillo, “Capítulo IV: El interés legítimo”, *Tratado de derecho administrativo y obras selectas, Tomo 2, La defensa del usuario y del administrado* (Buenos Aires: F.D.A., 2014), 180.

54 Entendido como “aptitud legal”.

55 Capítulo primero, persona interesada (artículos 149-151).

56 Artículo 1462, CC.

Art. 150.- Capacidad de ejercicio. Toda persona es legalmente capaz para comparecer al procedimiento administrativo, salvo las excepciones de ley.

Tiene capacidad para actuar en el procedimiento por sí misma, la persona natural a quien se le reconozca debido al objeto del procedimiento, aun teniendo la capacidad de ejercicio restringida.

Tiene capacidad cualquier persona cuando defienda derechos e intereses colectivos de asociaciones y organizaciones carentes de personalidad jurídica, grupos de afectados, uniones sin personalidad o patrimonios independientes o autónomos. (negrilla propia omitida)<sup>57</sup>

Pero es en el segundo campo —legitimación— donde encontramos la importancia del interés que debe ostentar el sujeto que pretende ser parte o que debería ser llamado a serlo en el proceso administrativo.

La configuración de la legitimación difiere entre un proceso judicial y un procedimiento administrativo. En el primero —judicial—, la legitimación es resultado de la presencia de un derecho subjetivo<sup>58</sup> titulado por el sujeto y que debe verse en afectación por la *litis* discutida en el proceso.<sup>59</sup> En el segundo —administrativo—, la legitimación se considera tanto (i) ante la titularidad de un derecho subjetivo en riesgo de afectación, cuanto (ii) frente a la existencia de un interés por parte del sujeto que pretende participar.

El interés es entendido como el «[b]eneficio o perjuicio que puede ocasionar la resolución de un procedimiento».<sup>60</sup> Sin embargo, este interés es uno calificado; no cualquier interés llena para que se plasme la legitimación de aquel que pretende actuar dentro del procedimiento administrativo. Por regla general el interés debe ser uno legítimo<sup>61</sup> para la legitimación del sujeto, siendo, en contraposición, insuficiente aquel interés «simple».

A modo de paréntesis, valga señalar que, a pesar de las dos fuentes de legitimación en el procedimiento administrativo, resulta en principio irrelevante si este está precedido por la ostentación de un derecho subjetivo o por un interés legítimo poseído. La legitimación obtenida por cualquier vía procede a todos los recursos previstos<sup>62</sup>. Donde sí se verá un impacto de esta diferenciación es al momento de resolver sobre la pertinencia de indemnización. En contraposición, como se explicó, si la legitimación encuentra raíz en un interés, este sí requiere ser legítimo; si es simple, sí halla diferencia en sus efectos.

57 Artículo 150, Código Orgánico Administrativo [COA], R.O. Suplemento 31, 7 de julio de 2017.

58 Entendido como “la facultad, pretensión, poder, etc., que tiene el individuo para reclamar algo de otros” (Juan Antonio Cruz Parceros, “Capítulo 1. Los derechos subjetivos”, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos. Colección Constitución y Derechos*, [Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017], 21).

59 Juan Antonio Cruz Parceros, “Capítulo 1. Los derechos subjetivos”, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos* (Querétaro: Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, 2017), 21.

60 Real Academia Española, “interés”, en *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2020, <https://dpej.rae.es/lema/inter%-C3%A9s1>.

61 Aquí se habla de la legitimidad del interés del sujeto, mas no de la legitimidad del objeto del procedimiento o aquella del acto/norma discutida.

62 *E.g.*, jerárquico, de reconsideración, entre otros.

Ahora, resulta esencial la diferencia entre el interés simple y el interés legítimo. El interés simple colma requisito, por regla general, únicamente para la presentación de denuncia<sup>63</sup>; el interés legítimo abre más puertas procedimentales en la sede administrativa. El interés simple es común a todos los ciudadanos; el interés legítimo implica una categoría «definida y limitada de individuos» y está conformado por «el primer círculo de afectados por el acto».<sup>64</sup> Interés legítimo en el ámbito procesal, según el Diccionario Panhispánico del Español Jurídico, puede ser definido como:

Condición que reúne la persona para ser parte en el proceso, consistente en tener interés personal, individual o colectivo, distinto de la situación jurídica que otros ciudadanos pueden tener respecto de la misma cuestión. Equivale a la titularidad potencial de una posición de ventaja o de una utilidad jurídica por parte de quien ejercita la pretensión y que se materializaría de prosperar esta.<sup>65</sup>

Así las cosas, para la calificación de legítimo a un interés se exige que este último sea «[i] personal y [ii] directo»<sup>66</sup>. Se requiere entonces analizar estos dos elementos.

Lo personal del interés legítimo se colma “siempre que el particular pueda aducir motivos de agravio distintos del interés administrativo de que se cumpla la ley”<sup>67</sup>. Es decir, el interés personal pretende la defensa del propio sujeto, como finalidad específica y alejada de cualquier objetivo genérico, general, colectivo.<sup>68</sup> Este interés resulta delimitado como un impacto a persona determinada<sup>69</sup>, como una afectación al propio sujeto<sup>70</sup>. Esto implica que el interés será legítimo en la medida en que precautele un impacto específicamente — aunque no es necesario exclusivamente<sup>71</sup>— sobre el sujeto que lo invoca.

En cuanto a lo directo del interés legítimo, conllevaría la inmediatez entre la norma o acto administrativo y el impacto sobre el sujeto.<sup>72</sup> Es decir, requiere un nexo entre aquello impugnado/atacado y aquello que pretende ser protegido

63 Esto no es aplicable para el caso del régimen de competencia ecuatoriano en sede administrativa pues el artículo 53 de la LORCPM requiere un “interés legítimo” incluso para la formulación de denuncias.

64 Gordillo, “Capítulo IV: El interés legítimo”, 180.

65 Real Academia Española, “interés legítimo”, en *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2020, <https://dpej.rae.es/lema/inter%C3%A9s-leg%C3%ADtimo>.

66 Gordillo, “Capítulo IV: El interés legítimo”, 183-4.

67 *Ibid.*, 187.

68 Aparicio Méndez, *Lo contencioso de anulación en el derecho uruguayo* (Montevideo: Revista de Derecho Público y Privado, 1952), 187.

69 Héctor Giorgi, *El contencioso administrativo de anulación* (Montevideo: Publicaciones Oficiales de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad de la República, 1958), 68.

70 Enrique Véscovi, *El proceso de inconstitucionalidad de la ley* (Montevideo: Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1967) 148.

71 Según Gordillo, no se requiere exclusividad en el interés, es decir, que no exista interés en cabeza de otros sujetos pues, eso excluiría que la afectación puede alcanzar a otros y nos llevaría al espacio de un derecho subjetivo, que en realidad es otra vertiente de la legitimación.

72 Justino Jiménez de Aréchaga, *La Constitución de 1952, Volumen 3* (Montevideo: Organización Medina, 1952), 183; Enrique Véscovi, *El proceso de inconstitucionalidad de la ley* (Montevideo: Cuadernos de la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, 1967) 148.

(y la afectación que se alegue). El interés legítimo se encuentra en exigir respeto sobre algo propio<sup>73</sup>, no en lo ajeno o en lo de todos. No obstante, hay que reconocer que existe una amplia discusión con relación al alcance de este elemento. Autores como Mendez<sup>74</sup>, Giorgi<sup>75</sup> y Tarigo<sup>76</sup> sostienen que lo «directo» requiere actualidad, excluyendo lo eventual, lo potencial y lo futuro; mientras que Gordillo defiende que lo directo puede gozar de diversidad de variaciones sin que se vea descalificado, pudiendo el interés ser no solo inmediato temporalmente, sino indistintamente actual, potencial, eventual o retrospectivo. Lo que sí resulta estar exento de mayor discusión es que el interés legítimo puede ser material —patrimonial o no— o moral<sup>77, 78</sup>.

En sentido similar se encuentra la jurisprudencia comparada. Como ejemplo, el Tribunal Supremo de España (Sala Tercera de lo Contencioso-Administrativo) ha concluido que debe entenderse como interés legítimo

aquel interés que tienen aquellas personas que por la situación objetiva en la que se encuentran, por una circunstancia de carácter personal, o por ser los destinatarios de una regulación de carácter sectorial, son titulares de un interés propio, distinto del de los demás ciudadanos o administrados. Este interés no puede reducirse a un simple interés a la legalidad. El interés se reputa que exista siempre y cuando la declaración jurídica pretendida habría de colocar al accionante en condiciones legales y naturales de conseguir un determinado beneficio material o jurídico, o incluso de índole moral, así como cuando la persistencia de la situación fáctica creada o que pudiera crear el acto administrativo ocasionaría un perjuicio.<sup>79</sup>

De manera similar lo ha sintetizado la autoridad de competencia española —Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España (CNMC)— al citar otros pronunciamientos de las más altas cortes de su jurisdicción, así:

[E]l mismo Tribunal Constitucional ha precisado que la expresión «interés legítimo» [...] ha de entenderse referida a un interés en sentido propio, cualificado o específico [...], lo que en el ámbito de esta Sala del Tribunal Supremo ha llevado a insistir que la relación unívoca entre el sujeto y el objeto de la pretensión (acto impugnado), con la que se define la legitimación activa, comporta el que su anulación produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o evitación de un efecto negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto [...], y presupone, por

73 No necesariamente relacionado al derecho de propiedad/dominio, porque caeríamos en la tutela de un derecho subjetivo, siendo esta la otra fuente de legitimación del sujeto.

74 Aparicio Mendez, *Lo contencioso de anulación en el derecho uruguayo*, 187.

75 Héctor Giorgi, *El contencioso administrativo de anulación*, 68.

76 Enrique E. Tarigo, *Enfoque procesal del contencioso administrativo de anulación* (Montevideo: FCU, 1999), 30.

77 Lo moral hace referencia a aquello valorativo, subjetivo o psicológico, incluso a lo religioso, intelectual, filosófico, artístico, etc. (Christian Gaboldé, *Traité pratique de la procédure administrative contentieuse: tribunaux administratifs* [Paris: Dalloz, 1960], 147).

78 Andrés Bordalí Salamanca, “Interés legítimo e interés para recurrir en el contencioso administrativo ambiental chileno”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 51 (2018): 22.

79 Tribunal Supremo de España – Sala Tercera, de lo Contencioso-Administrativo, “Sentencia”, en *ECLI ES:TS:1994:2315*, 8 de abril de 1994, s.p.

tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación, y, en todo caso, ha de ser cierto y concreto, sin que baste, por tanto, su mera invocación abstracta y general o la mera posibilidad de su acaecimiento.<sup>80</sup>

Lo propio ha sido señalado por la autoridad de competencia colombiana — Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia (en adelante, SIC)— en un análisis que no se restringe a la materia de competencia, sino que se extiende al procedimiento administrativo en general:

[P]uede decirse que la figura del tercero interesado, consagrada por el art. 14 del Código Contencioso Administrativo, está supeditada a la constatación de un interés directo en las resultas de la decisión, entendido éste como la posibilidad de derivar algún tipo de afectación en la esfera jurídica propia de quien dice tener interés, bien sea porque genera alguna obligación para sí, o bien porque crea una situación jurídica particular en beneficio propio.<sup>81</sup>

Esta posición colombiana es explicada por Alberto Bolívar al sintetizar que

no puede perderse de vista que existen aquí dos clases de terceros: el tercero indiferente, que es el verdadero tercero a quien no va a alcanzar el proceso ni la decisión administrativa, y el tercero interesado, que es quien se puede ver afectado por tal decisión y que dentro de ciertas circunstancias podrá intervenir en la actuación administrativa, para dejar de ser tercero, procesalmente hablando, y convertirse en parte. [...] Quien pretenda ser tercero interesado deberá acreditar o cumplir unos requisitos específicos: ser, en efecto, un tercero; tener un interés en el trámite que se surte, y acreditar que su interés en las resultas de la decisión es directo. La existencia de sólo uno o dos de los anteriores presupuestos puede dar lugar a otras condiciones procesales, pero no a la de tercero interesado, pues esta última sólo se adquiere acreditando el pleno de los anteriores requisitos.<sup>82</sup>

Finalmente, en el ordenamiento procesal administrativo ecuatoriano, el mismo COA se ha encargado de zanjar toda disquisición adicional prescribiendo sobre los lineamientos exactos para la configuración del interés legítimo: «individual o colectivo, no puede ser meramente hipotético, potencial o futuro».<sup>83</sup> Por lo tanto, en Ecuador la legitimidad del interés se encuentra en lo personal (individual o colectivo), pero no en lo general; y, en lo cierto y actual. En correspondencia con el bagaje doctrinario analizado, el COA también ha

80 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España, “Resolución”, en *Expediente R/AJ/005/15 Hamburguesa Crujiente*, 7 de mayo de 2015, 12.

81 Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, “Resolución 398”, 2004, 7.

82 Alberto Bolívar, “El dilema de ser tercero interesado. El tercero interesado frente a quienes realizan conductas contrarias a las normas de libre competencia en la Resolución 398 del 19 de enero de 2004 de la Superintendencia de Industria y Comercio”, *Revista de Derecho Privado* 9 (2005), 215.

83 Artículo 149, COA.



terminado estableciendo el método para incorporar al procedimiento administrativo a aquella persona que, por mandato constitucional, debe ser escuchada en el proceso. Para esto ha definido que para ser parte del procedimiento se requiere, además de la previamente analizada capacidad, la calidad de persona interesada. Quien sea persona interesada podrá ser incorporada al procedimiento y ser escuchada. El COA lo norma así:

Art. 149.- Persona interesada. Además de las personas a quienes la administración pública ha dirigido el acto administrativo, se considerará persona interesada en el procedimiento administrativo la que:

1. Promueva el procedimiento como titular de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos. En el caso de intereses colectivos, la persona titular demostrará tal calidad por cualquiera de los medios admitidos en derecho.
2. Invoque derechos subjetivos o acredite intereses legítimos, individuales o colectivos, que puedan resultar afectados por la decisión que adopte en el procedimiento.
3. Acredite ser titular de derechos o intereses legítimos de las asociaciones, organizaciones, los grupos afectados, uniones sin personalidad, patrimonios independientes o autónomos y comparezca al procedimiento ante (*sic*) de la adopción de la resolución. (negrilla propia omitida)<sup>84</sup>

De la regulación citada se desprende que la calidad de persona interesada, y por la incorporación al procedimiento, se puede configurar en cuatro hipótesis (H):

- H1. Persona interesada por ser a quien la administración pública dirigió determinado acto administrativo.
- H2. Persona interesada por promover/iniciar<sup>85</sup> el procedimiento como (a) titular de un derecho subjetivo o (b) por ostentar interés legítimo.
- H3. Persona interesada por potencial afectación —como resultado del procedimiento— (a) a un derecho subjetivo invocado o (b) a un interés legítimo acreditado.
- H4. Persona interesada por acreditar (a) titularidad de un derecho subjetivo o (b) interés legítimo, ambos de «colectivos»<sup>86</sup>.

Como resumen hasta este punto, la norma legal admite como parte legitimada, después de verificada la capacidad, a aquel que titula un derecho subjetivo u ostenta un interés legítimo. Resalta la claridad con la que exige la legitimidad en el interés como habilitante para la legitimación de la persona. Pero lo peculiar de la prescripción que realiza el COA con relación a lo estudiado antes es la calificación expresa para la legitimidad del interés: debe ser individual o colectivo y debe ser cierto y actual. En este momento se zanja toda

<sup>84</sup> Artículo 149, COA.

<sup>85</sup> Promover.- "Tomar la iniciativa para la realización o el logro de algo". Real Academia Española, "promover", en *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2020, <https://dpej.rae.es/lema/promover>.

<sup>86</sup> Asociaciones, organizaciones, los grupos afectados, uniones sin personalidad, patrimonios independientes o autónomos.



discusión sobre lo que es entendido (o, al menos, lo que debe ser entendido) como personal y como directo. Resulta personal incluso lo no individual (lo que es colectivo<sup>87</sup>), pero esto no resta que deba ser determinado, específico y no genérico/general<sup>88</sup>. Y resulta directo lo actual. Eso no deja de requerir, obviamente, el nexo entre lo alcanzado por el procedimiento y aquello personal que se pretende proteger (el interés).<sup>89</sup>

Por otro lado, aparece que el COA ha previsto —inintencionalmente— los momentos en los cuales una persona puede llegar a formar parte de un procedimiento administrativo, siendo dos: (i) al iniciarse o (ii) después de iniciado (y antes de la adopción de la resolución). En el primer momento solo cabría la H2, por ser la hipótesis en la que es la persona interesada quien promueve/inicia el procedimiento<sup>90</sup>. En el segundo momento cabrían el resto de hipótesis (H1, H3 y H4) pues en estos escenarios el procedimiento habría iniciado de oficio<sup>91</sup> y la persona interesada se adheriría a él. Ahora, en este segundo escenario o momento aparece un rasgo llamativo en la prescripción del COA. La adherencia al procedimiento por ser la persona interesada el sujeto de la norma o acto administrativo objeto del procedimiento no conlleva mayor análisis. Pero, cuando la persona interesada se adhiere de acuerdo con la H3 surge un requisito adicional: la potencial afectación, por la futura decisión resultado del procedimiento, a un derecho subjetivo titulado por la persona interesada o a un interés legítimo ostentado y acreditado por ella. Esto resultará apreciable más adelante para el caso discusión de este trabajo.

Por otro lado, el COA también ha previsto un deber para la administración pública referente a la incorporación de oficio (o, al menos, al llamado de oficio) de una persona interesada. La norma prevé que «[e]l acto administrativo en un procedimiento administrativo no tiene efectos con respecto a la persona interesada que no haya sido llamada<sup>92</sup>». Para prevenir esta consecuencia, el mismo cuerpo normativo manda:

Art. 151.- Terceros interesados. Si el resultado del procedimiento tiene efectos jurídicos constitutivos para un tercero, este será llamado a participar en calidad de persona interesada, para que ejerza sus derechos en el término de cinco días. (negrilla propia omitida)<sup>93</sup>

87 La norma deja expreso que lo colectivo se refiere al interés legítimo y no al derecho subjetivo y lo hace con justa razón pues no ha cabido discusión alguna sobre la posibilidad de un derecho subjetivo colectivo (mas no general) como fuente de legitimación.

88 O sí no se convertiría en interés simple.

89 Sin el cual, nuevamente, el interés sería simple.

90 El COA (artículo 183) prevé el inicio del procedimiento administrativo por solicitud de la persona interesada (y también de oficio).

91 El COA (artículo 183) prevé el inicio del procedimiento administrativo de oficio (y también por solicitud de la persona interesada).

92 Aun así, se preserva el derecho de esta persona a impugnar dicho acto.

93 Artículo 151, COA.

Es decir que si existe una persona que calificara, preliminarmente, de interesada y todavía no es parte del procedimiento ya iniciado (por ello, «tercero»), la administración pública debe llamarlo para que se adhiera al procedimiento y forme parte. No obstante, esta norma limita la calificación de persona interesada para este supuesto —de deber de llamado— a aquella hipótesis en la que la resolución del procedimiento pudiese tener efectos jurídicos constitutivos sobre aquel sujeto.

Sobre la base abstracta estudiada respecto de la «persona interesada» y el «tercero interesado», es posible subsumir esta configuración a las circunstancias especiales de los procedimientos administrativos de competencia en el control de concentraciones. Cabe recordar que las normas procesales de competencia no prevén el método de incorporación de terceros. Y prevén expresamente la participación de un tercero —ajeno respecto a quien se ha resuelto el inicio de un procedimiento— como parte de un procedimiento administrativo en virtud de su interés legítimo, lo hace únicamente para el caso de los procedimientos de investigación y sanción iniciados por denuncia<sup>94</sup>. Como se verá en los siguientes acápites, la previsión especial en competencia no resulta inaplicable para los procedimientos del control de concentraciones económicas y, por tanto, se deberá evaluar la incorporación de un tercero interesado según las prescripciones del COA.

#### 4. ANÁLISIS EN EL PROCEDIMIENTO DE RESOLUCIÓN SOBRE UNA CONCENTRACIÓN NOTIFICADA

El primer procedimiento del control de concentraciones consiste en la decisión sobre una notificación de concentración. La administración analiza sus posibles efectos sobre el mercado. En este ejercicio, prima el interés público de la prevención y corrección de conductas anticompetitivas y sus efectos<sup>95</sup>, como respuesta a las asimetrías de información y falta de incentivos de los privados para exigir el cumplimiento de la defensa de la competencia<sup>96</sup>. La LORCPM prevé en su objeto la búsqueda de «eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general y de los consumidores y usuarios, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible».<sup>97</sup> Al tutelarse bienes jurídicos de naturaleza supraindividual, no hay cabida para acciones en reivindicación de intereses particulares.

94 Artículo 53, LORCPM.

95 Kai Hüschelrath y Sebastian Peyer, "Public and Private Enforcement of Competition Law. A differentiated approach", *World Competition* 36/4 (2013): 585.

96 David Besanko y Daniel F. Spulber, "Antitrust Enforcement Under Asymmetric Information", *The Economic Journal* 99/96 (1989): 408.

97 Artículo 1, LORCPM.

Al ser una evaluación anticipada a infracciones a la ley, este procedimiento responde al ejercicio de la potestad de control *ex ante* de la administración pública y reconoce esencialmente la participación del operador notificante y la autoridad —SCPM—. Este se efectúa según lo prescrito por el subrégimen legal de control de concentraciones económicas —sección 4<sup>98</sup> del capítulo II<sup>99</sup> de la LORCPM y sección 2<sup>100</sup> del capítulo II<sup>101</sup> del RLORCPM— de la siguiente manera.

De acuerdo con la LORCPM, una concentración económica consiste en el «cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos»<sup>102</sup>. A su vez, el control es entendido legalmente como “la posibilidad de ejercer [de hecho o en derecho] una influencia sustancial o determinante sobre una empresa u operador económico”<sup>103</sup>. De configurarse este hecho —concentración económica— podría estar sujeta a control<sup>104</sup> por parte de la autoridad para evitar la creación de condiciones que afecten al mercado.<sup>105</sup> Esta sujeción se materializa en primera instancia a través de la obligación de notificación previa que nace en caso de cumplirse uno de los dos<sup>106</sup> umbrales legales alternativos por parte de la operación de concentración: uno económico<sup>107</sup> y otro en función de la cuota de mercado<sup>108</sup>.<sup>109</sup> Por la temática del presente trabajo no nos detendremos a detallar estos condicionantes para la obligatoriedad de la notificación de la concentración.<sup>110</sup> Sin embargo, resulta imperioso el señalar, por las implicaciones procesales que conlleva, que la obligación de notificación previa recae sobre el operador económico adquirente<sup>111</sup>.

98 Artículos 14-24, con excepción del artículo 18 que hace referencia a un procedimiento de investigación y sanción.

99 Régimen de regulación y control.

100 Artículo 11 y siguientes.

101 Régimen de regulación y control.

102 *Ibid.*, artículo 14.

103 RLORCPM, artículo 12.

104 LORCPM, artículo 15: “examinadas, reguladas, controladas y, de ser el caso, intervenidas o sancionadas”.

105 La obligación de notificar una concentración para ser notificada depende de una serie de presupuestos normados en la LORCPM. Para más información, ver Diego Pérez Ordoñez y Gustavo A. Villacreses, “Ecuador: las reglas de control de fusiones y adquisiciones”, *Investigaciones CeCo* (mayo, 2021), <https://bit.ly/3Exrsg3>.

106 Aunque la LORCPM reconoce expresamente la existencia de dos umbrales (el económico y el de cuota de mercado), la CRPI en su práctica reciente ha optado por entender la existencia de una tercera condición para la notificación y es la ocurrencia de una integración que sea horizontal o vertical, eximiendo de la notificación obligatoria a aquellas concentraciones que no impliquen esta estructura, descuidando que también podrían devenir riesgos a la competencia en forma de efectos conglomerados (que resultan de estructuras distintas a las integraciones horizontales y verticales).

107 Que el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto establecido por la Junta de Regulación del Poder de Mercado.

108 Que, en concentraciones que involucren operadores económicos que se dediquen a la misma actividad económica y como consecuencia de la operación, se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30% en el mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo.

109 LORCPM, artículo 16.

110 Para mayor información sobre los umbrales de obligatoriedad de la notificación, ver: Pérez Ordoñez, Diego y Gustavo A. Villacreses. “Ecuador: las reglas de control de fusiones y adquisiciones”. *Investigaciones CeCo* (mayo, 2021). <https://bit.ly/3Exrsg3>.

111 Según la LORCPM, artículo 16, el adquirente es el “absorbente, el que adquiere el control de la compañía o los que pretenden llevar a cabo la concentración”. Esta disposición es desarrollada a mayor detalle en el RLORCPM, artículo 19.

Una vez notificada, se inicia el procedimiento de resolución. Está compuesto por dos «subprocedimientos». En el primero —ante la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas de la SCPM (en adelante, INCCE)— se realiza una investigación sobre la operación notificada con información técnica jurídica y económica. Resulta en un conjunto de insumos para la siguiente etapa. El segundo —ante la Comisión de Resolución de Primera Instancia de la SCPM (en adelante, CRPI)— es resolutorio sobre la concentración notificada. La autoridad resuelve propiamente sobre la procedencia de la operación considerando la existencia o no de riesgos para el mercado y la competencia. En ambos, los órganos ejecutan su potestad de exigir colaboración por parte de terceros —ajenos al notificante<sup>112</sup>— a través del aporte de información.

En este procedimiento entonces solo interviene la autoridad y el notificante. Este último sería la única parte verdadera del procedimiento, pues es quien activa las competencias de la autoridad y es sujeto único de sus decisiones (*e.g.*, la autorización). Es este notificante la «persona interesada» por ser a quien se dirigirá la resolución, quien inicia y promueve el procedimiento, quien ostenta derechos en aquel y sobre quien se crearán obligaciones<sup>113</sup>, quien tiene el interés legítimo (beneficios o perjuicios consecuencia del procedimiento) de manera personal y directa.

Este procedimiento es el resultado jurídico frente a «una decisión voluntaria de concentrarse»<sup>114</sup>. Por su naturaleza, se sujeta al principio de verificación<sup>115</sup> (que se basa en la comprobación racional de la verdad o falsedad<sup>116</sup>) que tiene como dirección el análisis de datos empíricos para comprobar el cumplimiento de los presupuestos de hecho y prescripciones de una determinada norma jurídica.<sup>117</sup> El proceso de control de concentraciones pretende verificar que la concentración se someta a la regulación por cumplir los presupuestos para su aplicación (normas de la LORCPM y del RLORCPM).<sup>118</sup>

Si bien la notificación de la concentración económica responde a la decisión de un negocio jurídico —la concentración—, esta no está en el campo de revisión de la autoridad sino únicamente sus posibles efectos en el mercado. No se discute la actuación de un sujeto o su sujeción o no a lo previsto en la ley (*i.e.*, conducta anticompetitiva) y, por lo tanto, tampoco cabe en este procedimiento

112 Esto incluye a toda persona natural o jurídica, pública o privada, así como las autoridades, funcionarios y agentes de la administración pública; e, incluso, a los propios operadores económicos adquiridos a través de la operación de concentración, pues resultan propiamente terceros en términos procesales por ser distintos al notificante (quien tiene la vinculación procesal por orden legal con la autoridad pública en el procedimiento de resolución).

113 En caso de resolverse sobre la concentración a través de una subordinación a condiciones.

114 Superintendencia de Control del Poder de Mercado de Ecuador [SCPM], “Resolución de 15 de noviembre de 2016 (14h00)”, en *Expediente de apelación SCPM-CRPI-2016-017-A-0015-2016-DS*, 15 de noviembre de 2016, considerando séptimo (s.p.).

115 *Ibid.*

116 Cristina Fuertes-Planas Aleix, “Ciencia y Filosofía del Derecho”, *Opción* 32, N° 11 (2016): 559.

117 José López Hernández, “El concepto de Derecho de Alf Roos en su etapa analítica”, *Anuario de filosofía del derecho* 21 (2004): 318-23.

118 SCPM, *Resolución de 15 de noviembre de 2016 (14h00)*, considerando séptimo (s.p.).

el ejercicio del derecho a la defensa.

Resulta ser un procedimiento distinto al de investigación y sanción —previsto en la sección 2<sup>119</sup>, 120 del capítulo V<sup>121</sup> de la LORCPM—, que sí se sujeta al principio de contradicción<sup>122</sup> y, por ende, en el cual sí cabría la intervención de un tercero legitimado. El procedimiento de concentración dista de aquella investigación iniciada por denuncia<sup>123</sup>. Entonces, el marco legal del procedimiento de concentración es determinante para la resolución sobre legitimarios.<sup>124</sup>

La LORCPM prevé el deber de colaboración por parte de terceros —ya sean estos entes estatales<sup>125</sup> o personas públicas y privadas<sup>126</sup>— para el aporte de información necesaria para la decisión de la autoridad<sup>127</sup>. La razón es la necesidad de obtener información sobre el mercado involucrado por parte de todos sus actores —otras autoridades reguladoras y otros sujetos económicos—. No obstante, estos terceros no constituyen «terceros interesados» y mucho menos partes, pues su colaboración se limita al aporte de la información que les sea solicitada por la INCCE<sup>128</sup> o la CRPI<sup>129</sup>. En este procedimiento no se resuelve sobre sus derechos u obligaciones, siendo esta la razón de la naturaleza limitada de su actuación procesal. Aun así, llegan a conocer sobre la existencia del procedimiento.

Además, este procedimiento y su información<sup>130</sup> tienen carácter público<sup>131</sup>, se somete al principio general de publicidad<sup>132</sup> y su existencia y contenido pueden ser conocidos por terceros ajenos al notificante y a la autoridad. Por último, al menos formalmente, se prevé que todas las resoluciones en firme de la SCPM se publican en el Registro Oficial, en su página electrónica y en la Gaceta Oficial de la SCPM, y esto no excluye aquellas resoluciones del control de concentraciones.<sup>133</sup> Por esto, los terceros también pueden conocer sobre el procedimiento de resolución.

119 Procedimiento de Investigación y Sanción.

120 Artículos 53-64, LORCPM.

121 De los procedimientos.

122 SCPM, *Resolución de 15 de noviembre de 2016 (14b00)*, considerando séptimo (s.p.).

123 Artículo 53, LORCPM.

124 SCPM, *Resolución de 15 de noviembre de 2016 (14b00)*, considerando séptimo (s.p.).

125 Artículos 20, 48, 50, LORCPM.

126 Artículos 48, 49, 50, LORCPM.

127 Artículos 48 y 50, LORCPM.

128 Durante la etapa investigativa del procedimiento.

129 Durante la etapa resolutoria del procedimiento.

130 Con excepción de aquella que sea declarada confidencial (LORCPM, artículos 39, 47; RLORCPM, artículo 2, 3 y 18; ITI, artículo 6, 8 y 9).

131 Dado que no existe prescripción expresa sobre su reserva, cosa que sí ocurre y carácter del que sí gozan los procedimientos genéricos de investigación y sanción del régimen de competencia (LORCPM, artículo 56) y los procedimientos especiales de investigación de operaciones de concentración económica ejecutadas sin autorización previa (ITI, artículo 5).

132 Artículo 18, Constitución de la República del Ecuador, 2008.

133 Las resoluciones se someten al principio de publicidad de conformidad con los artículos 18 (numeral 2), 226 y 227 de la CRE, y el artículo 65 y la Disposición General Tercera de la LORCPM, materializándose el derecho de acceso libre a la información en las instituciones de la administración pública, los principios de competencia, transparencia y eficiencia.

Al conocer los terceros sobre el procedimiento de resolución, podrían pretender su incorporación. Pero a pesar de este contingente, la SCPM ha concluido sobre la relación procesal del control de concentraciones económicas que

- se concreta en los siguientes elementos materiales según la LORCPM y Reglamento: 1. Notificador de la concentración. 2. Obligación legal de notificar.
3. La Superintendencia de Control del Poder de Mercado, como ente de control.<sup>134</sup>

Consecuentemente, existe una correspondiente determinación de los elementos subjetivos para este proceso: (i) autonomía negocial y (ii) autonomía contractual.<sup>135</sup> Así, sobre la base de estas comprensiones, la agencia de competencia ecuatoriana ha concluido que:

- 1) El proceso de notificación de concentración económica es un proceso unilateral para la administración, no guarda carácter de contradicción entre particulares;
- 2) Recae sobre administración la posibilidad de dirimir si la concentración es benéfica o no para la eficiencia económica y para el interés general; y
- 3) No existe obligación de la administración frente a un tercer operador económico distinto al notificante.<sup>136</sup>

Este procedimiento no es apto para afectar derechos subjetivos de terceros ajenos al notificante, no determina sobre derecho u obligaciones de operadores ajenos al notificante y, por ende, no es alcanzado por el derecho de tercero alguno a la defensa o sus garantías —*i.e.*, ser escuchado de manera oportuna y en igualdad de condiciones—. La regulación sobre concentraciones es la principal herramienta pública para beneficio del mercado como bien general a través del control a la estructura de una industria.<sup>137</sup> No procede en él la incorporación de una persona distinta al notificante porque no existe naturaleza adversarial, no son alcanzables derechos u obligaciones de distintos al notificante e intereses distintos a los del mercado. Por consiguiente, no es posible calificar de legítimo un interés simple de un tercero y, por ende, no se puede configurar otra persona interesada.

Las limitaciones a la colaboración de terceros se presentan también en otras jurisdicciones, como la colombiana. De acuerdo con el art. 10 de la Ley 1340 de 2009, los terceros pueden aportar información sin que se otorgue la calidad formal de «tercero interesado». Esto ha sido confirmado por la autoridad de competencia colombiana —SIC—, al concluir sobre el límite de intervención de terceros en los procedimientos de resolución de concentraciones:

134 SCPM, *Resolución de 15 de noviembre de 2016 (14h00)*, considerando séptimo (s.p.).

135 *Ibid.*

136 *Ibid.*

137 Giorgio Monti, *EC competition law* (Cambridge: Cambridge University Press, 2007), 246.

[E]l derecho de participación de los administrados [...] quedó expresamente establecido mediante la regla contemplada en el art. 10 de la Ley 1340 de 2009, que habilita a cualquier sujeto, participante o no del mercado, para presentar información y, en general, material que servirá de apoyo al estudio de la integración.<sup>138</sup>

La autoridad también añadió que la ausencia de la figura de «tercero interesado» en la norma legal colombiana no constituía un vacío sino la voluntad del Legislador. Afirmó que esto era

una decisión normativa consciente orientada a regular la participación de terceros en el referido procedimiento de integraciones empresariales de manera diferente a la forma en que esa participación se reguló en el marco del procedimiento de prácticas restrictivas de la competencia económica.<sup>139</sup>

Así, al menos en Colombia ha quedado claro que no procede para participación de terceros interesados en el control de concentraciones. No obstante, hay que señalar que para esta conclusión la autoridad colombiana partió de la improcedencia de aplicación de la normativa procesal administrativa general<sup>140</sup> porque procede únicamente ante inexistencia de previsión legal específica en el procedimiento especial.<sup>141</sup> Esto es un supuesto distinto a aquel del que parte el presente trabajo —aplicación del COA—. Si se aplicara esta perspectiva al análisis actual, ignorando (o radicalizando) la posición de la SCPM y del Procurador General del Estado respecto de la supletoriedad del COA, toda la discusión aquí extendida se subsanaría con una simple conclusión (hipotética): el COA no aplica para los procedimientos especiales; solo la LORCPM y su normativa derivada rige procesalmente para el control de concentraciones; no existe previsión de terceros interesados como partes (o «personas interesadas») para los procedimientos de este subrégimen; *ergo*, no es procedente la incorporación de terceros en los procedimientos de concentraciones.

El caso de la Unión Europea es un tanto diferente, pues sí se prevé la participación de terceros en los procedimientos de resolución sobre una concentración, pero bajo un estándar distinto al ecuatoriano. El art. 18.4 del Reglamento de la Comunidad Europea 139/2004 determina que los terceros interesados en una operación de concentración pueden intervenir siempre y cuando acrediten «suficiente interés», bajo los siguientes términos:

Si la Comisión o las autoridades competentes de los Estados miembros lo juzgaran necesario, también podrán oír a otras personas físicas o jurídicas. Las personas físicas o jurídicas que justifiquen un interés suficiente y, en particular, los miembros

138 Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, “Resolución 90093”, 2018.

139 *Ibid.*

140 Que es el Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo de Colombia. Colombia, *Ley 1437 de 2011, Código de Procedimiento Administrativo y de lo Contencioso Administrativo*, Diario Oficial de Colombia 47.956, 18 de enero de 2011.

141 *Ibid.*, artículo 2.



de los órganos de administración o de dirección de las empresas afectadas o los representantes reconocidos de los trabajadores de dichas empresas, tendrán derecho, si lo solicitan, a ser oídos.<sup>142</sup>

Además, la Comisión Europea da noticia pública sobre la operación notificada e invita a terceros interesados a aportar información.<sup>143</sup>

México ha adoptado una posición tajante respecto de los terceros en el procedimiento de resolución de concentraciones. Ni la Ley Federal de Competencia Económica de México<sup>144</sup> ni la Guía para la Notificación de Concentraciones de México<sup>145</sup>, otorgan a los terceros prerrogativas distintas a la de presentar información. Ni los terceros tienen oportunidad de pretender ni la Comisión Federal de Competencia Económica de México (COFEC) puede constituir interesados como parte de este procedimiento y tampoco se les puede conferir facultades análogas a las del notificante.

España resulta un tanto más permisiva. Tiene un sistema bifásico de resolución sobre concentraciones, similar al ecuatoriano<sup>146</sup>. Los terceros interesados son incluso invitados a participar en el procedimiento a través de publicaciones que realiza la CNMC sobre diferentes insumos resultado del procedimiento en cada etapa<sup>147</sup>, pero exclusivamente para la segunda fase<sup>148</sup>. Si bien se mantiene el estándar de interés legítimo y las prerrogativas de aporte de información, los terceros interesados reconocidos por la autoridad «tendrán intervención plena en los distintos trámites del procedimiento»<sup>149</sup>.

Chile también goza de un sistema bifásico. Nuevamente, el tercero está imposibilitado de incorporación en la primera fase, y en la segunda únicamente se lo habilita para el aporte de información y colaboración con la Fiscalía Nacional Económica de Chile (en adelante, FNE).<sup>150</sup>

Condensando el análisis realizado sobre la situación ecuatoriana y su sintonía con parte del derecho comparado, se concluye que resulta improcedente la incorporación de terceros interesados, como «persona interesada», al

142 Unión Europea, *Reglamento de la Comunidad Europea 139/2004 DEL CONSEJO de 20 de enero de 2004 sobre el control de las concentraciones entre empresas* («Reglamento comunitario de concentraciones»), Diario Oficial de la Unión Europea, L24, 29.1.2004.

143 Vincent Brophy y Scott McInnes Jones Day, «Competition and Cartel Leniency. European Union», en *Competition and Cartel Leniency multi-jurisdictional guide 2012* (Practical Law Company, 2021), s.p.

144 México, *Ley Federal de Competencia Económica*, Diario Oficial de la Federación, 23 de mayo de 2014.

145 México Comisión Federal de Competencia Económica, *GUIA-004/2015: Guía para la notificación de Concentraciones*, 9 de octubre de 2015.

146 Artículo 20.1, RLORCPM.

147 España, *Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia*, BOE 159 de 4 de julio de 2007, 3 de julio de 2007, art. 58.

148 España, *Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia*, BOE 50, 27 de febrero de 2008, art. 66.

149 *Ibid.*

150 Chile, *Decreto Ley N° 211, que fija Normas para la Defensa de la Libre Competencia*, Diario Oficial de la República de Chile, 22 de diciembre de 1973, arts. 39 y 55.



procedimiento de resolución sobre concentraciones económicas. Este subrégimen tiene como objetivo el bienestar general a través de la protección al mercado, cosa que se materializa en la evaluación a la concentración notificada. Lo resuelto no se dirige a intereses particulares de operadores determinados —cosa distinta es que puedan ser beneficiarios indirectos o colaterales de la vigorosa competencia preservada—. Y sus intereses (simples o particulares), aún sin ser objeto de tutela bajo este procedimiento, son considerados al permitirles colaborar con la autoridad al aportar información.

Ahora, con la etapa resolutive, la SCPM decide sobre la concentración notificada y puede autorizarla, denegarla o subordinarla (al cumplimiento de condiciones), dependiendo del grado de riesgo para la competencia y el mercado. Si se autoriza o se deniega, el operador notificante queda liberado de su relación procesal con la autoridad<sup>151</sup>. Pero si es autorizada con subordinación a condiciones, se continúa con un procedimiento de seguimiento, que será analizado en el siguiente acápite.

## 5. ANÁLISIS EN EL PROCEDIMIENTO DE SEGUIMIENTO A LA CONCENTRACIÓN SUBORDINADA

La concentración es subordinada cuando se ha concluido que la operación puede crear, modificar o reforzar el poder de mercado del adquirente y la autoridad permite que se lleve a cabo, pero la somete a condiciones (medidas o remedios).<sup>152</sup> El proceso entonces continúa con un procedimiento de seguimiento dispuesto por CRPI a la INCCE.<sup>153</sup> El seguimiento está compuesto por dos «subprocedimientos». La CRPI mantiene la actividad resolutive sobre el cumplimiento/incumplimiento de las condiciones y continúa ejerciéndose dentro del expediente del procedimiento resolutive. La INCCE ejerce el monitoreo de la ejecución de las condiciones por parte del operador concentrado (antes, notificante) y que se realiza dentro de un expediente nuevo. La INCCE entonces investiga los actos de cumplimiento y pone esto en conocimiento de la CRPI para que los valore, pudiendo (i) declarar el cumplimiento de las condiciones o (ii) instar a la prosecución de un procedimiento de investigación y sanción (en caso de un posible incumplimiento). Constituyen un control *ex post* o régimen de vigilancia a una concentración.

151 Con excepción referente a nuevas relaciones procesales que se instauren con la autoridad, por ejemplo, al activar procedimientos de impugnación. También se podría establecer una nueva relación procesal —investigativa y sancionatoria— si el operador decide igualmente (habiéndosele denegado la autorización) llevar a cabo materialmente la concentración (ver: *prohibited merging*). En este último caso se incurriría en el incumplimiento de una resolución de la autoridad (conducta tipificada en el artículo 78 de la LORCPM) y paralelamente se podrían imponer conductas con naturaleza de remedios para las potenciales afectaciones al mercado (LORCPM, artículo 15). La intervención de un tercero en este escenario debería ser analizado en otro trabajo.

152 Artículo 15, LORCPM.

153 Artículo 41, IGPA.

En este procedimiento coexisten la autoridad y el operador obligado. Aunque se salvaguarda la facultad de la administración para requerir información a terceros, la relación jurídico-procesal se entabla entre la SCPM (que supervisa) y el operador (que ejecuta las condiciones). No obstante, aquí también un tercero podría pretender participar como interesado sosteniendo justificaciones tan generales como ser un competidor del operador supervisado, o tan específicas como argumentar que el incumplimiento de una condición le genera beneficios o perjuicios.

Sin embargo, se debe señalar que las condiciones (estructurales o conductuales) no pueden ni deben ser diseñadas en torno a intereses de particulares de los competidores del mercado, sino con miras al bienestar general.<sup>154</sup> Buscan remediar las afectaciones a la competencia consecuencia de la concentración y son un intento de preservar el escenario previo a la operación.<sup>155</sup> Aunque alejadas de intereses particulares, las condiciones tampoco pueden diseñarse para otros objetivos demasiado generales o sociales extraños a la economía de mercado. Es conocido que la potestad de la autoridad de competencia no alcanza para imponer condiciones ajenas a la concentración notificada. Las medidas no deben usarse en ambición de crear un panorama ideal de competencia o en lograr una situación distinta a la preexistente a la concentración. Por ello, internacionalmente se desaconseja la aplicación de condiciones como herramienta de regulación del mercado o para conseguir objetivos sociales distintos de la libre competencia.<sup>156</sup>

Las condiciones constituyen derecho público no solo por su naturaleza y finalidades sino también porque en esencia terminan siendo una proyección del resto de lineamientos de derecho público del régimen de competencia previamente plasmados en la norma legal de la materia y que no busca otra cosa que la salvaguarda de la competencia como bien de interés general.<sup>157</sup> Los otros operadores económicos (terceros) son parte de este titular general, pero todas las condiciones se balancean en un equilibrio entre el beneficio al mercado y la carga para el operador obligado.<sup>158</sup> Las medidas tienen naturaleza de obligaciones jurídicas única y exclusivamente para el operador concentrado. Esto, primero porque es él quien materialmente tiene control sobre sus actividades económicas. Y segundo, porque es la única parte procesal de los procedimientos de resolución y seguimiento. Las decisiones (resolución) de la autoridad

154 Michael L. Plemis y Aikaterina Oikonomou, "How effective are remedies in merger cases? A European and national assessment", *European Competition Journal* 14/2-3 (2018): 216.

155 International Competition Network, *Recommended practices for merger notification and review procedures*, mayo 2017, 37, [https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/MWG\\_NPRRecPractices2018.pdf](https://www.internationalcompetitionnetwork.org/wp-content/uploads/2018/09/MWG_NPRRecPractices2018.pdf).

156 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *OECD Competition Trends 2021, Volume II, Global Merger Control*, 2021, 31, <http://www.oecd.org/competition/oecd-competition-trends.htm>.

157 Markus Dertwinkel-Kalt y Christian Wey, "Evidence Production in Merger Control: The Role of Remedies", *Review of Industrial Organization* 59 (2021): 1.

158 Que participan como productores, comercializadores y distribuidores del mercado involucrado en la concentración (y al cual sirven estas medidas).

solo pueden alcanzar y afectar a este operador, no a terceros. Estos últimos no son los implicados ni en la notificación ni en la concentración.

El obligado por las condiciones resulta ser la única «persona interesada» del procedimiento de seguimiento. Es él el sujeto a quien se destinó la resolución de autorización subordinada y a quien se dirigen las condiciones. Es él quien activó el control sobre la concentración. Es él quien ostenta las obligaciones derivadas de las condiciones y los intereses legítimos de su cumplimiento (beneficios, al liberarse del seguimiento) e incumplimiento (perjuicios sancionatorios).

Pero hay que reconocer que, como sucede con casi toda resolución del régimen de competencia, las condiciones terminarán alcanzando de uno u otro modo a los demás sujetos del mercado (operadores y consumidores), pues esa es precisamente la finalidad de este régimen: proteger la natural interacción de competidores en el mercado. Cualquiera de los competidores podría argumentar un interés en participar en el seguimiento dado que el incumplimiento de las condiciones podría afectar al mercado relevante en el que concurren con el obligado. No obstante, esto constituiría en realidad un interés simple, no uno legítimo.

Hay que recordar que la afectación que justifica la participación de un tercero debe consistir en una consecuencia de las condiciones. Esto no es posible, pues las condiciones generan una afectación (i) personal y (ii) directa únicamente para el obligado. Las afectaciones a los otros competidores tienen nexo con las circunstancias del mercado que, aun creadas por las condiciones, se contrabalancean con el beneficio al bienestar general. Estos terceros no pueden esperar ser contrapartes del operador concentrado pues sus conductas —al menos el objeto del procedimiento— son solo consecuencias de su cumplimiento a las condiciones. Cualquier afectación que reciban de las condiciones, por sí mismas, generará que su contraparte deba ser la autoridad y en otro procedimiento, no en el seguimiento.

Como ha explicado la autoridad de competencia española —CNMC—, la legitimidad del interés

exige que la resolución que ponga fin al procedimiento “produzca de modo inmediato un efecto positivo (beneficio) o negativo (perjuicio) actual o futuro, pero cierto [...] y presupone, por tanto, que la resolución administrativa pueda repercutir, directa o indirectamente, pero de modo efectivo y acreditado, es decir, no meramente hipotético, potencial y futuro, en la correspondiente esfera jurídica de quien alega su legitimación”.<sup>159</sup>

159 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España, “Resolución”, en *Expte. R/AJ/0056/14 LETRADO INTERESADO*, de mayo de 2014, 5.

Extrapolando esto a la situación ecuatoriana, para que un tercero se constituya como persona interesada y por ende sea parte del procedimiento, el COA requiere que sus derechos o interés legítimos puedan resultar afectados por la decisión que se adopte. Un tercero podría alegar la calidad de persona interesada por necesidad de proteger o ejercer su derecho a la defensa —accionar, contradecir, impugnar—. No obstante, el procedimiento de seguimiento implica un desenlace que no produce efectos sobre derechos, intereses u obligaciones de terceros ajenos y, por ende, no cabe defensa o contradicción alguna.

En el subprocedimiento de monitoreo no se adoptan decisiones (resoluciones) respecto a las condiciones, únicamente se generan insumos para que el órgano resolutorio los evalúe, verifique y decida sobre su cumplimiento (o no). Es imposible la determinación o afectación a derechos u obligaciones de terceros. En el subprocedimiento de resolución, se toma en consideración que las condiciones son obligaciones jurídicas impuestas exclusivamente al operador concentrado. No se resuelve sobre el cumplimiento o incumplimiento de estas obligaciones por parte de ningún tercero. No se ocupa de los efectos de la concentración autorizadas bajo subordinación, de discutir las condiciones previamente resueltas/impuestas, y tampoco consiste en una investigación sobre conducta anticompetitiva alguna. Una vez más, no existe necesidad de garantizar (derecho a) defensa alguna. Entonces, en ambos subprocedimientos resulta improcedente la incorporación de terceros por la imposibilidad de acreditar un legítimo interés.

A una meta similar ha llegado la autoridad de competencia colombiana —SIC— que ha concluido que el procedimiento de seguimiento es uno especial y simplificado, distinto a aquellos para investigar y sancionar prácticas restrictivas de la competencia.<sup>160</sup> En esto último no se establecen reglas expresas sobre la participación de terceros, pero esta ausencia no constituye un vacío normativo sino la expresión de la voluntad del Legislador de no permitir la intervención de terceros como partes.<sup>161</sup> Así, la SIC no ha reconocido la participación de terceros en procedimientos de seguimiento desde esta conclusión.

En España, son «interesados» del procedimiento de seguimiento de condiciones, los notificantes de la concentración obligados a cumplir con los compromisos.<sup>162</sup> Incluso, la CNMC ha sostenido que no es automáticamente interesado quien haya participado en el procedimiento resolutorio o quien alegue afectación abstracta por un potencial incumplimiento de una condición.<sup>163</sup>

<sup>160</sup> En los cuales la intervención de terceros goza de otra regulación.

<sup>161</sup> Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, “Resolución 75599”, 2012.

<sup>162</sup> España, *Real Decreto 261/2008, de 22 de febrero, por el que se aprueba el Reglamento de Defensa de la Competencia*, BOE 50, 27 de febrero de 2008, art. 71.

<sup>163</sup> Josep Massaguer Fuentes, José Manuel Sala Arquer, Jaime Folguera Crespo y Alfonso Gutiérrez, *Comentario a la ley de defensa de la competencia* (Navarra: Editorial Aranzadi, 2015), 1004-5.

Por último, se ha mantenido firme que la calidad de competidor no otorga ni automática ni por sí sola un interés legítimo, así se concurra en el mercado relevante del obligado.<sup>164</sup>

Del análisis antecedente, en el procedimiento de seguimiento ecuatoriano no es procedente la «persona interesada» en cabeza de un tercero ajeno al obligado. La calidad de competidor no otorga ni automática ni por sí sola la calidad de legítimo a su interés. No es posible la acreditación de una afectación personal y directa como consecuencia de las condiciones (o su incumplimiento) pues estas son únicamente obligatorias para el operador concentrado y su origen y destino es el bienestar general, la competencia, el mercado. No son destinatarios los competidores y mucho menos solo uno de ellos.

## 6. ANÁLISIS EN EL PROCEDIMIENTO DERIVADO DE INVESTIGACIÓN Y SANCIÓN POR INCUMPLIMIENTO A CONDICIONES

El procedimiento de seguimiento tiene como fin: (i) resolver el cumplimiento de las condiciones; o (ii) el inicio de una investigación por un presunto incumplimiento y su sanción.<sup>165</sup> A respecto, el IGPA dispone que:

c) Concluido el seguimiento de las condiciones u obligaciones impuestas por la SCPM, el o los responsables designados para el efecto, según lo establecido en el literal a), entregarán un informe al Director Nacional de Control de Concentraciones Económicas, detallando sobre el cumplimiento o no de los condicionamientos, quien tendrá el término de cinco (5) días para su revisión y remisión al Intendente Nacional de Control de Concentraciones Económicas, quien en el mismo término lo aprobará y remitirá a la CRPI para su conocimiento.

d) La Comisión de Resolución de Primera Instancia, en el término de diez (10) días analizará el informe remitido conjuntamente con el expediente, y *resolverá respecto del cumplimiento*. En caso de que se *presuma el incumplimiento*, *solicitará a la Intendencia Nacional de Control de Contracciones Económicas el inicio del procedimiento establecido en el artículo 58 del presente Instructivo*.<sup>166</sup>

El primer desenlace no genera mayor discusión pues está contenido en el mismo procedimiento de seguimiento, antes analizado. Con esto se cierra el procedimiento y con ello también la posibilidad a cualquier participación de terceros. Pero el segundo desenlace habilita la prosecución de un nuevo procedimiento derivado de investigación y sanción.

<sup>164</sup> Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España, “Resolución”, en *Expte. VC/0612/14 TELEFÓNICA/ DTS*, 21 de mayo de 2020.

<sup>165</sup> Artículo 41, IGPA.

<sup>166</sup> Artículo 41, IGPA.

La LORCPM prescribe como una «infracción muy grave» al incumplimiento de las condiciones.<sup>167</sup> El procedimiento que se desencadena es uno genérico denominado «procedimiento general para la sustanciación y aplicación de sanciones no derivadas de conductas anticompetitivas».<sup>168</sup> Este parte de un presupuesto distinto a una conducta anticompetitiva es una contravención a una disposición administrativa «no legal»<sup>169</sup>.

La «persona interesada» en este procedimiento sería exclusivamente el operador sujeto a las condiciones, quien presuntamente las ha incumplido. Es este quien será sujeto de la resolución desestimatoria o sancionatoria; quien ve en riesgo sus derechos subjetivos; quien discutirá sobre el cumplimiento de sus obligaciones (condiciones); y quien ve interés en el beneficio de que se lo encuentre no responsable o el perjuicio en que se lo determine infractor. Es este operador quien colma la gran mayoría de hipótesis del COA para ser parte y escuchado en el procedimiento administrativo.

No existe previsión legal expresa sobre el carácter reservado de este procedimiento. En principio, podría considerarse que es extensible la lógica pública de los otros dos procedimientos antes analizados. Con esto se acarrea la posibilidad de que terceros conozcan y pretendan ser parte. Sin embargo, también es argumentable que sí resulta reservado. La LORCPM prescribe que es reservado el procedimiento genérico de investigación y sanción, que comparte la naturaleza y objetivo del procedimiento en análisis. El de incumplimiento de condiciones constituye también una investigación de conductas infractoras a la ley y tiene miras a una sanción. Por analogía se entendería que la reserva le alcanza. Resulta entonces menos probable el conocimiento y participación de un tercero sobre este procedimiento, pero no imposible (aún).

El inicio de este procedimiento no está reglado a detalle. La ley no establece si puede proceder de oficio y por denuncia, como ocurre con el genérico de investigación y sanción.<sup>170</sup> Se entendería que procede, en principio, de oficio, pues resulta de una solicitud de la CRPI a la INCCE.<sup>171</sup> Pero también podría precederle una denuncia dentro del procedimiento de seguimiento. Recordando el deber de colaboración de terceros para con la SCPM, una denuncia debe ser entendida como el «[a]cto por el que cualquier persona, en cumplimiento o no de una obligación legal, pone en conocimiento de un órgano administrativo la existencia de un determinado hecho que pudiera

167 Como parte de un incumplimiento a lo establecido en una resolución de la SCPM en materia de control de concentraciones.

168 Artículo 58, IGPA.

169 Es sentido que la orden (las condiciones) no está contenida en la norma legal sino en la resolución administrativa.

170 Artículo 53, LORCPM.

171 Artículo 41, IGPA.

justificar la iniciación de oficio de un procedimiento administrativo».<sup>172, 173</sup>

Un tercero que conoce sobre un potencial incumplimiento a las condiciones se ve en el deber de ponerlo en conocimiento de la SCPM. Esta denuncia, aún presentada en procedimiento de seguimiento, deberá cumplir con las formalidades y calificación prescritos por la LORCPM.<sup>174</sup> El estándar legal exige que el denunciante debe demostrar su «interés legítimo».<sup>175</sup> Se aplica una vez más el análisis de legitimidad en el interés que ha sido revisado transversalmente en este trabajo.

Ahora, independientemente del modo de inicio del procedimiento, no será procedente la participación de un tercero. Si inicia de oficio, aplicarían las mismas justificaciones analizadas para el procedimiento de seguimiento. En resumen, las condiciones (su incumplimiento) no alcanzan a derechos subjetivos, obligaciones u otros intereses personales de terceros ajenos al operador obligado o al colectivo (titular del interés general). Si inicia por denuncia, se debe tener presente que «el denunciante no adquiere calidad de parte al denunciar, no queda obligado a aportar pruebas ni contrae obligación alguna en relación con el procedimiento, salvo si fuere requerido como testigo, en referencia a los hechos que motivaron la denuncia».<sup>176</sup>

En derecho comparado, la Ley de Defensa de la Competencia de España — norma extranjera en la que el sistema ecuatoriano de competencia está inspirado— también establece en su art. 39 el deber de colaboración por parte de terceros, pero precisa que «no implicará la condición de interesado en el correspondiente procedimiento».<sup>177</sup> Toda esta posición ha sido recientemente confirmada por la Corte Constitucional del Ecuador (en adelante, CCE), quien en Sentencia 48-14-IN/21 (de 5 de mayo de 2021) ha expuesto que

las partes [de un procedimiento administrativo sancionatorio] son: (i) la administración —como ente con competencia para conocer e imponer sanciones de acuerdo con la ley— y (ii) el administrado —persona natural o jurídica a la que se le imputa el cometimiento de la infracción (presunto infractor)—.<sup>178</sup>

[...]

[...] el **denunciante** —como sujeto que pone en conocimiento de la autoridad una conducta presuntamente vulneradora de la ley para dar inicio al procedimiento sancionador— **no figura como parte dentro del procedimiento administrativo**; por lo que, no ostenta los derechos de contenido procesal propios de las

172 Artículo 50, LORCPM.

173 Real Academia Española. “denuncia”, en *Diccionario panhispánico del español jurídico*, 2020. <https://dpej.rae.es/lemal/denuncia1>.

174 Artículos 54 y 55, LORCPM.

175 *Ibid.*, artículo 53.

176 Julio Hernández Pliego, “Denuncia, delación y pesquisa”, en *El derecho mexicano contemporáneo. Retos y dilemas*, ed. David Cienfuegos Salgado y Jesús Boanerges Guinto López (Ciudad de México: Fundación Académica Guerrerense, 2012), 284.

177 España, *Ley 15/2007 de Defensa de la Competencia*, BOE 159 de 4 de julio de 2007, 3 de julio de 2007.

178 Corte Constitucional del Ecuador, “Sentencia No. 48-14-IN/21”, en *Caso No. 48-14-IN*, 5 de mayo de 2021, 31.



partes que actúan en el mismo, pues sus pretensiones y derechos no son objeto de discusión. Es por esto que rebatir, contradecir y objetar pruebas y argumentos le corresponde exclusivamente al presunto infractor, que es contra quien se tramita el procedimiento y quien recibe directamente los efectos de la resolución que se emita (énfasis agregado).<sup>179</sup>

Según la CCE, de esta conclusión se desprende que no es posible alegar el derecho a la defensa o sus garantías para justificar la participación del denunciante en un procedimiento administrativo sancionatorio pues

[l]a posibilidad de defenderse ha sido definida como el derecho que tiene todo aquel cuyos derechos e intereses sean objeto de discusión dentro de un procedimiento, ya sea judicial, administrativo o de cualquier índole, para acceder al sistema y hacer valer sus derechos respecto de este; en aquel sentido, supone iguales condiciones y oportunidades de las partes involucradas en el proceso para ser debidamente escuchadas en actuaciones tales como presentar y analizar pruebas y alegatos e interponer recursos dentro de plazos o términos.<sup>180, 181</sup>

Dado que las pretensiones y derechos del denunciante no son objeto de discusión del procedimiento administrativo, no procede ejercicio a defensa alguna. Además, en el caso que nos ocupa —investigación y sanción de incumplimiento a condiciones—, esto es extensible a cualquier otro tercero —ajeno al operador obligado— porque el objeto de discusión del procedimiento es exclusivamente las obligaciones del sujeto sometido a las condiciones.

La propia SCPM también se ha pronunciado recientemente sobre la calidad del denunciante dentro del procedimiento de investigación y sanción previsto en la LORCPM y en el RLORCPM. A través del criterio jurídico SCPM-DS-INJ-2022-006 del 22 junio de 2022, emitido por Intendencia Nacional Jurídica de la SCPM, la agencia ecuatoriana de competencia ha razonado que

la potestad sancionatoria de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado (SCPM), busca garantizar el cumplimiento del objeto de la LORCPM, esto es, la sanción del abuso de operadores económicos con poder de mercado; la sanción de acuerdos colusorios y otras prácticas restrictivas; el control de las operaciones de concentración económica; y, la sanción de las prácticas desleales. Esto, con el fin de buscar la eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general, para el establecimiento de un sistema económico social, solidario y sostenible.

Asimismo, la potestad y actividad sancionadora de la SCPM, hace uso de un cúmulo de medidas de carácter coercitivo previstas en la LORCPM, a fin de ajustar la

179 *Ibíd.*, 34.

180 La CCE también analiza y concluye que no es posible argumentar vulneración al principio de igualdad pues, dado que el presunto infractor es parte del procedimiento administrativo sancionatorio y el denunciante no (ni sus derechos son objeto de discusión en aquel), no existe el elemento de comparabilidad.

181 Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia No. 48-14-IN/21", 27.



actividad de los operadores económicos a los fines contemplados en dicha ley. En consecuencia, a través de la potestad sancionadora se busca garantizar y proteger el orden social colectivo, así como la organización y funcionamiento de las diferentes actividades sociales, conforme los mandatos constitucionales y legales.

Con ese contexto, la SCPM argumenta que, si bien es posible que un procedimiento de investigación y sanción inicie por denuncia, se mantiene el interés público jurídicamente tutelado<sup>182</sup>. Por lo tanto, la situación procesal del denunciante no es la misma que el sujeto sometido al procedimiento administrativo de la SCPM. Así, la autoridad ha resuelto que:

En conclusión, denunciante y denunciado no tienen los mismos derechos y obligaciones, pues ejercen roles distintos dentro del procedimiento sancionatorio previsto en la LORCPM, siendo el denunciante quien da aviso a la Administración del presunto cometimiento de una infracción, y participa en el procedimiento en la medida en que la ley se lo permite; mientras que, el denunciado es en contra quien se instaura el procedimiento, y quien recibirá directamente los efectos de la resolución que se emita, y por lo tanto, quien ejerce el derecho a la defensa y por consiguiente, a la contradicción de las pruebas recabadas por la Administración en su contra.

La autoridad de competencia española —CNMC— ha concluido algo similar:

debe señalarse que el mero hecho de haber puesto en conocimiento de la CNMC estas actuaciones susceptibles de infringir la normativa de competencia [...] no es algo que otorgue de forma automática al denunciante la condición de interesado, sino que para ello deberán cumplirse determinados requisitos [...] que, a fin de cuentas, son más restringidos que los necesarios para interponer una denuncia [...]. Hay que tener presente, como se ha anticipado supra, que la potestad sancionadora se encamina a la defensa de los intereses generales, no a la defensa de intereses particulares ni a la resolución de posibles controversias entre los mismos. Es por ello que la ley distingue entre mero denunciante e interesado en un procedimiento, reservando sólo al titular de un interés legítimo las facultades y derechos de participación plena en el procedimiento, para salvaguardar además el interés público en la tramitación eficaz de los procedimientos.<sup>183</sup>

Incluso en el extraño caso de justificar que el incumplimiento de una condición alcanza a derechos u obligaciones de un tercero y, por ende, sería «víctima» de las conductas infractoras, la CCE ha concluido que «aquello no corresponde ventilarlo dentro del procedimiento administrativo sancionatorio pues su propósito no es determinar si se han vulnerado derechos subjetivos

182 «[L]a eficiencia en los mercados, el comercio justo y el bienestar general» (criterio jurídico SCPM-DS-INJ-2022-006, p. 4).

183 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia de España, “Resolución”, en *Expediente R/AJ/005/15 Hamburguesa Crujiente*, 7 de mayo de 2015, 9.

ni dictar medidas de reparación a víctimas en caso de haberse producido daños». <sup>184</sup> La LORCPM prevé únicamente sanciones ajenas a una reparación. La CCE señala que las sanciones administrativas «no pueden ser consideradas como reparación porque la sanción tiene relación directa con el infractor y no con el daño producido a la víctima». <sup>185</sup> También ha agregado que:

37. Es por esto que, quien se considere víctima producto de una infracción a la LOS, [el tercero] no podría satisfacer sus intereses ni garantizar los derechos mencionados, a través del procedimiento administrativo sancionatorio. El denunciante-víctima cuenta con las vías establecidas constitucional y legalmente para reclamar vulneraciones de derechos o perjuicios ocasionados por la conducta del presunto infractor, sin que el procedimiento administrativo sancionador sea la vía idónea para ello. <sup>186</sup>

En este sentido, la LORCPM deja a salvo las acciones de resarcimiento de daños y perjuicios de las personas naturales o jurídicas que hubieren sufrido perjuicio por la comisión de actos o conductas prohibidas por esta ley, pero siempre en un foro de derecho común (civil). <sup>187</sup> Lo propio hace respecto de las potenciales responsabilidades penales. <sup>188</sup>

La autoridad de competencia colombiana —SIC— ha incluido en sintonía:

A esta altura, no puede perderse de vista que la [SIC], como autoridad administrativa encargada legalmente de tutelar el mercado en sus diferentes aristas (libre juego de la oferta y la demanda y la protección de los consumidores), protege el interés general y público de la libre competencia y no las tensiones que en sí mismas se generen entre los competidores a raíz de una operación de integración empresarial. En otras palabras, el análisis que efectúa la Entidad como desarrollo de la política de intervención estatal va más allá y está claramente enfocado a la protección del interés general y no a los intereses particulares e individuales de los competidores. <sup>189</sup>

En esta jurisdicción la lógica es extensible al procedimiento derivado del incumplimiento de condiciones pues no se puede admitir a un tercero porque sus intereses no pueden ser legítimos en comparación con los fines públicos y colectivos tutelados por el control de concentraciones y proyectados en la supervisión (investigación y sanción) al cumplimiento de condiciones. Por su naturaleza, se buscan el interés general en el mercado y en la competencia. En el procedimiento mexicano de incumplimiento de condiciones, no se ofrecen

<sup>184</sup> Corte Constitucional del Ecuador, "Sentencia No. 48-14-IN/21", 35.

<sup>185</sup> *Ibid.*, nota a pie de página 9 del párrafo 35.

<sup>186</sup> *Ibid.*, 36-37.

<sup>187</sup> Artículo 71, LORCPM.

<sup>188</sup> *Ibid.*, artículo 72.

<sup>189</sup> Superintendencia de Industria y Comercio de Colombia, "Resolución 90093".

prerrogativas para que los terceros que participen en incidentes, más allá de la facultad de aportar información y pruebas.<sup>190, 191</sup>

En resumen, no es procedente la incorporación de un tercero en el procedimiento derivado de investigación y sanción por incumplimiento a condiciones, porque su interés no es personal y directo. La resolución solo resuelve sobre los derechos subjetivos y obligaciones del operador sometido a las condiciones, sus decisiones —*i.e.*, sanción— solo lo alcanzan a él. Cualquier afectación que pueda haber sufrido el tercero con motivo del incumplimiento de una condición, no puede ser tutelada en un procedimiento destinado a proteger la prevalencia de la ley, de las disposiciones administrativas de la autoridad de competencia, y, sobre todo, del mercado como interés general.

## 7. CONCLUSIONES

El control de concentraciones se enfoca en supervisar de manera anticipada las integraciones empresariales que podrían conllevar riesgos para la estructura del mercado y la competencia. Para esto, se conforma por al menos tres procedimientos administrativos concatenados e interrelacionados: (i) la resolución sobre una concentración notificada; (ii) el seguimiento a una concentración subordinada a condiciones; y (iii) la investigación y sanción por incumplimiento a las condiciones.

En principio, por la naturaleza, objeto y fines del derecho de competencia en general y del control de concentraciones, en este proceso involucra únicamente a la administración pública —SCPM, como agencia de competencia, y sus órganos— y al administrado —el operador económico notificante y concentrado—. No obstante, terceros podrían pretender ser incorporados al proceso. Pero esto no resulta procedente.

En cuanto al primer procedimiento —de resolución sobre la concentración— el obligado legal a notificar y someter su operación económica de integración al control de la autoridad es el operador adquirente, que se sujeta a una relación con la autoridad pública. Es este sujeto la «persona interesada» del procedimiento, es la parte. Un tercero no puede ser quien inicia el procedimiento ni el destinatario de su resolución. En cuanto a los derechos subjetivos

190 Comisión Federal de Competencia Económica de México, “Resolución”, en *G500, S.A.P.I. de C. V. y otros*, 4 de julio de 2019, s.p.

191 La Ley Federal de Competencia Económica (para presentación de información) y el Código Federal de Procedimientos Civiles (para el aporte de pruebas). México Comisión Federal de Competencia Económica, “Resolución”, en *G500, S.A.P.I. de C. V. y otros*, 4 de julio de 2019, s.p.

e intereses legítimos que pueda alegar, estos son inverosímiles ante este subrégimen de competencia pues sus objetivos y fines, así como su resolución, se restringen al bienestar general —la protección al mercado por preservación de la competencia—.

Incluso si la concentración procede al segundo procedimiento —seguimiento de condiciones— el tercero no encuentra asidero. Las obligaciones jurídicas supervisadas (*i.e.*, condiciones) solo implican derechos subjetivos e intereses personales y directos para el operador concentrado; cualquier afectación a terceros es un efecto colateral que no puede ser objeto de tutela dentro de este procedimiento.<sup>192</sup>

Por último, si el obligado incurre en un incumplimiento a sus obligaciones y se arremete mediante el tercer procedimiento —derivado de investigación y sanción— es solo este sujeto la «persona interesada» pues, nuevamente, tanto los efectos del procedimiento —sanción— como la conducta —incumplimiento a la orden administrativa— son exclusivamente de interés general. A pesar de esta improcedencia de terceros ajenos al operador notificante en todo este *iter* de control de concentraciones, hay que señalar que el tercero goza de otros espacios para combatir la impunidad de los efectos particulares de los que pueda sufrir.

Si bien la conclusión guarda armonía y preserva los fines generales del régimen de competencia —*i.e.*, protección al mercado, competencia y bienestar general—, con este primer paso se abre la puerta a una futura investigación con relación a las implicaciones de este escenario para el derecho constitucional al debido proceso (y otros derechos) tanto del operador que es «persona interesada» del proceso de control de concentraciones como del tercero que no puede ser incorporado como parte de aquel. Sin embargo, las limitaciones que conlleva esta realidad normativa y su vía administrativa han sido anticipadas por el legislador y deben ser comprendidas en el contexto del origen, naturaleza y fin del derecho de competencia.

---

192 Esto no significa que el tercero quede desamparado por el derecho, pero, como se ha analizado en este trabajo, existen otros espacios pertinentes y oportunos de justiciabilidad.



**FEXLAW**

**A B O G A D O S**





# NOBOA, PEÑA & TORRES

ABOGADOS ECUADOR

**SOLUCIONES INTEGRALES  
ESTRATEGIAS INNOVADORAS  
PROCESOS EFICIENTES**

#### **Quito**

Av. República de El Salvador N36-230 y Av. Naciones Unidas, Edificio Citibank, piso 2. Tel: (+593 2) 2970193 – 2970195 – 2970198

#### **Guayaquil**

Junín 114 y Malecón Simón Bolívar, edificio Torres del Río, piso 8. Tel: (+593 4) 2300814

[www.legalecuador.com](http://www.legalecuador.com)

[info@legalecuador.com](mailto:info@legalecuador.com)



@legalecuador



Noboa, Peña & Torres, Abogados

# La cuantificación de daños morales: el correcto significado de la prudencia prescrita en el artículo 2232 del Código Civil ecuatoriano

## *The quantification of moral damages: The correct meaning of the prudence that article 2232 of the Equatorian Civil Code commands*

LEONARDO CORONEL-LARREA\*

**Recibido / Received:** 20/06/2022

**Aceptado / Accepted:** 11/09/2022

**DOI:** <https://doi.org/10.18272/ulr.v9i2.2742>

**Citación:**

Coronel Larrera L. S. «La cuantificación de daños morales: el correcto significado de la prudencia prescrita en el artículo 2232 del código civil ecuatoriano». *USFQ Law Review*, Vol 9, no 2, octubre de 2022, pp. 95 -113, doi: 10.18272/ulr.v9i2.2742

---

\* Abogado por la Universidad San Francisco de Quito USFQ, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador.  
Correo electrónico: leonardocoronellarrea@hotmail.com

## RESUMEN

El trabajo describe y analiza las instituciones relacionadas al daño moral de la sentencia del Juicio N° 01803-2018-00396 del 08 de septiembre de 2021 emitida por la Corte Nacional de Justicia. Específicamente, se aborda el problema de la cuantificación de daños extrapatrimoniales bajo el criterio de la prudencia que manda el artículo 2232 del Código Civil ecuatoriano. En el desarrollo se exponen las tendencias en la materia utilizando jurisprudencia y doctrina relevante, para llegar a la conclusión de que la resolución de la Corte marca un hito en el desarrollo del Derecho de Daños en el país. Con ese objetivo, se analizan las distintas clases de daños extrapatrimoniales, la forma de indemnizarlos y cuantificarlos, y la tesis que ha adoptado el Ecuador. En el proceso, se estudia cómo debe aplicarse la prudencia del juzgador entendiendo el sentido de la gravedad de la falta y el perjuicio sufrido que manda el articulado.

## PALABRAS CLAVE

Derecho de Daños; daños extrapatrimoniales; daño moral; cuantificación; motivación

## ABSTRACT

*The article describes and analyzes the institutions related to non-pecuniary damages of the judgment of Trial No. 01803-2018-00396 from September 8, 2021, issued by the National Court of Justice. The work addresses the problem of quantifying non-pecuniary damages under the criteria of prudence mandated by article 2232 of the Ecuadorian Civil Code. In the development, trends in the matter are exposed using jurisprudence and relevant doctrine to conclude that the Court's resolution would mark a milestone in the development of Tort Law. The work analyzes the several types of extra-pecuniary damages, how to compensate and quantify them, and the thesis that Ecuador has adopted. In the process, it will be studied how judges should apply prudence, understanding the meaning of the seriousness of the fault and the damage suffered according to the analyzed article.*

## KEYWORDS

*Torts Law; non-pecuniary damages; moral damage; quantification; motivation*



## 1. INTRODUCCIÓN

En el Derecho ecuatoriano, desde hace varios años, cuando se habla de cuantificación de daños extrapatrimoniales la palabra que define al sistema es incertidumbre. El sistema judicial no ha podido establecer parámetros, ni formas claras de cuantificar esta clase de daños, debido a que se ha mal entendido el mandato legal del artículo 2232 del Código Civil. El artículo *in comento*, en su parte pertinente, prescribe que:

[...] [Se] podrá también demandar indemnización pecuniaria, a título de reparación, quien hubiera sufrido **daños meramente morales**, cuando tal indemnización se halle justificada por **la gravedad particular del perjuicio y de la falta**. [...]

La reparación por daños morales puede ser demandada si tales daños son el resultado próximo de la acción u omisión ilícita del demandado, **quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias [...]** (énfasis añadido).<sup>1</sup>

Así, se ha entendido que prudencia es sinónimo de arbitrariedad, en donde el juzgador podrá —a voluntad— otorgar sumas de dinero sin un sustento verificable. Entonces, lejos de tener claridad o seguridad en el accionar de los juzgadores, el sistema ecuatoriano de cuantificación de daños morales se ha caracterizado por una inseguridad jurídica latente.

Consecuentemente, el *quantum* indemnizatorio de innumerables sentencias oscila entre sumas ínfimas que no logran una correcta indemnización de los perjuicios sufridos y sumas cuantiosas de dinero que parecen enriquecer antes que resarcir. Por lo tanto, la esencia o función principal del Derecho de Daños —la función indemnizatoria—<sup>2</sup> se ve en tela de duda.

El problema crece cuando se entiende que los daños morales, en su génesis, son inconmensurables en dinero, esto significa que no pueden ser valorados económicamente, pues “no existe mercado para la vida, la salud o el honor”.<sup>3</sup> Entonces, la función indemnizatoria pasa a ser de carácter compensatorio o satisfactorio, eso se debe a que el dinero no deja indemne a la víctima sino que busca suprimir las aficciones generadas por el hecho dañoso.<sup>4</sup> En este punto, la falta de parámetros que regulen la cuantificación pueden permitir que la arbitrariedad sea una práctica común y aceptada.

1 Artículo 2232, Código Civil [CC], R.O. Suplemento 46, de 24 de junio de 2005, reformado por última vez el 08 de julio de 2019.

2 Luis Díez-Picazo, *Fundamentos del Derecho Civil Patrimonial Volumen III* (Madrid: Civitas, 2005), 26-28.

3 Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual Tomo I* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2022), 300.

4 Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Segunda Edición (Bogotá: Editorial Themis, 2016), 294.

El ejemplo evidente es el desarrollo jurisprudencial del daño moral en el Ecuador, que puede ser criticado sobre la base de que las indemnizaciones no tienen un parámetro fijo y no responden al *stare decisis* que busca el sistema. Cabe aclarar que el problema no radica en la diferencia entre los montos sino en la falta de motivación para la decisión en un caso y el otro.

La jurisprudencia ecuatoriana no ha sabido manejar ni entender el tenor literal del artículo 2232 del Código Civil respecto a la prudencia del juez en relación con la gravedad del perjuicio y de la falta sufrida. A pesar de eso, tan cierto es que la sentencia dentro del Juicio N° 01803-2018-00396 del 08 de septiembre de 2021 emitida por la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia parece ser esa luz en la oscuridad del ordenamiento jurídico. Sin duda, esta decisión es el primer paso para un análisis profundo de la motivación necesaria respecto de los daños morales en el Ecuador. Por esta razón, a lo largo del trabajo se analizará la sentencia de la Corte Nacional de Justicia utilizándola como guía para desarrollar sobre los puntos que se consideran importantes respecto al daño extrapatrimonial y su forma de cuantificación. En primer lugar, se expondrán los hechos del caso y la necesidad de motivación en las sentencias que otorgan indemnizaciones por daños [2]. Después, se explicará la diferencia entre daño extrapatrimonial y daño moral, situación que ha causado confusiones en el ordenamiento ecuatoriano [3]. En esta línea, se analizarán las formas que existen para indemnizar daños extrapatrimoniales en el derecho comparado [4]. Esto ayudará a aterrizar en la forma que el Ecuador ha decidido responder ante estas opciones [5]. Finalmente, se desarrollarán las conclusiones más importantes que ha dejado la sentencia y el presente trabajo [6].

## 2. SOBRE LA MOTIVACIÓN EN LA CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS

Ante la Sala de lo Contencioso Administrativo se presentó un recurso de casación para que sea revisada una sentencia de daños y perjuicios emitida por el Tribunal Contencioso Administrativo con sede en el Distrito Metropolitano de Cuenca (en adelante TDCA). En este proceso, el Sr. Carlos Romero demandó a la Empresa Pública Municipal de Movilidad, Tránsito y Transporte de Cuenca (en adelante EMOV EP) y a la Procuraduría General del Estado, una indemnización de USD 200 000 por daño moral y USD 2 028,77 por daños patrimoniales más las costas y los honorarios de su defensa.

En el 2018 Carlos Romero fue sancionado por una contravención de tránsito con una pena no privativa de la libertad de servicio comunitario que debía cumplir bajo supervisión de la EMOV EP. En cumplimiento de su sanción, la EMOV EP le había encomendado que pintara una cubierta de una escuela.

Lamentablemente, Carlos sufrió una caída desde la cubierta y, antes de caer al suelo, aterrizó sobre una superficie metálica, lo que le causó lesiones y heridas.

Dentro del proceso, él alegó que existía responsabilidad de la EMOV EP, ya que en un principio las actividades que se habían acordado para el cumplimiento de la sanción eran de limpieza pública, pero estas fueron cambiadas. Además, se argumentó que no se había proporcionado el equipo necesario para el desarrollo correcto de la actividad de pintura de cubiertas generando una actividad riesgosa para su persona. El TDCA ordenó que se le “pague al actor USD 10 000 por daño moral; y que se practique una liquidación pericial de los gastos efectivamente incurridos por el actor en la atención y recuperación de su lesión, así como valores dejados de percibir por su trabajo en caso de justificarse”.<sup>5</sup>

La EMOV EP interpuso el recurso de casación alegando que:

[L]a cantidad fijada por el TDCA para indemnizar el daño moral es arbitraria, **pues si bien esa cuantificación corresponde al juzgador, esta debe estar justificada y motivada**. Asimismo, indica que los daños materiales correspondían ser probados y debatidos en audiencia, y fijados de manera motivada en la sentencia, pero no fue así (énfasis añadido).<sup>6</sup>

En efecto, la EMOV EP recurrió y se fundamentó en la problemática que el ordenamiento jurídico ha obviado desde hace varios años. Al respecto, el análisis que realiza la Corte es sumamente importante, ya que pone en evidencia la necesidad de un análisis de motivación y cuantificación dentro del mismo proceso.

En la sentencia de instancia se había hecho una simple referencia a la doctrina y jurisprudencia, sin especificar y detallar cuál es su importancia y su contenido, por ello la Corte acepta el argumento de la Empresa Pública y decide casar la sentencia sobre la base de que “la invocación abstracta de doctrina y jurisprudencia en la sentencia impugnada en relación al daño moral constituye un incumplimiento del primer parámetro mínimo de la motivación jurídica”.<sup>7</sup> Al respecto, es correcta la decisión de la Corte, pues, tanto a nivel de función judicial como de jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional, se ha tratado de aclarar el deber de motivación de los juzgadores.<sup>8</sup>

En otro caso, la misma Sala determinó que “la referencia genérica a jurisprudencia, sin identificar los casos en los que fue dictada y sin explicar la

5 Causa No. 01803-2018-00396, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, 08 de septiembre de 2021, 2.

6 *Id.*, 4.

7 *Id.*, 8.

8 Caso No. 1158-17-EP, Corte Constitucional del Ecuador, 20 de octubre de 2021.

pertinencia de su aplicación a los hechos controvertidos en el proceso, implica un incumplimiento de los dos parámetros mínimos de la motivación jurídica”.<sup>9</sup> Es decir, la Sala de lo Contencioso Administrativo siguió su línea jurisprudencial de manera apropiada, exigiendo el deber de motivación en las decisiones de los juzgados y tribunales de la república.

En el mismo sentido se puede observar que el criterio es fundamental ya que ha sido recogido en otros casos que ha atendido la propia sala cuando ha afirmado que:

Una sentencia que acepta la acción de responsabilidad extracontractual del Estado debe contener **un examen de los presupuestos de procedencia y, además, un análisis sobre la cuantificación de los daños que permita determinar la indemnización al administrado**. De lo contrario, existirá una motivación insuficiente en la sentencia (énfasis añadido).<sup>10</sup>

En la rama del Derecho de Daños, el desarrollo es sustancial porque la Corte concluye que en temas de responsabilidad el estándar de motivación ha de ser más alto, ya que debe analizar el cumplimiento de varios requisitos, desde la verificación de los presupuestos de la responsabilidad dentro de la teoría general hasta la cuantificación del daño —patrimonial o extrapatrimonial— para una correcta indemnización dentro del mismo proceso. Entonces, se critica la consuetudinaria respuesta de los juzgadores ecuatorianos de mandar a liquidar los daños en un proceso independiente del de responsabilidad.

Al respecto, la propia Sala, ha zanjado la discusión respecto de la necesidad de cuantificar los daños dentro del proceso de responsabilidad, puesto que se consideró que el juicio de responsabilidad era prejudicial frente al de cuantificación. Específicamente, se ha dicho que:

**La determinación de responsabilidad extracontractual del Estado no puede ser comprendida como el objeto de un juicio prejudicial y diferente a la cuantificación de la indemnización que, por ese concepto, le corresponda al administrado**. Sería un contrasentido que exista un primer juicio para corroborar la responsabilidad estatal con base en la existencia de un daño y se establezca su magnitud (cuantificación) con autoridad de cosa juzgada; y que luego, exista un segundo juicio para volver a cuantificar el daño. Precisamente, ese segundo juicio carecería de objeto porque no podría alterar la cosa juzgada del primero, en relación a la cuantificación del daño, y por ende, al quantum indemnizatorio (énfasis añadido).<sup>11</sup>

<sup>9</sup> Causa No. 2017-00669, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Contencioso Administrativo, 11 de junio de 2021, párr. 3.7.

<sup>10</sup> Causa No. 2017-00669, párr. 4.24.

<sup>11</sup> Causa No. 17741-2016-1162, Corte Nacional de Justicia, Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo, 13 de

En la sentencia dentro del Juicio N° 01803-2018-00396, la Corte también corrige ese error del TDCA y verifica los daños que se probaron en el juicio por lo que modula la indemnización de daños patrimoniales. La Corte entiende al proceso de cuantificación como una parte esencial de las sentencias que otorguen indemnizaciones, pues se afirma que el “TDCA no efectuó un ejercicio razonado al cuantificar los daños materiales. Incluso, trasladó esta labor a un perito para que sea él quien los cuantifique tras la emisión de la sentencia. Esto es inaceptable”.<sup>12</sup> Con esto en mente, queda claro que la determinación de responsabilidad no puede ser un prejudicial distinto al de cuantificación, sino que debe ser resuelto en el mismo proceso.<sup>13</sup>

No cabe duda de que la sentencia sujeta a análisis es esencial para el Derecho de Daños en temas de motivación y justificación del *quantum* indemnizatorio, porque resuelve situaciones de decisiones arbitrarias sin motivación y escenarios en los que los presupuestos de responsabilidad se verifican, pero no se calcula el valor de los daños, sino que se envía a tasarlos en un proceso por separado.

### 3. APROXIMACIÓN AL DAÑO EXTRAPATRIMONIAL Y SUS CLASES

Uno de los temas que la sentencia analizada topa de manera superficial es la especificación de la categoría de daño moral y la concepción que se le ha dado a esta institución en el Ecuador, ya que se enfoca en determinar una correcta cuantificación luego de verificar los presupuestos materiales de la responsabilidad extracontractual. No obstante, es preciso identificar cómo la doctrina entiende este tipo de daños y cómo los ha entendido el ordenamiento nacional.

Es conocido que en 1855 la Corte Suprema de Justicia era la encargada de redactar un Código Civil propio para el Ecuador, no obstante, declinó la misión y decidió adoptar el Código de Bello como propio, afirmando que, “sus doctrinas y aun su estilo podrían ser adoptados por nosotros, haciendo solamente una que otra variación, que la diferencia de circunstancias y el bien de la claridad hicieran necesarias”.<sup>14</sup> Es por esta razón que la doctrina generada por los comentaristas del Código de Bello es aplicable en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Sin embargo, una de las diferencias entre el Código Civil ecuatoriano y el Código de Bello, radica justamente, en el reconocimiento de daños extrapatrimoniales de manera expresa.

---

julio de 2021, párr. 4.12.

12 Causa No. 01803-2018-00396, párr. 12.

13 Causa No. 17741-2016-1162, párr. 4.12.

14 Jaksic, Iván, “La cultura y el problema del orden en la América Andina 1830 - 1880: la labor de Andrés Bello”, en *Historia de América Andina*, edit. Juan Maiguashca (Quito: Universidad Andina Simón Bolívar – Libresa, 2003), 209.

En 1984, gracias a Gil Barragán Romero, la “Ley No. 171 reformativa del Código Civil sobre Reparación de Daños Morales” fue aprobada y entró en vigencia incorporando en el texto del Código Civil ciertos artículos que regulan los daños morales.<sup>15</sup> Es preciso mencionar estos antecedentes, porque a partir de estos sucesos en el ordenamiento han existido confusiones entre la terminología de daños extrapatrimoniales y daños morales, y se los ha entendido como sinónimos, aunque esa concepción es doctrinariamente incorrecta. La razón de esta confusión se debe a que fue más fácil concebir a todos los daños extrapatrimoniales como daños morales.<sup>16</sup> Incluso, Gil Barragán Romero es claro al manifestar que, “[p]or razones prácticas, podemos convenir en considerar daño moral a la lesión a un interés *no patrimonial* y en lo sucesivo centrar nuestra preocupación en el daño meramente moral o daño moral puro”.<sup>17</sup>

A pesar de que Gil Barragán Romero conocía que existían daños “no patrimoniales” que no eran daño moral en estricto sentido, utilizó la terminología de “daños morales” para englobar todos los posibles daños no valorables económicamente. Esto ocasionó que en el ordenamiento ecuatoriano los daños extrapatrimoniales sean sinónimo de daños morales, dejando a salvo aquel daño moral puro, entendido como el sufrimiento psíquico/emocional o *pretium doloris* que se analizará más adelante.

Tamayo Jaramillo expone esta problemática y manifiesta que “a menudo se considera que todos los daños extrapatrimoniales son morales”<sup>18</sup> cuando, en realidad, los daños morales son una especie de daños extrapatrimoniales. Ahora, esta errónea asimilación en la terminología se refleja en la ley, ya que el legislador, al referirse a daños morales, se está refiriendo a daños extrapatrimoniales en sentido amplio y como una categoría macro o general.

Un claro ejemplo es el que salta a la luz después de la lectura del artículo 2231 del Código Civil en el que se manifiesta que, “[l]as imputaciones injuriosas contra la honra o el crédito de una persona dan derecho para demandar indemnización pecuniaria, no sólo **si se prueba** daño emergente o lucro cesante, sino **también perjuicio moral (énfasis añadido)**”.<sup>19</sup> Doctrinariamente, las afectaciones a la reputación o descrédito son una categoría de daño extrapatrimonial específica y distinta al daño moral.

Sin embargo en Ecuador, al referirse a daños morales, se los debe entender en un sentido amplio, asemejándolo a daños extrapatrimoniales. Barros Bourie entiende el equívoco que ha sido encontrado en varias legislaciones y lo atribuye al antiguo derecho romano, pero entiende que “la definición más precisa

15 Ley 171 [Reformativa del Código Civil sobre Reparación de Daños Morales], R.O. 779, 4 de julio de 1984.

16 Gil Barragán Romero, *Elementos del Daño Moral tercera edición*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones (CEP)), 76-82.

17 *Ibid.*, 81

18 Javier Tamayo Jaramillo, *Tratado de Responsabilidad Civil*, Tomo II (Bogotá: Legis Editores, 2007), 485.

19 Artículo 2231, Código Civil, 2005.

de daño moral parece ser negativa: se trata de bienes que tienen en común carecer de significación patrimonial, de modo que daño moral es el daño extrapatrimonial o no patrimonial”.<sup>20</sup>

Cabe dejar claro que, a pesar de que la concepción sea incorrecta, es preciso indicar las categorías de daño extrapatrimonial que pueden existir, con la finalidad de entender cuáles son las posibles hipótesis que el juzgador ecuatoriano puede resolver atendiendo al término ‘daño moral’. La doctrina entiende que los daños extrapatrimoniales se dividen en daño moral o emocional (*pretium doloris*), daño estético, el daño por lesiones a derechos de la personalidad, el daño a la vida en relación y el daño moral objetivado.<sup>21</sup> A continuación se explicará brevemente cada una de estas categorías para una mayor comprensión.

El daño moral se define como el precio del dolor o *pretium doloris*. Se traduce en un dolor moral que aparece por el sufrimiento al contemplar el daño ocasionado, es decir, una perturbación de carácter psicológica.<sup>22</sup> Asimismo, a esta definición se le debe agregar aquel sentimiento de dolor producido por lesiones, una molestia o dolor físico.<sup>23</sup> Cabe señalar que esta categoría de daños puede afectar incluso cuando el daño directo lo haya recibido un tercero, como es el caso de la muerte de un ser querido, donde la pena por la pérdida se vuelve indemnizable luego de verificarse la responsabilidad.<sup>24</sup> Esta es la categoría a la que Gil Barragán Romero definió como daño moral puro o meramente moral.

Por su lado, el daño estético radica en toda desfiguración, deformación, afeamiento o mutilación en el cuerpo de quien sufre el daño como una consecuencia del hecho dañoso.<sup>25</sup> Es discutido si se trata de una figura autónoma, en especial porque puede entrar en la categoría de daño moral o en la de daños a la vida en relación. No obstante, doctrina como la del profesor Gil Botero sostiene que es una figura autónoma, pues el efecto dañoso en sí mismo, puede ser distinto al sufrimiento o dolor de la categoría anterior y también es distinta a la de los daños de la vida en relación.<sup>26</sup> El hecho de su autonomía radica en que la cicatriz o el afeamiento de la víctima tiene un efecto especial y distinto a las categorías con las que se lo confunde.

Respecto a los daños que afectan a los derechos de la personalidad se ha entendido como aquellos que buscan proteger la dignidad de las personas y sus

20 Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 28.

21 Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Segunda Edición (Bogotá: Editorial Themis, 2016), 285-349.

22 Jorge Mosset Iturraspe, *Responsabilidad por daños, El daño moral, t. v* (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 1998), 10.

23 Luis Díez-Picazo, *Derecho de daños* (Madrid: Civitas, 1999) 328.

24 Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Segunda Edición (Bogotá: Editorial Themis, 2016), 290.

25 Hernán Corral Talciani, *Lecciones de Responsabilidad Civil Extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile), 158.

26 Enrique Gil Botero, *Temas de Responsabilidad Extracontractual del Estado* (Bogotá: Comlibros, 2006), 114.



bienes tutelados, con mayor especificidad son la honra, el honor y la privacidad; básicamente se busca indemnizar los daños reputacionales o vulneraciones a la intimidad.<sup>27</sup> La discusión que aquí se genera es que no existe una diferencia sustancial con el daño moral, empero, la autonomía de los derechos de la personalidad ha generado que esta categoría vaya más allá del sufrimiento físico o psicológico, se trata de una afectación a bienes jurídicamente tutelados distintos a los que protege el *pretium doloris*.

Cuando se habla de daños a la vida en relación es preciso mencionar que existen gran cantidad de sinónimos en los que se puede encasillar como el perjuicio de agrado, pérdida de los placeres de la vida o la alteración de las condiciones de existencia.<sup>28</sup> La esencia de esta categoría es la “privación de las satisfacciones de orden social, mundano y deportivo” de las cuales se beneficiaría una persona de la edad y cultura de la víctima.<sup>29</sup> Es decir, son aquellas privaciones que hacen que la vida de una persona no pueda ser igual porque no puede disfrutar de ciertas actividades que le daban sentido al ser. Un claro ejemplo de esta categoría es que un violinista pierda la mano. Más allá del daño moral y estético, la vida de la víctima no podría ser igual, ya que entonar el violín era su razón de ser.

Como última categoría, compete estructurar a qué se refiere el denominado daño moral objetivado, siendo aquella situación en la que una lesión a un bien jurídico tutelado extrapatrimonial pueda simultáneamente causar daños con claro contenido patrimonial.<sup>30</sup> La crítica que tiene esta categoría está relacionada con el tinte patrimonial de la afectación, ya que podrían ser considerados como afectaciones con contenido pecuniario que se sujetan a las reglas del daño patrimonial. Así, estrictamente se hablaría de daños patrimoniales indirectos que pueden ser indemnizados en función de las categorías de daño emergente o lucro cesante, dependiendo del caso.

Por todo lo expuesto, ha quedado claro que, a pesar de que daños extrapatrimoniales y daños morales no son lo mismo, el ordenamiento jurídico ecuatoriano, inspirado en una concepción práctica, los ha conceptualizado de la misma forma. Por lo que la figura de daños morales abarca todas las subcategorías como el daño emocional o *pretium doloris*, los daños estéticos, los referentes a derechos de la personalidad o personalísimos, la pérdida de los placeres de la vida y el daño moral objetivado.

27 Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 329.

28 Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Segunda Edición (Bogotá: Editorial Themis, 2016), 347.

29 Antonino Procida Mirabelli di Lauro, *La riparazione dei danni alla persona* (Napoli: Edizione Scientifiche Italiane, 1993), 277.

30 Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Segunda Edición (Bogotá: Editorial Themis, 2016), 297.



#### 4. LA FORMA Y MODOS DE INDEMNIZACIÓN DE DAÑOS EXTRAPATRIMONIALES

Una vez explicada la naturaleza de los daños morales y el gen no patrimonial que los caracteriza, es preciso analizar la forma y modos de indemnización que se han desarrollado a nivel de derecho comparado. Como se mencionó anteriormente, los daños extrapatrimoniales no pueden ser objeto de reparación, debido a que la indemnización no logra dejar a la víctima en la situación en la que hubiese estado si el hecho dañoso no hubiese ocurrido. En los daños extrapatrimoniales la indemnización sirve como un consuelo o un paliativo que calma el efecto dañoso con satisfacciones o ventajas de vida. Por lo tanto, el término correcto cuando se trata indemnizaciones por daños extrapatrimoniales es la compensación.<sup>31</sup>

Conseguir esta finalidad de satisfacción en la víctima dependerá del sistema o forma de indemnización que el ordenamiento jurídico escoja. Al respecto, existen dos mecanismos para tasar el *quantum* indemnizatorio en cada caso. La doctrina expone los mecanismos objetivos y subjetivos de valoración. El primer mecanismo se estructura a través de la formulación de baremos estadísticos o técnicos estableciendo categorías de afectaciones —casi siempre de naturaleza corporal—<sup>32</sup> es decir, un cuadro o una lista de tarifas que establecen montos fijos o máximos para otorgar indemnizaciones. Un ejemplo claro es la Ley 30/1995 española que determina montos indemnizatorios para lesiones en accidentes de tránsito.<sup>33</sup> Estos listados, regularmente, son estructurados por expertos en temas relacionados a la afectación —médicos— o ligados a la experiencia de los tribunales en un estándar de valoración judicial —abogados/jueces—.

Respecto del mecanismo subjetivo es aquel en el que, “la determinación del daño moral es objeto de una apreciación prudencial y subjetiva, de modo que se puede fundar en cualesquiera apreciaciones de hecho que los jueces de instancia estimen relevantes”.<sup>34</sup> En estos escenarios la legislación ha preferido renunciar a criterios normativos de guía, otorgándole al juzgador la capacidad de cuantificar, utilizando su leal saber y entender, el valor de los daños que ha sufrido la víctima. El problema de este tipo de tasación de los daños es, justamente, el problema jurídico que aborda este trabajo: la arbitrariedad en las decisiones a costa de la prudencia del juez.

No obstante, se debe dejar claro que este mecanismo de cuantificación no permite las indemnizaciones sin justificación, situación que se ha mal entendido

31 Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 303.

32 *Ibid.*, 317.

33 Ley 30/1995. BOE-A-1995-24262, de 9 de noviembre de 1995.

34 Enrique Barros Bourie, *Tratado de Responsabilidad Extracontractual* (Santiago: Editorial Jurídica de Chile, 2006), 313.

en las distintas legislaciones que lo aplican. En realidad, la subjetividad que utiliza el juez debe ser guiada con un criterio palpable y objetivo, por lo que este elemento radica en la concepción que el juez realice sobre los hechos, más no del estándar u óptica sobre la que analiza lo sucedido, que es sumamente objetivo. La doctrina ha entendido que la correcta forma de determinar un daño extrapatrimonial es utilizar “baremos” informales que se fundamenten en la práctica jurisprudencial vigente admitiendo que el análisis sea conforme las circunstancias del caso.<sup>35 36</sup>

Por ejemplo en Colombia, la jurisprudencia ha delimitado las indemnizaciones por daño moral utilizando techos dependiendo del daño extrapatrimonial, así el juzgador podrá modular sus indemnizaciones dependiendo de la intensidad de la afectación, pero utilizando como guía los límites establecidos por sus propias decisiones.

Bajo esta consideración, la seguridad jurídica, la justicia formal y la motivación de la cuantificación de los daños son de carácter esencial en cualquiera de los sistemas que se escoja. Como se verá más adelante, en Ecuador existen falencias respecto a estas características esenciales dentro del *quantum* de daños morales. No ha existido seguridad dado que no existe una práctica jurisprudencial que trace la forma de calcular la indemnización de daños morales. En realidad, la jurisprudencia ecuatoriana se ha caracterizado por la incertidumbre en este tema. Tampoco ha existido justicia formal, debido a que las indemnizaciones son variables entre ínfimas y millonarias por lo que la arbitrariedad, so pena de la prudencia, ejemplifica la situación actual de la discusión. En conclusión, existe ausencia de motivación en los montos a indemnizar dentro de los casos conocidos por las cortes ecuatorianas.

## 5. LA CUANTIFICACIÓN DE DAÑOS: EL AMANECER EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO ECUATORIANO

Para la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, en el caso de análisis, la descripción de los posibles mecanismos para cuantificar los daños extrapatrimoniales no son una novedad, toda vez que de manera enfática explica que “[e]n vista de que **no existen normas que asignen y predeterminen montos de indemnización por daños morales**, este tribunal puede aplicar la equidad natural, casos análogos y principios del derecho universal” (énfasis añadido).<sup>37</sup> Esto quiere decir que en el derecho ecuatoriano no se ha desarrollado la visión objetiva pura, por lo que la prudencia del artículo

<sup>35</sup> *Ibid.*, 323.

<sup>36</sup> Obdulio Velásquez Posada, *Responsabilidad Civil Extracontractual*, Segunda Edición (Bogotá: Editorial Themis, 2016), 491-493.

<sup>37</sup> Causa No. 01803-2018-00396, párr. 27.

2232 del Código Civil representa el sistema subjetivo de cuantificación del daño moral. El sistema de valoración subjetiva ha sido mal concebido en el Ecuador, ya que las indemnizaciones por daño moral nunca han sido motivadas con un análisis de hechos enmarcado en justificaciones jurídicas claras.

En realidad, los montos eran expuestos en una frase ‘sacramental’ sin mayor motivación. Existen casos que ejemplifican esta problemática, ya que con una misma base fáctica tienen indemnizaciones diferentes, por lo que serán analizados a continuación para poder comprender el contexto de la discusión. Básicamente, en ambos casos, una institución financiera ecuatoriana incluyó a los demandantes en un listado de morosos con calificaciones bajas, además de agregarlos a la central de riesgos crediticios sin una justificación. Los actores inician un proceso de daño moral en contra del respectivo banco logrando una sentencia favorable.

En el primer caso, el ex presidente del Ecuador, Rafael Correa, demandó por daño moral al Banco Pichincha que lo incluyó en un listado de morosos, además de agregarlo a la central de riesgos crediticios. En el proceso, Rafael Correa logró demostrar que la deuda que alegaba el banco era inexistente, por lo que no podían incluirlo en la lista de personas de difícil pago. El juzgador que conoció el caso llegó a la conclusión de que para reparar el daño que el expresidente sufrió era necesaria la suma de cinco millones de dólares de los Estados Unidos de América<sup>38</sup>. Cabe mencionar que si bien la indemnización fue modulada en varias instancias y recursos, Rafael Correa recibió un millón de dólares como indemnización.<sup>39</sup>

En el segundo caso, Julio Guzmán Baquerizo inició un proceso en contra del Banco Internacional alegando que el banco le causó un daño moral al emitir un reporte a la Superintendencia de Bancos con un listado de morosos por cheques protestados donde constaba el nombre del actor. Este hecho se generó debido a que dentro de la cuenta corriente de una persona jurídica que respaldaba los cheques constaba su firma como habilitante y al no constar su firma en los cheques emitidos no pudieron ser cobrados por lo que fueron protestados. El actor logró probar que había solicitado al banco dar de baja su firma debido a que ya no fungía en el cargo de representante legal de la empresa jurídica titular de la cuenta corriente. No obstante, el banco no atendió el requerimiento por lo que por esta negligencia causó un daño moral al demandante al agregarlo en la lista de morosos que lo llevo a constar en la central de riesgos. La Corte Nacional concibió que, sobre la base de su prudencia, la indemnización que compensaría al actor fuera la suma de veinte mil dólares.<sup>40</sup>

38 Correa c. Banco Pichincha, Caso N° 946 – 2009 – SR, Sentencia de Primera Instancia.

39 Correa c. Banco Pichincha, Caso N° 946 – 2009 – SR, Corte Nacional de Justicia, Sala del Civil y Mercantil, 13 de septiembre de 2012, publicado en el R.O. Edición Especial N° 330, Año IV.

40 Causa No: 17711-2013-0486, Corte Nacional de Justicia, Sala de lo Civil y Mercantil, 15 de diciembre del 2014.

Resulta evidente que entre veinte mil dólares y un millón de dólares existe una diferencia abismal, pero sorprende más que sobre la misma base fáctica existan criterios dispares. En estos casos, la igualdad ante la ley no ha sido tomada en cuenta, además de que no existe seguridad jurídica dentro de los criterios jurisprudenciales toda vez que en ningún caso se motivó la razón de ser de la indemnización y mucho menos se analizaron las circunstancias propias de cada caso para llegar a la suma otorgada. Esto implica una vulneración a la garantía de motivación que toda decisión jurisdiccional debe contener en aras de una legitimidad material del acto estatal.

Sorprende criticar la ausencia de motivación respecto de la cuantificación de daños morales, puesto que para las cortes y tribunales es conocida esa necesidad y obligación que se genera a través del artículo 76 numeral 7 letra l de la Constitución de la República del Ecuador. Incluso, la Corte Nacional se ha pronunciado al respecto dentro del caso Guzmán c. Banco Internacional. En esta oportunidad afirmó que “[l]a falta de motivación y por lo mismo de aplicación de la norma constitucional en referencia ocasiona la nulidad de la resolución”.<sup>41</sup> El efecto pragmático que genera la ausencia de motivación recae en la violación al derecho a la defensa a nivel constitucional. En este sentido, la Corte Constitucional del Ecuador ha manifestado que:

La **garantía de la motivación** –por sí sola– no asegura a las personas que las decisiones de las autoridades públicas cuenten con una motivación correcta conforme al Derecho y conforme a los hechos, sino que tengan una **motivación suficiente: suficiente para que el derecho al debido proceso y, en particular, el derecho a la defensa puedan ser efectivamente ejercidos** con miras a enmendar las incorrecciones en que incurrieren los actos del poder público (énfasis añadido).<sup>42</sup>

Con esto en mente, la cuantificación de daños morales exige que exista una motivación suficiente respecto de su *quantum* para evitar que se viole el derecho a la defensa de las personas dentro de un proceso de responsabilidad. La sentencia sujeta a análisis dentro del presente trabajo marca un hito porque evidencia esta necesidad de motivación y parece ser que esa práctica de determinar la cuantía sin una justificación está en proceso de cambio.

La sentencia dentro del Juicio N° 01803-2018-00396 marca una nueva concepción de la cuantificación del daño moral, dado que identifica los errores comunes en el sistema y los corrige a lo largo de su *ratio decidendi*. El primer punto esencial en el que se distingue la decisión es la afirmación de que “la prueba de la existencia del daño por sí sola es insuficiente para fijar la indemnización”.<sup>43</sup> Esto implica que el análisis de la responsabilidad es

41 Causa No. 17711-2013-0486, párr. 4.

42 Causa No. 1158-17-ER, párr. 24.

43 Causa No. 01803-2018-00396, párr. 11.

totalmente distinto al de la cuantificación de los daños, por lo que no es posible simplemente determinar una cantidad automática luego de verificar los presupuestos materiales de la responsabilidad. Incluso, es enfática al afirmar que fórmulas sacramentales que rezan “conforme al mérito de los autos se fija la correspondiente indemnización”, no suponen una justificación suficiente.

En el mismo sentido, la Corte resalta que por la naturaleza de los daños extrapatrimoniales y su imposibilidad de medir de manera exacta la valoración de los daños, existe el deber de los juzgadores de apreciar el daño concreto de conformidad con las circunstancias con un criterio de proporcionalidad que se acerque de mayor manera a una cuantificación exacta. En donde, para verificar que el análisis efectuado sea correcto, el juzgador debe explicitar el modo en que efectuó la operación explicando la relevancia de los criterios utilizados. Es claro que las indemnizaciones deben justificarse según la prudencia de quien las determina utilizando criterios objetivos.

Dentro del abanico de posibilidades que tiene el juez para cuantificar los daños extrapatrimoniales, la Corte expone las distintas posibilidades:

Entre ellos: (i) tipo de lesión, pues por ejemplo no es lo mismo perder el brazo menos hábil que aquel que permite un mejor desempeño; (ii) sexo; (iii) edad; (iv) estado civil y si el afectado tiene hijos y de qué edad; (v) nivel de instrucción; (vi) estado de salud anterior al daño; (vii) si con motivo del hecho estuvo internado o realizó tratamiento ambulatorio; y, (viii) si las secuelas del daño serán dolorosas.<sup>44</sup>

Asimismo, explica y manifiesta que este listado no es taxativo, y la aplicación de determinado criterio depende del bien extrapatrimonial tutelado, debido a que “cuando se trate de la reputación de una persona son relevantes pautas como el nivel y el medio de difusión de la injuria; mientras que, en el caso de una lesión, resultan de mayor importancia la duración del dolor psíquico o físico, así como su intensidad”.<sup>45</sup> Después de realizar este análisis, la Corte procede a corregir los errores de la sentencia del TDCA y utiliza los parámetros de daños por dolor psíquico y físico.

Si bien el criterio de la Corte es correcto, sorprende que en ninguno de los apartados de su sentencia mencione la norma legal que le permite valorar sobre su prudencia los daños morales. En efecto, en ninguno de sus acápites menciona el artículo 2232 del Código Civil. Esto genera que el análisis respecto de la cuantificación de los daños extrapatrimoniales sea superficial, ya que no se toma en cuenta que es esencial analizar “la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta”.

<sup>44</sup> Silvia Amores Osorio, “Determinación del quantum indemnizatorio por daño moral en nuestra jurisprudencia”, *Illumanta Revista de Investigaciones Jurídicas* (2), Corte Nacional de Justicia – Ecuador, 35.

<sup>45</sup> Causa No. 01803-2018-00396, párr. 13.

La necesidad de desentrañar la gravedad del perjuicio y la falta ha sido reconocida por la Corte Nacional, toda vez que dentro del caso Guzmán c. Banco Internacional expuso que:

El artículo 2232 del Código Civil, en la parte pertinente dispone: "...quedando a la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización atentas las circunstancias, previstas en el inciso primero de este artículo [sic]", las cuales se refieren **a la gravedad del perjuicio sufrido y de la falta**. Sobre este tema se ha dicho que la acción indemnizatoria del daño moral es de carácter reparatoria y no sancionadora, por tanto, no cabe se mande a pagar sumas exorbitantes de dinero como en muchos casos se demanda o cantidades tan exiguas que ni siquiera justifiquen el ejercicio de esta acción, **pues que la valoración del daño moral esté a "prudencia del juez", no significa que este tiene una amplia libertad para fijar ese valor, sino que debe ponderar su decisión** (énfasis añadido).<sup>46</sup>

Así, el criterio de que la motivación es esencial y no puede prescindirse so pena de la prudencia que termina siendo arbitrariedad. Compete ahora entender qué significa cuantificar un daño moral sobre la base de la gravedad del perjuicio y de la falta sufrida. La jurisprudencia se ha pronunciado al respecto. En el juicio de instancia 09332-2014-61574 se mencionó la importancia de entender la falta y el perjuicio sufrido, ya que a partir de esa premisa, se puede partir con los primeros parámetros de valuación cuando se trata de cuantificar un daño extrapatrimonial. Al respecto, se mencionó que:

Es clara la ley al indicar que depende de "la prudencia del juez la determinación del valor de la indemnización", pero esta fijación no es ni puede ser arbitraria, sino que, como dice la ley, debe ser prudente. Esa prudencia, que sirve para la motivación del valor indemnizatorio que el Juez determine, está delineada por dos macro factores, que son "la gravedad particular del perjuicio sufrido y de la falta", que es lo que el Juez debe valorar y motivar. **En términos más simples, podemos decir que la gravedad de la falta se refiere a qué fue lo que se hizo; y, la gravedad del perjuicio sufrido significa cuánto afectó la falta al damnificado. La gravedad del perjuicio y de la falta, tienen a su vez micro factores. La gravedad de la falta depende de la intencionalidad, ilegitimidad, ilegalidad, conciencia, continuidad, intensidad con que se la realice.** Por ejemplo, la ley reconoce las lesiones como daño indemnizable, pero la gravedad varía si fueron accidentales o intencionales; si fueron producto de una riña o en un combate deportivo; si se utilizó la fuerza inmediatamente o como último recurso; si se sabía o se ignoraba que se estaba causando daño; si fue un golpe o una serie de golpes; si las agresiones fueron contundentes o no, y otros factores a la forma en que se ocasionó el daño. **Por su lado, la gravedad del perjuicio depende de varios factores como la intensidad, amplitud, continuidad, tiempo, y sujeto receptor, pero que no están relacionados con la forma en que se ocasionó el daño, sino en cuánto pueden**

46 Causa No: 17711-2013-0486, párr. 6.8.

**afectar al damnificado** (énfasis añadido).<sup>47</sup>

Es deber del juzgador distinguir el hecho dañoso y el daño, pues la cuantificación del daño dependerá de la forma en la que se cometió acción u omisión, así como la magnitud del menoscabo. Es importante cualificar ambos elementos para llegar a una correcta indemnización. Respecto del hecho, el escenario de examen es verificar cuán grave fue la conducta y reacción del victimario mientras que respecto de la víctima se debe entender el alcance del sufrimiento. Entonces el juzgador no solo debe utilizar criterios respecto de quien recibió el daño, sino de quien lo ocasionó.

En este punto cabe preguntar si la sentencia analizada es vinculante y, en consecuencia, involucra una obligatoriedad de aplicación. En Ecuador, la jurisprudencia resulta de obligatorio cumplimiento en dos escenarios. Esto depende del órgano que emite la sentencia pues serán de obligatorio cumplimiento aquellas sentencias que sean emitidas por la Corte Nacional de Justicia y la Corte Constitucional del Ecuador, mientras se cumplan los requisitos que el propio ordenamiento exponga para este fin. Entonces, es preciso referirse a los criterios que la Corte Constitucional ha desarrollado respecto de la vinculabilidad del precedente jurisdiccional cuando se trata del primer escenario.

En la Sentencia No. 1035-12-EP/20 de la Corte Constitucional, se aclaró que en nuestro sistema, cuando se trata de decisiones emitidas por la Corte Nacional de Justicia, no existe precedente hetero-vinculante, ni horizontal ni vertical, a menos que se cumplan las condiciones del artículo 185 de la Constitución.<sup>48</sup> Es decir, que exista un fallo de triple reiteración que haya sido remitido al pleno de la Corte Nacional y haya sido ratificado o no exista pronunciamiento dentro del plazo de sesenta días.<sup>49</sup> Esto significa que la sentencia estudiada no es de obligatorio cumplimiento para futuros casos similares respecto de juzgadores distintos a los que emitieron la sentencia.

Es menester aclarar que la sentencia es vinculante respecto de quien dictó la decisión, toda vez que se ha entendido que, “el precedente horizontal *auto-vinculante* es una necesidad racional y jurídica”.<sup>50</sup> Esto significa que el juzgador o juzgadores que hayan emitido una decisión judicial utilizando X fundamento deben replicar el mismo razonamiento en un caso análogo. Entonces, los jueces que emitieron la Sentencia del Juicio N° 01803-2018-00396 en futuros casos en los que avoquen conocimiento deben sujetarse al mismo criterio de que debe motivarse la cuantificación de los daños morales a partir de estándares que analicen la gravedad de la falta y el perjuicio sufrido. Al ser jueces de

47 Causa No. 09332-2014-61574, Unidad Judicial Civil con sede en el Cantón Guayaquil, 11 de abril del 2016, párr. 4.

48 Causa No. 1035-12-EP, Corte Constitucional del Ecuador, 22 de enero del 2020, párr. 18.

49 Artículo 185, Constitución de la República del Ecuador, R.O. N° 449, de 20 de octubre del 2008, reformado por última vez el 12 de marzo del 2020.

50 Causa No. 1035-12-EP, parr. 19.



la Corte Nacional, esto genera la posibilidad de que pueda llegarse a generar un precedente vinculante por un fallo de triple reiteración.

Respecto de los demás juzgadores de la función judicial los planteamientos que ha desarrollado la Corte Nacional pueden servir como una guía de referencia para casos similares. En palabras de la Corte Constitucional, los criterios pueden “esgrimirse [...] como argumento por las partes con finalidad persuasiva, correspondiendo al juez o tribunal pronunciarse sobre tal argumento, cuando sea relevante en el debate procesal”.<sup>51</sup>

Por todo lo expuesto, queda claro que el análisis de responsabilidad es independiente al de cuantificación de daños. Esto involucra que en el juicio de daños y perjuicios se analicen y se motiven tanto los elementos constitutivos de la responsabilidad como la cuantificación de los daños. También, se demostró que el análisis debe ser explícito con la valoración del estándar y la relevancia de su aplicación tomando en cuenta la gravedad del perjuicio y de la falta sufrida. Es decir, se debe tener criterios de valoración que expongan la magnitud del hecho y del daño para la cuantificación de los daños morales.

Es importante recordar que se demostró que existen varios criterios para evaluar dependiendo de la categoría de daño extrapatrimonial de la que se trate. Finalmente, a pesar de que la sentencia sujeta a análisis no sea de carácter vinculante, es un hito que marca diferencia y un avance en la costumbre judicial respecto a la cuantificación de daños morales. Además, este criterio puede marcar obligatoriedad a nivel horizontal respecto de quienes emitieron esta sentencia y puede ser utilizada como referencia y guía de argumentación en escenarios de verticalidad de autoridades.

## 6. CONCLUSIONES

A lo largo del presente trabajo se han analizado los principales puntos respecto a la cuantificación del daño extrapatrimonial en el ordenamiento ecuatoriano. Se ha dejado claro que la sentencia dentro del Juicio N° 01803-2018-00396 es un hito dentro del ordenamiento en temas de Derecho de Daños, específicamente respecto de la necesidad de un examen de motivación y justificación del *quantum* en las indemnizaciones por responsabilidad. De la misma manera, establece la obligatoriedad de determinar una valoración de los daños dentro del mismo proceso, aclarando que el juicio de responsabilidad no es prejudicial al de cuantificación, sino que deben ser abordados en conjunto. Después, se verificó que en el ordenamiento jurídico ecuatoriano existe una concepción errónea respecto de los términos: daño extrapatrimonial y daño

---

51 *Id.*, párr. 20.



moral, ya que, a pesar de que no son lo mismo, la legislación los entiende como sinónimos. Esto implica que en el Ecuador, cuando se habla de daños morales, se puede hablar de todas las subcategorías expuestas, como son: el daño emocional o *pretium doloris*, los daños estéticos, los referentes a derechos de la personalidad o personalísimos, la pérdida de los placeres de la vida y el daño moral objetivado.

Cuando se habla de la forma de cuantificar los daños extrapatrimoniales se conoce de la existencia de dos mecanismos, los criterios objetivos y subjetivos de valoración. El criterio objetivo responde a la formulación de baremos estadísticos o técnicos estableciendo categorías de afectaciones, estableciendo límites o cantidades físicas por determinados hechos. Cuando se habla del criterio subjetivo, es aquel por el cual el juzgador tiene la capacidad de cuantificar, utilizando su leal saber y entender o su prudencia, el valor de los daños que ha sufrido la víctima. No obstante, en cualquier caso, la seguridad jurídica y la motivación de la cuantificación es esencial.

En la última sección, se determinó que en el derecho ecuatoriano el artículo 2232 del Código Civil representa el sistema subjetivo de cuantificación del daño moral. Este se encuentra guiado por la importancia de la prudencia del juzgador enfocándose en la gravedad particular del perjuicio y de la falta sufrida utilizando como guía factores o estándares de valoración que corresponderán a las circunstancias particulares de cada caso. Dentro del punto más importante y medular del problema planteado, se llega a la conclusión de que el análisis de valoración debe ser explícito con la explicación del proceso y la relevancia de los criterios utilizados, analizando la situación fáctica caso por caso.

También se habló de la vinculatoriedad de la sentencia analizada, donde se determinó que si bien no tiene carácter vinculante al no ser un fallo de triple reiteración, su contenido debe ser replicado por quienes emitieron el fundamento de la decisión y puede ser utilizado como doctrina judicial o referencia argumentativa para los demás juzgadores en aras de construir un sistema uniforme de precedentes o baremos informales que contemplen la motivación de la cuantificación de los daños morales. Finalmente, que existen varios criterios a evaluar dependiendo de la categoría de daños de la que se trate y esto dependerá del criterio del juzgador.



# LEXVALOR

ABOGADOS

Trabajamos por el mejor interés  
de nuestros clientes, con absoluta  
transparencia y profesionalismo.

Con oficinas en Quito, Guayaquil y una red  
de corresponsales a nivel internacional.

[www.lexvalor.com](http://www.lexvalor.com)



TOP TIER  
2022

 @LexvalorEcuador

 /lexvalor

 @lexvalorabogados

# Comiso penal en Ecuador y vulneración del derecho a la propiedad de terceros no procesados

## *Criminal confiscation in Ecuador and violation of the right to property of unprocessed third parties*

JUAN FERNANDO FLORES VILLAVICENCIO\*

**Recibido / Received:** 14/01/2022

**Aceptado / Accepted:** 11/09/2022

**DOI:** <https://doi.org/10.18272/ulr.v9i2.2555>

**Citación:**

Flores Villavicencio J. F. «El comiso penal en Ecuador y vulneración del derecho a la propiedad de terceros no procesados». *USFQ law review*, Vol 9, no 2, octubre de 2022, pp. 115 - 140, doi: 10.18272/ulr.v9i2.2555

---

\* Abogado por la Universidad San Francisco de Quito USFQ, casilla postal 17-1200-841, Quito 170901, Pichincha, Ecuador. ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0002-6728-0735> Correo electrónico: [juanffv1999@gmail.com](mailto:juanffv1999@gmail.com)

## RESUMEN

En el presente trabajo, se analiza si el comiso penal establecido en el Código Orgánico Integral Penal vulnera el derecho a la propiedad de terceros no procesados. Esto, porque la disposición aplicable ha sido interpretada y aplicada divergentemente por los jueces de la Corte Nacional de Justicia. Este trabajo se adhiere a la corriente que establece que el comiso procede sobre los bienes utilizados para el cometimiento del delito pertenecientes solamente a los partícipes, es decir, a los autores o cómplices del delito con sentencia ejecutoriada. Esta corriente es una interpretación acorde a la Constitución y la jurisprudencia nacional e internacional. Por ello, este trabajo propone una reforma a la pena del comiso bajo el principio de legalidad para restringir su aplicación únicamente a los bienes de los partícipes del delito y no a los de terceros no procesados, imponiendo de esta manera un límite al poder punitivo del Estado.

## PALABRAS CLAVE

Comiso penal; derecho a la propiedad; bien; terceros; procesados

## ABSTRACT

*In this paper, it is analyzed whether the criminal confiscation established in the Ecuadorian criminal code violates the right to property of unprocessed third parties. This, because the applicable precept has been interpreted and applied differently by the judges of the National Court of Justice. This work adheres to the current that establishes that the confiscation proceeds over assets belonging only to the participants for committing a crime, that is, to the perpetrators of the crime with an enforceable sentence. This current is an interpretation according to the Constitution and national and international jurisprudence. For this reason, this work proposes a reform to the penalty of confiscation under the principle of legality to restrict its application only over assets of participants in the crime and not to those of unprocessed third parties, thus imposing a limit to the punitive power of the state.*

## KEYWORDS

*Criminal confiscation; right to property; property; third parties; prosecuted*



## 1. INTRODUCCIÓN

Con la entrada en vigencia del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP), en 2014 se introdujo como pena restrictiva de los derechos de propiedad, al comiso penal, de un modo distinto al histórico comiso especial. El cambio más notable radica en su aplicación sobre los bienes que sean utilizados como instrumentos para cometer el delito o su producto o rédito<sup>1</sup>, sin determinar si estos deben ser de propiedad de partícipes del delito, lo que sí estaba determinado por la ley anterior.

En este tiempo, la Corte Nacional de Justicia (en adelante CNJ) ha aplicado esta pena de modo no uniforme. En una sentencia, la aplicó sobre el bien de un tercero no procesado ni sentenciado por el delito, bajo la interpretación de que solo se necesita que el bien sea utilizado como instrumento dentro de un delito doloso para aplicar el comiso. Si bien puede interpretarse que el comiso solo establece que la pena recae sobre los bienes utilizados como instrumentos del delito, esta primera interpretación no es integral.

En otro caso, la CNJ no aplicó el comiso al bien de un tercero no procesado, bajo el argumento de que no se puede extender la responsabilidad individual de la pena a bienes de terceros que no fueron parte del proceso porque se vulneraría su derecho a la propiedad. Con estos dos casos se puede apreciar que hay dos lecturas acerca del alcance de esta pena.<sup>2</sup>

Esto evidencia un problema jurídico que radica en una posible vulneración del derecho a la propiedad de terceros que no son parte del proceso penal y a quienes, sin embargo, se les aplica esta pena. El comiso penal de bienes de terceros además plantea un problema de debido proceso, ya que el propietario del bien comisado, al no ser parte procesal, no puede ejercer su derecho a la defensa.

Por ello, el problema jurídico a resolver en el presente trabajo consiste en determinar si el comiso penal contenido en el COIP vulnera el derecho a la propiedad. Este trabajo demostrará que el comiso penal de bienes de terceros efectivamente vulnera este derecho. Esta demostración a su vez será la base argumentativa para concluir sobre una reforma al artículo 69 numeral 2 del COIP.

En este trabajo se utilizará el método cualitativo para la investigación de las

1 Artículo. 69 numeral 2, Código Orgánico Integral Penal de 2014, R.O. Suplemento N° 180 de 10 de febrero de 2014, reformada por última vez R.O. Suplemento N° 526 de 30 de agosto de 2021.

2 Resolución N° 1338-2017, Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala Especializada en lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, 14 de agosto de 2017 y Resolución N° 1256-2019, Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala Especializada en lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, 18 de julio de 2019.

distintas fuentes del derecho, en conjunto con el método inductivo en vista de que se partirá de la premisa sobre la vulneración del derecho a la propiedad de terceros no procesados cuyos bienes se comisan. Asimismo se han utilizado otros métodos como el analítico al revisar el COIP, la jurisprudencia y la doctrina, lo que permitirá sustentar la postura planteada. Por último, se empleará el método histórico a fin de conocer y analizar la evolución del comiso en Ecuador.

## 2. MARCO NORMATIVO

En vista de que se analizará una posible vulneración del derecho a la propiedad, es necesario que dentro de la normativa se analice la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos<sup>3</sup> (en adelante Pacto de San José).

También, se examinará la Constitución del Ecuador<sup>4</sup> (en adelante CR) que reconoce y garantiza el derecho a la propiedad, pues al ser la norma suprema, las leyes deben guardar conformidad con ella. La norma central en este estudio es el COIP, vigente desde 2014 con sus respectivas reformas. El análisis del COIP se enmarca en el artículo 69 numeral 2, que regula el comiso<sup>5</sup> de manera integral y, otras disposiciones relativas a la pena en el marco del poder punitivo del Estado.

De la misma manera, se revisará la legislación penal histórica para conocer la evolución del comiso. Además, se examinará el Código Civil<sup>6</sup> (en adelante CC) para determinar la definición jurídica de bien y cómo se relaciona con el problema jurídico sobre el alcance del comiso.

Finalmente, en cuanto a la jurisprudencia, esta es de suma importancia para conocer la opinión de las cortes con respecto a la aplicación de la pena del comiso, por lo que se analizarán dos sentencias de la CNJ<sup>7</sup> y una sentencia reciente de la Corte Constitucional del Ecuador<sup>8</sup> (en adelante CCE). También se analizará una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos<sup>9</sup> (en adelante Corte IDH) y una sentencia de la CCE<sup>10</sup> respecto a los estándares aplicables a la restricción del derecho a la propiedad.

3 Convención Americana sobre Derechos Humanos, San José, 22 noviembre 1969, ratificada por el Ecuador el 28 de diciembre de 1977.

4 Constitución de la República del Ecuador, R.O. 449, 20 de octubre de 2008, reformada por última vez R.O. Suplemento 181 de 15 de febrero de 2018.

5 Artículo 69 numeral 2, COIP.

6 Código Civil de 2005, R.O. Suplemento N° 46 de 24 de junio de 2005, reformada por última vez R.O. Suplemento N° 452 de 14 de mayo de 2021.

7 Resolución N° 1338-2017 y Resolución N° 1256-2019.

8 Sentencia No. 1916-16-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 28 de abril de 2021.

9 Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo, 6 de mayo de 2008.

10 Sentencia N° 146-14-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 1 de octubre de 2014.

### 3. MARCO TEÓRICO

En el ámbito doctrinario se identifican dos corrientes basadas en las diferentes visiones de los autores y de la jurisprudencia de las cortes en Ecuador.

La primera, considera que la aplicación del comiso está dirigida únicamente a los bienes de propiedad de los partícipes del delito<sup>11</sup>, siempre que dichos bienes, ya sean muebles o inmuebles, hayan sido utilizados como instrumentos del delito<sup>12</sup>.

La segunda, considera que la aplicación del comiso está dirigido a los objetos que fueron utilizados para cometer el delito, sin considerar si son de propiedad de los partícipes de la infracción, ya que dicha pena accesoria no se encuentra relacionada con el principio de personalidad.<sup>13</sup>

La presente investigación se centrará en la primera corriente, porque tanto el Pacto de San José como la CR garantizan el derecho de propiedad, por lo que la ley penal debe procurar la aplicación restrictiva del comiso a bienes de propiedad de quien comete el delito.

Asimismo, es necesario señalar que la imposición de una pena accesoria depende necesariamente de la imposición de una pena principal, ya que aquella no puede aplicarse independientemente y sigue la suerte de la principal<sup>14</sup>; por lo tanto, solo a quienes han sido condenados por un delito se les podría aplicar el comiso.

**Tabla N° 1. Corrientes**

| Primera corriente  | Segunda corriente   |
|--|---|
| El comiso recae únicamente sobre los bienes que son propiedad de los partícipes del delito, siempre que dichos bienes, ya sean muebles o inmuebles, hayan sido utilizados como instrumentos para cometer un delito doloso. | El comiso recae sobre los objetos que fueron utilizados para cometer el delito, sin considerar si son de propiedad de los participantes de la infracción o de terceros no procesados, ya que dicha pena accesoria no se encuentra relacionada con el principio de personalidad. |

**Fuente:** Elaboración propia a partir de Albán<sup>15</sup> y García<sup>16</sup>.

11 Ver Artículo 41, COIP. "Las personas participan en la infracción como autores o cómplices. [...]"

12 Ernesto Albán Gómez, *Régimen Penal Ecuatoriano Tomo III*. (Quito: Ediciones Legales EDLE S.A., 2021), 386.

13 Ramiro García Falconí, *Código Orgánico Integral Penal Comentado Tomo I Arts. 1 al 78*. (Lima: ARA Editores, 2014), 492

14 Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*. (Madrid: Editorial Civitas, 1997), 41.

15 Ernesto Albán Gómez, *Régimen Penal Ecuatoriano Tomo III*, 386.

16 Ramiro García Falconí, *Código Orgánico Integral Penal Comentado Tomo I Arts. 1 al 78*, 492.

#### 4. ESTADO DEL ARTE

La configuración del comiso penal en el COIP es una problemática actual, que se originó con su vigencia en 2014, específicamente en cuanto a la determinación de la propiedad del bien comisado. Esto se debe a que el COIP enfatiza solamente en el uso que se da al instrumento para la comisión del delito y no su titularidad, que puede pertenecer a un tercero no partícipe del delito. Por otro lado, el COIP emplea el término bien, lo cual evoca su contenido patrimonial.

Por estas consideraciones, el alcance del comiso a objetos que no son propiedad de los responsables del delito no es claro, como sí lo fue en la legislación penal histórica. Se trata de un problema jurídico que es materia de decisión por la justicia ordinaria y constitucional.

Del análisis realizado en la doctrina nacional, se encuentra Ernesto Albán, quien sostiene que el comiso regulado en el COIP consiste en la pérdida de los derechos de propiedad y dominio sobre los bienes de propiedad del condenado.<sup>17</sup>

Del mismo modo, Ramiro García coincide en que el comiso es la incautación definitiva de los bienes que fueran utilizados para cometer delitos dolosos o que sean producto de la infracción, así como cualquier beneficio que derive de la misma, teniendo como resultado final la pérdida del derecho a la propiedad sobre los mismos.<sup>18</sup>

En cuanto a la doctrina internacional, Eugenio Zaffaroni sostiene que dentro de la legislación argentina la figura del decomiso —que equivale al comiso penal— radica en la pérdida de los bienes utilizados como instrumentos del delito o cualquiera de los beneficios que se obtuvieran del mismo. Estos, mediante condena, serán decomisados a menos que pertenezcan a un tercero no responsable.<sup>19</sup>

Francisco Muñoz Conde, sostiene que —desde la perspectiva de la legislación española— se trata de una pena que priva a los objetos la propiedad del condenado, siendo una consecuencia accesoria de la pena principal. Para Muñoz Conde, esta pena accesoria priva las ganancias que son producto del delito o bienes que hayan sido utilizados para su comisión. Con estas dos consecuencias se busca evitar: el enriquecimiento ilícito, así como evitar el uso de dichos

17 Ernesto Albán, *Régimen Penal Ecuatoriano Tomo III*, 386.

18 Ramiro García, *Código Orgánico Integral Penal Comentado Tomo I Arts. 1 al 78*, 492.

19 Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal: Parte General*. (Buenos Aires: Ediar, 2007), 738.



bienes para que se reincida en el delito<sup>20</sup>, y no aplicaría a terceros que hayan adquirido legalmente el bien<sup>21</sup>.

Claus Roxin, por otro lado, sostiene que el comiso al ser una pena accesoria, solo se puede imponer junto a una pena principal. Por lo tanto, para que la privación del derecho a la propiedad de una persona pueda ser aplicada, es necesario que primero se la condene a una pena privativa de libertad o de multa.<sup>22</sup>

Conforme a estas visiones de los diferentes autores, se puede observar que el comiso es una pena accesoria la cual se impone junto a una pena principal correspondiente a un delito doloso, en donde dicha pena recae sobre los instrumentos utilizados por el partícipe para cometer el delito. Por lo cual esta pena termina limitando el derecho de la propiedad del condenado sobre el bien, con el fin de evitar que se reincida en el uso de dicho bien como instrumento para el cometimiento de otro delito. Se excluye del comiso penal a terceros que hayan obtenido el bien de forma lícita o que no hayan sido condenados con una pena principal por el cometimiento de un delito doloso.

## 5. DESARROLLO

### 5.1. HISTORIA DEL COMISO PENAL EN ECUADOR

El comiso en el Ecuador se encuentra regulado desde el Código Penal de 1871<sup>23</sup>, en el que se denominó como comiso especial hasta el Código Penal de 1971<sup>24</sup>. Entre el Código Penal de 1871 y el de 1971, el comiso especial se aplicó únicamente cuando el objeto de la infracción era propiedad de los autores o cómplices del delito. Incluso hasta antes de la vigencia del COIP, se aplicaba exclusivamente cuando eran del autor o cómplice de la infracción, prueba de ello existen varias sentencias<sup>25</sup> por parte de la CCE que ratifican esta forma de aplicación del comiso previsto en el Código Penal de 1971.

Asimismo, de acuerdo con Torres, en su análisis del Código Penal de 1971, el

20 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán, *Derecho Penal: Parte General*. Décima Edición (Valencia: Tirant Lo Blanch, 2019), 600.

21 Francisco Muñoz y Mercedes García, *Derecho Penal: Parte General*. Octava Edición (México D.F.: Tirant Lo Blanch México, 2012), 621.

22 Claus Roxin. *Derecho Penal, Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, 41 y 42.

23 Artículo 56, Código Penal de 1871, Registro Auténtico N° 1871 del 3 de noviembre de 1871. [Derogado]

24 Artículo 65, Código Penal de 1971, R.O. Suplemento N°147 del 22 de enero de 1971. [Derogado]

25 Ver Sentencia No. 1322-14-EP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 16 de diciembre de 2020; Sentencia No. 2174-13-EP/20, Corte Constitucional del Ecuador, 15 de julio de 2020 y Sentencia No. 179-17-SEP-CC, Corte Constitucional del Ecuador, 14 de junio de 2017.

artículo 65 establecía claramente los alcances de esta pena: “[...] las cosas del comiso, deben ser propiedad del autor o del cómplice; quedarán libres, las de terceros”.<sup>26</sup> determinando así que dicho Código establecía que solamente a los partícipes del delito se les podía aplicar el comiso y no a terceros.

Con la entrada en vigencia del COIP, además del cambio de nombre, se realizó un cambio en la redacción y sus elementos. Siendo uno de los principales cambios que el comiso únicamente se puede aplicar en delitos dolosos; sin embargo, se omite la frase “cuando son de propiedad del autor del acto punible, o del cómplice”<sup>27</sup> previsto anteriormente en el Código Penal de 1971, lo que ha derivado en su aplicación sobre bienes que no son de propiedad del autor o cómplice del delito.

Por último, en la reforma del 2019 al COIP, se introdujo un nuevo literal que permite comisar los bienes de terceros, pero solamente cuando fueran adquiridos a sabiendas de que procedían de un delito o con el fin de hacer imposible el comiso de los bienes de la persona condenada<sup>28</sup>. Dicha reforma tampoco resolvió el problema sobre si la pena puede aplicarse solamente a los bienes de propiedad de los partícipes del delito o a todos, incluidos terceros que sean propietarios de los bienes previo al delito y que no se encasillen dentro del nuevo literal. Lo propio puede decirse de la reforma del 2021, la cual solamente modificó el inciso tercero del artículo 69 numeral 2.<sup>29</sup>

La siguiente tabla resume las versiones del comiso penal en cada código desde 1871 hasta el COIP con la última reforma en 2021.

**Tabla N° 2. Evolución del comiso penal desde el Código de 1871 hasta el COIP**

|                                |   |
|--------------------------------|---|
| Código Penal de 1871 y de 1889 | El comiso especial recae sobre las cosas que forman el objeto de la infracción, y sobre las que han servido o han sido destinadas a cometerla, cuando <b>son de propiedad del condenado</b> .             |
| Código Penal de 1906           | El comiso especial recae sobre las cosas que forman el objeto de la infracción; sobre las que han servido, o sido destinadas para cometerla, cuando son de propiedad <b>del autor del hecho punible</b> . |

26 Efraín Torres Chaves, *Breves Comentarios al Código Penal del Ecuador*. Libro 1 (Quito: Editorial Universitaria, 1974), 220.

27 Artículo 65, Código Penal de 1971.

28 Artículo 69 numeral 2 literal f, COIP.

29 Ver Artículo 69 numeral 2, COIP.

|                                |  |
|--------------------------------|--|
| Código Penal de 1938 y 1971    | El comiso especial recae sobre las cosas que fueron el objeto de la infracción; sobre las que han servido, o sido destinadas para cometerla, cuando son de propiedad del <b>autor del acto punible, o del cómplice</b> . |
| Código Orgánico Integral Penal | El comiso penal, procede en todos los casos de <b>delitos dolosos</b> y recae sobre <b>los bienes, cuando estos son instrumentos, productos o réditos en la comisión del delito</b> .                                    |

**Fuente:** Elaboración propia, a partir de los Códigos Penales de 1871<sup>30</sup>, 1889<sup>31</sup>, 1906<sup>32</sup>, 1938<sup>33</sup> y 1971<sup>34</sup> y COIP<sup>35</sup>.

Como se puede observar en la tabla, el comiso se ha mantenido dirigido a los bienes utilizados para cometer la infracción que pertenezcan a los partícipes; sin embargo se puede apreciar que desde el COIP ya no queda de forma explícita contra qué bienes aplicaría la pena.

## 5.2. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 69 DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

Una vez revisado el antecedente histórico de los códigos penales en el Ecuador con respecto a la pena del comiso, es necesario continuar con el análisis del comiso penal en el actual COIP con respecto a las dos corrientes planteadas.

### 5.2.1. PRIMERA CORRIENTE

Por cuanto el problema se refiere a los bienes objeto del comiso, es necesario definir qué es el bien en la legislación ecuatoriana. Los bienes de acuerdo con el artículo 583 del CC, son cosas que pueden ser corporales e incorporales<sup>36</sup>. Según Carrión, las cosas no interesan al jurista sino cuando le dan al hombre utilidad alguna y pueden formar parte del patrimonio de una persona. Además de la utilidad del bien, este debe estar acompañado de la apropiación física o virtual de la cosa. En este sentido, Carrión identifica a las cosas como el género y a los bienes como la especie: las cosas no son bienes por sí mismos sino los derechos que una persona tiene sobre estas o por los mismos.<sup>37</sup>

30 Artículo 56, Código Penal de 1871.

31 Artículo 56, Código Penal de 1889, Registro Auténtico 1889 del 4 de enero de 1889. [Derogado]

32 Artículo 54, Código Penal de 1906, R.O. Suplemento N° 61 del 18 de abril de 1906. [Derogado]

33 Artículo 69, Código Penal de 1938, Registro Auténtico 1938 del 22 de marzo de 1938. [Derogado]

34 Artículo 65, Código Penal de 1971.

35 Artículo 69 numeral 2, COIP.

36 Artículo 583, Código Civil.

37 Eduardo Carrión Eguiguren, *Curso de Derecho Civil: de los bienes y de su dominio, posesión, uso, goce y limitaciones*. (Quito: Ediciones de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, 1987), 81.

Larrea en cambio considera que los bienes “[...] son cosas con valor, es decir, cosas protegidas por el derecho”<sup>38</sup>. Por lo tanto estas cosas de valor son protegidas con el fin de resguardar los derechos que tiene la persona sobre estas. En cambio, para Vásquez los bienes son “[...] todas aquellas cosas y derechos que puede [sic] ser objeto de comercio y prestar alguna utilidad al hombre, y más comúnmente, lo que constituye la hacienda o caudal de una persona determinada. [...]”.<sup>39</sup>

Desde una perspectiva penalista, Vaca afirma que la palabra bienes en el COIP se refiere a que el bien son todas las cosas que forman parte del patrimonio de la persona y, por lo tanto, la forma en la que el legislador incluyó la palabra bien es para evitar la necesidad de que exista numeración para cada tipo de bien<sup>40</sup>. A partir de estas definiciones de los autores, se debe entender que el comiso recae sobre los bienes, los cuales son las cosas que forman parte del patrimonio de las personas, quienes a su vez poseen derechos sobre sus bienes.

Ahora bien, el artículo 69 numeral 2 del COIP establece que únicamente en los delitos dolosos se podrá aplicar el comiso sobre los bienes que hayan sido utilizados como instrumentos o hayan sido producto del delito<sup>41</sup>. De esta forma se puede interpretar *prima facie* que la pena puede aplicarse a bienes independientemente de que estos pertenezcan tanto a un sentenciado como a un tercero no procesado. Estableciendo a primera vista que la aplicación del comiso solo debe cumplir dos requisitos, los cuales son: a) haber sido utilizados en un delito como instrumentos o que sean un producto de este; y b) que el delito sea doloso.

No obstante, es necesario leer el artículo 69 numeral 2 de forma integral con las demás disposiciones del COIP sobre la pena, particularmente el artículo 51 que la define como una restricción a la libertad y a los derechos de las personas, que es impuesta a través de una sentencia condenatoria<sup>42</sup>. Es decir, el COIP prevé que para aplicar cualquier pena como lo es el comiso —pena que restringe los derechos de propiedad dentro del COIP— esta debe ser impuesta a través de una sentencia que se encuentre ejecutoriada y aplicada únicamente sobre los derechos de propiedad de la persona responsable de la infracción. Esto también en concordancia con el artículo 58 *ibídem*.<sup>43</sup>

38 Juan Larrea Holguín, *Manual Elemental de Derecho Civil del Ecuador. Volumen III: Los Bienes y la Posesión*, (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008), 4.

39 William Olmedo Vásquez Chamorro, “Los actos positivos del posesionario y la interrupción del derecho de prescripción en el Ecuador” (Trabajo de Titulación, Universidad Regional Autónoma de los Andes, 2016), 11.

40 Ricardo Vaca Andrade, *Derecho Procesal Penal Ecuatoriano según el Código Integral Penal*. Primera Edición (Quito: Ediciones Legales EDLE S.A., 2015), 150.

41 Artículo 69 numeral 2, COIP.

42 Artículo 51, COIP.

43 Ver Artículo 58, COIP. “Las penas que se imponen en virtud de sentencia firme, con carácter principal o accesorio, son privativas, no privativas de libertad y restrictivas de los derechos de propiedad, de conformidad con este Código”.

En este sentido, en el artículo 54 del COIP se determina que el juez debe individualizar dicha pena para cada persona<sup>44</sup>, lo que reafirma que el comiso se trata de una condena contra la persona penalmente responsable y no contra terceros ajenos al delito.

Tomando en cuenta lo anterior, es necesario recalcar que el comiso forma parte de las penas accesorias, las cuales son dependientes de las penas principales ya que la CNJ ha “[...] reiterado que las penas restrictivas de los derechos de propiedad, son accesorias a las penas privativas de libertad [...]”<sup>45</sup>. Debido a esto, el comiso no puede ser aplicado en caso de que no haya una pena principal que lo acompañe. Este razonamiento sigue la línea de Roxin, quien expresa que la diferencia entre la pena principal y la accesoria: “[...] consiste en que las penas principales pueden imponerse en su caso por sí solas, mientras que las penas accesorias sólo se pueden imponer junto con la condena a una pena principal[...]”<sup>46</sup>.

**Tabla N° 3. Clasificación de Penas**

| Pena Principal                | Penas Accesorias  |
|-------------------------------|---|
| Pena privativa de la libertad | Penas restrictivas de los derechos de propiedad: Multa, Comiso Penal y Destrucción de los instrumentos o efectos de la infracción |

**Fuente:** Elaboración propia a partir de CNJ<sup>47</sup> y COIP<sup>48</sup>.

Albán también considera que las penas accesorias se “[...] aplican en función y dependencia de una pena principal. [...]”<sup>49</sup>. Es por ello que no puede aplicarse el comiso al bien de un tercero que no haya sido condenado por un delito y a quien por lo tanto no se le haya impuesto la pena principal de privación de la libertad.

Es por ello que la primera corriente en la que se determina que el comiso establecido en el COIP no puede ser aplicado a terceros, es acorde con la opinión de Zaffaroni, quien explica que, en el caso del Código Penal argentino, el

44 Artículo 54, COIP.

45 Corte Nacional de Justicia, *Criterios inteligencia y aplicación de la ley. Materias penales*. (Quito: Gaceta y Museo de la CNJ, 2017), 64. [https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion\\_CNJ/criterios/Criterios%20penales.pdf](https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion_CNJ/criterios/Criterios%20penales.pdf)

46 Claus Roxin. *Derecho Penal. Parte General. Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, 41.

47 Corte Nacional de Justicia, *Criterios inteligencia y aplicación de la ley. Materias penales*, 64.

48 Artículo 69, COIP.

49 Ernesto Albán, *Régimen Penal Ecuatoriano Tomo III*, 375.

comiso de los instrumentos del delito procede “[...]a no ser que pertenecieren a un tercero no responsable.”<sup>50</sup>

Del mismo modo, la premisa de que el comiso solo puede ser aplicado a los condenados también va en concordancia con el análisis que Albán realiza sobre el comiso en el COIP, ya que él considera que los bienes que pueden ser comisados deben ser de propiedad del condenado y tener vinculación suficiente con la infracción cometida.<sup>51</sup>

A su vez, Muñoz Conde dentro de su análisis del comiso penal en la legislación española, apoya la premisa de que esta pena no podría ser aplicada a terceros, pues el comiso recae sobre los bienes utilizados para los delitos: “[...] a no ser que pertenezcan a terceros de buena fe que los hayan adquirido legalmente.”<sup>52</sup> Cerrando así, también, la posibilidad de que los bienes puedan ser incautados independientemente de quien sea el titular.<sup>53</sup>

Por tanto, la primera corriente consiste en que el comiso penal como pena accesoria puede aplicarse únicamente a los sentenciados por un delito doloso como pena principal. En consecuencia, no se puede aplicar la pena del comiso a los bienes de terceros que no fueron sentenciados de forma individualizada como partícipes del delito doloso.

## 5.2.2. SEGUNDA CORRIENTE

Como ya se ha explicado, la segunda corriente sugiere que el comiso está dirigido a los objetos que fueron utilizados para cometer el delito, sin importar si son de propiedad de los partícipes de la infracción o de terceros no sentenciados por un delito. Esta corriente establece que es posible aplicar la pena del comiso de bienes a terceros inocentes que jamás fueron sentenciados de forma individual por el cometimiento del delito. Esta corriente fue aplicada, por ejemplo, en un caso sentenciado en 2019 por la CNJ que se analizará en la siguiente sección.

Parte de la doctrina también sigue esta corriente: García sostiene que “[...] es irrelevante que quien sufre el comiso sea autor de la infracción, partícipe o incluso que carezca de responsabilidad penal, ya que las consecuencias accesorias no se encuentran relacionadas con el principio de personalidad”<sup>54</sup>.

50 Eugenio Zaffaroni, Alejandro Alagia y Alejandro Slokar. *Derecho Penal: Parte General*, 738.

51 Ernesto Albán, *Régimen Penal Ecuatoriano* Tomo III, 386.

52 Francisco Muñoz y Mercedes García. *Derecho Penal: Parte General*. Octava edición, 621.

53 *Ibid.*

54 Ramiro García. *Código Orgánico Integral Penal Comentado. Tomo I Arts 1 al 78*, 492.

Sobre la supuesta no aplicación del principio de personalidad, García basa su opinión en Hans-Heinrich Jescheck. No obstante, Jescheck, en su libro, expresa que las penas principales pueden estar bajo determinados requisitos anudadas con las consecuencias accesorias vinculadas con la condición personal del condenado o a los elementos de naturaleza patrimonial<sup>55</sup>. También establece que —bajo la perspectiva de la legislación alemana— el denominado comiso punitivo, el cual es el equivalente del comiso en el COIP, solo puede referirse a bienes que le pertenecen al autor del delito<sup>56</sup>. Por lo tanto, Jescheck no asegura *per se* que el comiso no está regido bajo el principio de personalidad.

Además, Jescheck en su análisis de la legislación penal alemana, sostiene que en determinadas circunstancias, que deben estar definidas por la ley, el comiso puede ser aplicado a los terceros que no fueron participantes de la infracción.<sup>57</sup> Por lo tanto, no es posible aplicar a todos los terceros no procesados, sino que esto debe estar previamente definido en la ley.

En cuanto al principio de personalidad, es necesario recordar que esta es una garantía dentro del ejercicio del poder punitivo, por la que nadie puede ser penado por el hecho de otro<sup>58</sup>. Y que, de acuerdo a los artículos 51, 54 y 58 del COIP, la pena es una restricción de la libertad y derechos de las personas a consecuencia de sus acciones u omisiones que son punibles<sup>59</sup>. Estas deben ser individualizadas para cada persona que sea partícipe de la infracción<sup>60</sup>, ante lo cual Araujo señala que el principio de personalidad de la pena se lo puede “[...] asimilar al de individualización de las penas y del tratamiento, en donde el principal factor de ponderación es la personalidad del infractor para su reinserción social”.<sup>61</sup>

Por ello, las penas que se imponen son principales o accesorias y solo pueden aplicarse individualmente<sup>62</sup> a los ciudadanos que hayan sido condenados a consecuencia del cometimiento de una infracción<sup>63</sup>. Esto último en concordancia con lo expuesto por Albán, quien sostiene que las penas accesorias se aplican en función y dependencia de la pena principal<sup>64</sup>. Ratificando así que las penas

55 Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Tratado de Derecho Penal Parte General*. Quita Edición, (Granada: Comares, 2002), 813.

56 *Ibid.*, 859.

57 *Ibid.*, 860.

58 “principio de personalidad de la sanción” *Diccionario panhispánico del español jurídico, DPEJ*. Disponible en: <https://dpej.rae.es/lema/principio-de-personalidad-de-la-sancion> (Último acceso: 21 de agosto de 2021).

59 Artículo 51, COIP.

60 Artículo 54, COIP.

61 Paulina Araujo Granda, *Consultor Penal-COIP: Actualizado, con doctrina y jurisprudencia*, Cuarta Edición (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019), 510.

62 Artículo 54, COIP.

63 Artículo 58, COIP.

64 Ernesto Albán, *Régimen Penal Ecuatoriano Tomo III*, 375.



accessorias, entre ellas el comiso, dentro del COIP están regidas bajo el principio de personalidad, no permitiendo que a terceros no procesados se les pueda aplicar el comiso de sus bienes.

En conclusión, el comiso regulado en el actual COIP no puede ser aplicado de forma que vulnere el derecho a la propiedad de terceros no procesados, ya que el propio COIP delimita la aplicación de esta pena a los participantes del delito en concordancia con el principio de personalidad de la pena y especifica dos casos en los que puede aplicarse a terceros: cuando el tercero haya obtenido el instrumento del delito a sabiendas de que este fue utilizado para cometerlo, o hayan sido adquiridos con el fin de imposibilitar el comiso de los bienes del condenado.<sup>65</sup>

## 6. ANÁLISIS DE LA JURISPRUDENCIA

Para esta investigación se han seleccionado dos sentencias de la CNJ y una sentencia de la CCE, con el fin de conocer las dos perspectivas de las más altas cortes nacionales y explicar por qué las sentencias a favor de la primera corriente aplican correctamente el comiso dentro de nuestro ordenamiento jurídico, frente a la sentencia que interpreta al comiso de acuerdo con la segunda corriente.

### 6.1. RESOLUCIÓN N°1338-2017

La resolución de la CNJ fue dictada en un recurso de casación interpuesto en contra de la sentencia dictada por la Sala Única Multicompetente de la Corte Provincial de Justicia de Carchi, el 22 de julio de 2016. En esta, se reformó la sentencia de primera instancia, dejando sin efecto el comiso del vehículo utilizado para cometer delito de contrabando, por pertenecer a un tercero no procesado. Se dispuso la entrega del vehículo a este último y que el condenado pague una multa adicional conforme lo previsto por el artículo 69 numeral 2 inciso segundo del COIP.<sup>66</sup>

La Corte determinó que la CR establece en el artículo 76 que las personas en cualquier proceso en el que se le determinen derechos u obligaciones gozarán de garantías básicas<sup>67</sup>. Por lo tanto, “[...] si es que se quisiese impo-

65 Artículo 69 numeral 2 literal f, COIP.

66 Resolución N° 1338-2017, Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala Especializada en lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, 14 de agosto de 2017, pág. 1 y 2.

67 Ibid., pág. 6 y 7.

nerse una sanción penal a José Choloquina [el tercero] de manera válida, no debería existir vulneración a ninguna de las mentadas garantías [...]”<sup>68</sup>, como es la presunción de inocencia la cual solo se desvanece con sentencia ejecutoriada, que no existía en contra del tercero sino en contra del autor del delito de contrabando, única persona sentenciada en este caso<sup>69</sup>.

Asimismo, la CNJ menciona que de acuerdo al artículo 76 de la CR, de imponerse una pena restrictiva del derecho de propiedad se vulneraría el derecho a ser juzgado ante autoridad competente y conforme al procedimiento pertinente, lo que no sucedió dentro de este caso ya que el tercero, como dueño del vehículo, no fue procesado<sup>70</sup>. Además, se vulneraría el derecho a la defensa previsto dentro del mismo artículo “[...] que prohíbe privar del derecho a la defensa a las personas en cualquier [...]”<sup>71</sup> etapa del procedimiento.

También, la CNJ recuerda que, en anteriores resoluciones ha dispuesto que el principio de culpabilidad obliga a medir los actos que cada ciudadano comete, por lo cual no le corresponde al juez centrarse en las actuaciones de otras personas que no son sujetos procesales, ya que esto ampliaría el objeto dentro del proceso a hechos que no fueron introducidos previamente en las instancias correspondientes<sup>72</sup>. Con ello la Corte resuelve que sería imprudente:

[...] discutir sobre la responsabilidad penal de José Choloquina [el tercero] en el presente expediente, menos aún resulta prudente imponerle una sanción que limitaría ilegítimamente su patrimonio, al no haberle permitido siquiera proponer los medios de defensa que constitucionalmente se le reconocen, en aras de impedir tal efecto jurídico.<sup>73</sup>

Es necesario recalcar que la CNJ considera que todos los puntos abordados en esta resolución, dentro del ámbito penal, coinciden en el principio de personalidad de la pena, que de acuerdo a Fleming consiste en que no se pueden derivar las consecuencias penales en una persona diferente de la que comete el hecho<sup>74</sup>. Por lo cual concluye que “[...] resulta imposible hacer recaer la sanción de comiso sobre José Choloquina [el tercero], pues ello sería extenderle la responsabilidad penal individual de

---

68 Ibid.

69 Ibid.

70 Ibid., pág. 7.

71 Ibid.

72 Ibid., pág. 7 y 8.

73 Ibid.

74 Ibid., pág. 8.

Jefferson Calderón sin proceso penal, defensa ni sentencia condenatoria que lo haya declarado culpable [...]”.<sup>75</sup> Lo señalado por la Corte apoya la primera corriente, en el sentido que el comiso está regido por el principio de personalidad de la pena y por lo tanto no cabe aplicar la segunda corriente.

De forma interesante, la Sala considera que el legislador ya ha planteado como solución que en los casos como el presente, en los que no es posible comisar el bien, el artículo 69 numeral 2 segundo inciso del COIP prevé que el juez dispondrá el pago de una multa de idéntico valor al objeto que no se pudo comisar.<sup>76</sup>

De acuerdo a lo expuesto, este caso aplicó la primera corriente al resolver que no es posible comisar un bien perteneciente a un tercero porque este no es parte procesal ni es acusado por parte de fiscalía de participar de forma alguna en el delito y, de hacerlo, se estaría restringiendo de forma ilegítima el patrimonio del tercero inocente y consecuentemente su derecho a la propiedad.

## 6.2. RESOLUCIÓN N°1256-2019

El presente caso fue seleccionado por su polémica dentro del Ecuador. Este consistió en el cometimiento del delito contra la flora y la fauna silvestre por el transporte de varias especies marinas protegidas dentro del Parque Nacional Galápagos (en adelante PNG) por una embarcación de bandera china en 2017. El tribunal de primera instancia ordenó como pena el comiso de la embarcación, la que en sentencia de apelación fue revisada, en vista de que la empresa propietaria de la embarcación no se encontraba como parte procesal y dispuso el pago adicional de una multa a cambio de regresar la misma a su propietario.<sup>77</sup>

No obstante, la CNJ casó la sentencia fundamentándose en que hubo un error de interpretación en cuanto al artículo 69 numeral 2 del COIP por parte de los jueces de apelación<sup>78</sup>, porque según la CNJ los requisitos para la aplicación del comiso son que “[...] el delito sea doloso y que, a su vez, el instrumento o el medio que haya sido utilizado para el cometimiento del delito sirva como nexo causal para la consumación del mismo”.<sup>79</sup> De

---

<sup>75</sup> Ibid.

<sup>76</sup> Ibid.

<sup>77</sup> Resolución N° 1256-2019, Corte Nacional de Justicia del Ecuador, Sala Especializada en lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito, 18 de julio de 2019, pág. 2, 3 y 4.

<sup>78</sup> Ibid., párr. 4.2.5.

<sup>79</sup> Ibid., párr. 4.2.3.

esta forma, la Corte no tomó en cuenta si la titularidad del bien pertenece a un tercero y se limitó a analizar el uso de instrumento para el delito que se le daba al bien.

Esto último porque la CNJ sostiene que la embarcación fue utilizada para transportar las especies marinas dentro del PNG<sup>80</sup>, por lo que “[...] no cabe duda alguna que el mentado buque sirvió como medio para el cometimiento del delito”.<sup>81</sup> Tomando en cuenta estas razones, la Corte dispuso el comiso de la embarcación.<sup>82</sup>

Con respecto a esta resolución, se ha logrado apreciar que dentro de la CNJ existen dos interpretaciones contrapuestas, ya que como se ha podido apreciar en este caso, la Corte considera que para aplicarse el comiso solo deben cumplirse dos requisitos: primero, que sea un delito doloso y segundo, que el instrumento tenga un nexo causal para el cometimiento del delito. Sin embargo no toma en cuenta que la propiedad de la embarcación no les correspondía a los tripulantes sino a un tercero, la empresa propietaria, quien no fue parte procesal y no pudo defenderse en el marco del debido proceso. Se puede apreciar que esta sentencia no analiza integralmente el COIP<sup>83</sup> en conjunto con la CR para llegar a su decisión, aplicando la segunda corriente.

### 6.3. SENTENCIA NO. 1916-16-EP/21

La presente sentencia fue seleccionada en vista de que durante la investigación de casos, es la primera y única sentencia expedida por la CCE sobre el comiso penal con el actual COIP. Dicho caso trata de una acción extraordinaria de protección, presentada ante la CCE en contra de la sentencia dictada por la Corte Provincial de Carchi<sup>84</sup>, una vez que la CNJ no aceptó el recurso de casación interpuesto<sup>85</sup>.

El presente análisis, se centrará en el comiso del vehículo perteneciente al señor Joffre Aleancastro, quien falleció durante un operativo policial de control de contrabando. A pesar de no haber sido procesado, se incautó el vehículo que era de su propiedad y que, tras haber fallecido, pasó a manos de su viuda como representante legal del niño JJAI, quien ante el tribunal de primera instancia presentó la posesión efectiva de los bienes heredados,

80 Ibid., párr. 4.2.4.

81 Ibid.

82 Ibid., pág. 14.

83 Ver Artículo 13, COIP

84 Sentencia No. 1916-16-EP/21, Corte Constitucional del Ecuador, 28 de abril de 2021, párr. 12.

85 Ibid., párr. 11.

entre los cuales se encontraba el vehículo en cuestión, e indicó que dicho vehículo no se podía incautar al no existir proceso penal instaurado en su contra o de su esposo.<sup>86</sup>

Sin embargo, tanto en primera instancia, así como en apelación, se le negó la posibilidad de devolverle el automotor de su propiedad. El tribunal de garantías penales aceptó la tesis de que el vehículo fue el instrumento que se utilizó para cometer el delito. Del mismo modo, el tribunal de apelación señaló que la solicitud de la viuda de Aleancastro no procedía de acuerdo con el artículo 69 numeral 2 del COIP que regula el comiso.<sup>87</sup>

Por lo tanto, la CCE en el análisis constitucional del caso determinó que se vulneró el derecho a la defensa de la viuda y su hijo dentro del proceso penal, porque “[...] el auto de llamamiento a juicio determinó la incautación del vehículo [...]”<sup>88</sup> pero, “[...] sin que durante la etapa de evaluación y preparatoria de juicio pueda ejercer su derecho a la defensa, puesto que no participó del proceso, no pudo preparar su defensa ni fue escuchada previo a la emisión de ese acto procesal”.<sup>89</sup>

Igualmente, a pesar de que la accionante presentó un escrito al tribunal de primera instancia sobre sus pretensiones respecto al camión incautado y este fuera contestado por el tribunal indicando que el pedido sería atendido al momento de resolver, el tribunal no le permitió participar en la audiencia de juicio y tampoco se pronunció sobre el escrito de la accionante al momento de resolver, limitando de esta forma a la accionante<sup>90</sup> en su “derecho a la defensa, puesto que sus alegaciones, si bien fueron receptadas por el tribunal, no fueron atendidas de modo alguno”.<sup>91</sup>

Además, la CCE observó que el tribunal de primera instancia pese a conocer la solicitud de la accionante, no la consideró al momento de expedir su sentencia, y solo se limitó a recalcar que el vehículo fue utilizado para perpetrar el delito<sup>92</sup> “[...] sin explicar la pertinencia de comisar un vehículo ajeno a las personas procesadas, cuanto más, las normas procesales no determinaban esta posibilidad, [...]”.<sup>93</sup> Por lo tanto, la CCE encontró una vulneración al debido proceso en cuanto a la motivación de la sentencia, como al derecho a la seguridad jurídica.<sup>94</sup>

---

86 Ibid., párr. 1 y 3.

87 Ibid., párr. 4, 5 y 8.

88 Ibid., párr. 44 y 47.

89 Ibid.

90 Ibid., párr. 45.

91 Ibid.

92 Ibid.

93 Ibid.

94 Ibid., párr. 52.

La Corte menciona también que el comiso es una pena que “recae sobre el derecho de propiedad (bienes) de las personas responsables del cometimiento de una acción u omisión penalmente reprimida”.<sup>95</sup> Con este precedente, la Corte argumenta que no se inició ninguna acción penal contra Aleancastro, por lo cual “[...] no podía soportar una pena sobre sus bienes [...]”.<sup>96</sup> Tampoco se inició acción penal alguna en contra de la accionante o su hijo que determine responsabilidad alguna en el delito, “[...] por lo que la consideración del comiso penal efectuado en contra del bien de la accionante y su hijo vulnera el derecho a la seguridad jurídica [...]”<sup>97</sup> y que además se “[...] podría generar una vulneración a un derecho constitucional distinto, siendo este el derecho a la propiedad”.<sup>98</sup>

Esto último, va en concordancia con lo expresado anteriormente por la CCE, la cual ha señalado que el comiso es “[...] una pena restrictiva del derecho a la propiedad cuyo objeto es excluir del patrimonio del sentenciado los bienes, fondos o activos que hubieran sido utilizados para la comisión de la infracción penal o que provengan de esta. [...]”.<sup>99</sup> Y que el comiso se “[...] impone una vez demostrada la culpabilidad, es decir, como consecuencia jurídica de una acción u omisión penalmente reprimida [...]”.<sup>100</sup> Lo cual ratifica que la pena se impone solo a los bienes de los sentenciados por un delito, conforme a la primera corriente.

Adicionalmente la CCE considera que, previo a la reforma del COIP en 2019, no cabía la posibilidad de comisar bienes de terceras personas, sino que este estaba limitado a sancionar los derechos de propiedad de los partícipes de un delito tipificado<sup>101</sup>. Actualmente, la Corte considera que, desde la reforma en 2019<sup>102</sup>, ya se delimitan los casos en que a una tercera persona se le pueden comisar sus bienes<sup>103</sup>.

En cuanto a la vulneración del derecho a la propiedad, la CCE afirma que el Estado, en base a los artículos 321 y 323 de la CR, reconoce las diversas formas de propiedad y en conjunto la capacidad de declaratoria de expropiación y la prohibición de confiscación<sup>104</sup>. Sin embargo, a pesar de que el derecho a la propiedad se encuentra garantizado por la CR y la ley, “[...] el mismo no es absoluto, y podría ser restringido únicamente cuando se declare la utilidad pública o el interés social de un bien, previa justa valoración e indemnización, de conformidad con la ley y garantizando el debido proceso”.<sup>105</sup>

95 Ibid., párr. 58.

96 Ibid.

97 Ibid.

98 Sentencia No. 1916-16-EP/21, párr. 58.

99 Dictamen No. 4-19-OP/19, Corte Constitucional del Ecuador, 26 de noviembre de 2019, párr. 11.

100 Ibid.

101 Sentencia No. 1916-16-EP/21, párr. 61.

102 Artículo 69 numeral 2 literal f, COIP.

103 Sentencia No. 1916-16-EP/21, párr. 61.

104 Ibid., párr. 63.

105 Ibid.

La Corte también indicó que a pesar de que no le corresponde analizar la correcta interpretación de la norma penal, en este caso el artículo 69 numeral 2 —la cual es facultad privativa de los jueces en la justicia ordinaria— se verificó que el bien comisado no le pertenecía al sentenciado en la causa, sino que pertenecía a una tercera persona no procesada, quien en consecuencia no pudo participar en la causa<sup>106</sup>. Por ello, las sentencias de primera y segunda instancia atribuyeron “[...] las consecuencias jurídicas por el cometimiento de una infracción penal a la propietaria del vehículo, quien no fue procesada ni declarada responsable del hecho delictivo, generando una privación injustificada de la propiedad”<sup>107</sup>, lo que además terminó vulnerando “[...] los derechos a la seguridad jurídica y al debido proceso en la garantía de motivación acarreado también la vulneración del derecho a la propiedad”.<sup>108</sup>

Sobre esta sentencia, se puede observar que la CCE adopta la primera corriente, en vista de que considera improcedente comisar un bien de propiedad de un tercero que no fue procesado ni declarado culpable dentro de un proceso penal. Del mismo modo determina que el comiso es una pena que solamente recae en los bienes de las personas que cometieran una acción u omisión penalmente tipificada, esto añadiendo que debe ser únicamente en un delito doloso. Dentro de este caso, la Corte permite verificar que si un tribunal comisa un bien de un tercero no procesado, se estaría privando de manera injustificada, al no seguir el debido proceso estipulado en la ley, vulnerando de esta forma su derecho a la propiedad.

La Corte recalca que para restringir el derecho a la propiedad se debe cumplir el debido proceso estipulado previamente en una ley, ya que se estaría afectando injustificadamente este derecho al no estar contemplado el comiso de bienes a terceros no procesados de forma explícita en la ley.

A pesar de que esta sentencia apoya la hipótesis inicial de que el comiso penal vulnera el derecho a la propiedad al aplicárselo a terceros inocentes, la misma no zanja por completo el debate. Esto en vista de que la CCE ha admitido a trámite una acción extraordinaria de protección en contra de una sentencia que ordenó el comiso de un vehículo perteneciente a un tercero no procesado dentro de un delito de contrabando, que hasta el día de hoy continúa sustanciándose<sup>109</sup>, lo cual demuestra la actualidad del problema y cómo esto puede seguir sucediendo mientras no haya una reforma.

106 Ibid., párr. 66.

107 Ibid.

108 Ibid., párr. 68.

109 Auto de Admisión Caso N°. 2648-18-EP, Corte Constitucional del Ecuador, 30 de mayo de 2019, párr. 1, 2, 3 y 14.



## 7. DERECHO A LA PROPIEDAD

Una vez analizada la jurisprudencia sobre el comiso penal, es menester hacer un análisis junto al derecho a la propiedad, ya que el comiso es en sí una pena restrictiva del derecho a la propiedad reconocido y garantizado por la Constitución y el Pacto de San José. En tal virtud es necesario analizar jurisprudencia del sistema interamericano acerca de la restricción de este derecho.

### 7.1. CONSTITUCIÓN DEL ECUADOR Y EL PACTO DE SAN JOSÉ

El derecho a la propiedad se encuentra reconocido por el artículo 66 numeral 26 y 321 de la CR, disposiciones que garantizan la propiedad en todas sus formas<sup>110</sup>, ya sea pública, privada, comunitaria, estatal, asociativa, cooperativa o mixta; las cuales deberán cumplir una función social y ambiental<sup>111</sup>. La función social y ambiental de la propiedad es la que delimita el derecho, siendo el Estado quien define esos límites.

El Pacto de San José en el artículo 21 establece que todo ciudadano tiene derecho a usar y gozar de sus bienes, ante los cuales el Estado solamente podrá subordinar o limitar su uso y goce al interés social, únicamente a través de la ley. Esto va en concordancia con lo manifestado por la CCE, la que ha señalado que en los casos que se prive del derecho a la propiedad a una persona, esta deberá realizarse de conformidad con las formas y condiciones establecidas en la Constitución y la ley<sup>112</sup>. De no seguir dichos parámetros, el Estado se encontraría confiscando el bien de su propietario, algo que expresamente está prohibido en el artículo 323 de la CR.<sup>113</sup>

Bajo esta premisa, y en aplicación del principio de reserva de ley<sup>114</sup>, el Estado debe expedir una ley siguiendo los parámetros establecidos en la CR. Esto quiere decir que, al regular el comiso penal, el Estado restringe el derecho a la propiedad con el fin de proteger la integridad y seguridad de la ciudadanía, atendiendo así el bienestar colectivo.

No obstante, el legislador al expedir una ley que regule el comiso debe cerciorarse de que los límites que determine en la ley deben ser estrictamente necesarios para no vulnerar el derecho a la propiedad. Esto en observancia

110 Artículo 26, Constitución de la República del Ecuador.

111 Id., Artículo 321.

112 Sentencia No. 146-14-SEP-CC, pág. 27.

113 Artículo 323, Constitución de la República del Ecuador.

114 Ver Artículo 132 y 133, Constitución de la República del Ecuador.

al principio de legalidad en materia penal, que de acuerdo con Muñoz “radica en que no puede sancionarse ninguna conducta ni imponerse pena alguna que no se encuentre establecida en la ley”.<sup>115</sup> Por ello, la pena del comiso tiene que estar contenida previamente en una ley orgánica que regule, claramente, la aplicación del comiso: se trata de la garantía material del principio de legalidad, asociada al derecho a la seguridad jurídica<sup>116</sup>.

En este sentido, Muñoz Conde expone que la garantía penal forma parte del principio de legalidad de los delitos y las penas<sup>117</sup> y que consiste en que “[...] a las conductas delictivas no pueden aplicárseles penas distintas de las que están previstas en la ley [...]”.<sup>118</sup> Esta garantía actúa en el “[...] momento de la definición legal de las penas y en el de la decisión sobre responsabilidad penal y la pena aplicable [...]”.<sup>119</sup> Lo cual demuestra que el comiso no puede aplicarse a terceros no procesados en vista de que esta solo se puede utilizar con los partícipes sentenciados por el delito de acuerdo al COIP. Asimismo, esta garantía debe ser determinada al momento de definir la pena del comiso en la ley y al momento de aplicarla.

Esto va conforme a lo señalado por Echeverría quien sostiene que cuando se está en el debate legislativo se debe recordar que hay un “mandato de certeza”<sup>120</sup> que debe cumplirse. Araujo menciona, a su vez, que la “ley penal clara, autónoma y unívoca es uno de los elementos legitimantes del poder punitivo”<sup>121</sup>, por lo tanto la pena del comiso debía cumplir con la certeza y claridad necesaria para evitar que el poder punitivo del Estado se extralimite, que conforme al artículo 1 del COIP establece que el mismo Código tiene como fin normar el poder punitivo del Estado<sup>122</sup>, para evitar que exista arbitrariedad por parte del Estado al momento de aplicarlo y de esta forma proteger los derechos y garantías contenidos en la CR.

Aquello es acorde a lo expuesto por Zambrano, quien sostiene que la función más importante de los jueces y el propio derecho penal, es buscar los mecanismos necesarios para evitar un ejercicio abusivo del poder punitivo, y utilizarlos para contener y reducir este poder con el fin de consolidar el

115 Francisco Muñoz Conde y Mercedes García Arán. *Derecho Penal: Parte General*, Décima Edición, 89.

116 Francisco Muñoz y Mercedes García. *Derecho Penal: Parte General*, Décima Edición, 95 y 102.

117 Ibid.

118 Ibid., 92.

119 Ibid., 90.

120 Facultad de Derecho de la Universidad de los Hemisferios, “Jornadas de Derecho UHE”, Vídeo de Facebook, 1:43:00, publicado el 9 de junio de 2021, <https://www.facebook.com/derecho.uhe/videos/489658158984246>

121 Paulina Araujo, Derecho Penal, “Tomo I Principio de legalidad penal de la Colección Derecho Penal, Teoría de la legislación y dd.hh.”, Vídeo de Youtube, 5:20, publicado el 6 de enero de 2021, <https://www.youtube.com/watch?v=cD99KN3U6U>

122 Artículo 1, COIP.

Estado constitucional y el Estado de derecho<sup>123</sup>. Dentro de esta misma idea Muñoz Conde ha destacado que el poder punitivo del Estado debe descansar sobre las ideas de las personas de obtener una paz social justa que ampare derechos y seguridad personal “[...] que evite despotismos y arbitrariedades [...]”.<sup>124</sup> Además, Muñoz Conde ha expresado que el principio de legalidad es:

[...] el principal límite impuesto por las exigencias del Estado de Derecho al ejercicio de la potestad punitiva e incluye una serie de garantías para los ciudadanos que genéricamente pueden reconducirse a la imposibilidad de que el Estado intervenga penalmente más allá de lo que le permite la ley.<sup>125</sup>

Por lo tanto el Estado, a través de la ley penal y bajo el principio de legalidad, debe verse limitado en su poder punitivo para evitar la vulneración de los derechos. Ya que actualmente el artículo 69 del COIP es vago con respecto a la titularidad de los bienes comisables, lo cual termina restringiendo de forma ilegítima el derecho a la propiedad de terceros no procesados al ver comisados sus bienes a pesar de no ser condenados por el delito. Por ello, es necesario una reforma en la cual debe definirse en la ley los bienes que pueden ser comisados, de forma clara.

## 7.2. JURISPRUDENCIA DE LA CORTE IDH

Conforme a la jurisprudencia emitida por la Corte IDH, para establecer el comiso conforme al principio de legalidad, es necesario expedir una ley orgánica<sup>126</sup>, en vista de que al imponer una “[...] pena cuya aplicación suponga la restricción de un derecho fundamental [...]”<sup>127</sup> afecta al ejercicio de un derecho<sup>128</sup>, por lo cual debe ser regulado mediante ley orgánica de acuerdo a la CR<sup>129</sup>.

En este sentido, la Corte IDH dentro del caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador, sostiene que el derecho a la propiedad puede ser restringido mediante medidas proporcionales que garanticen este derecho individual, que tengan como fin la prevalencia del bien común y los derechos colectivos<sup>130</sup>. Esto permite ver que

123 Alfonso Zambrano Pasquel. *Derecho Penal Parte General. Fundamentos del Derecho Penal y Teoría del Delito*. (Ecuador: Murillo Editores, 2017), pág. 124.

124 Francisco Muñoz y Mercedes García. *Derecho Penal: Parte General*, Décima Edición, 63.

125 *Ibid.*, 89.

126 Artículo 132 y 133, Constitución de la República del Ecuador.

127 Francisco Muñoz y Mercedes García. *Derecho Penal: Parte General*, Décima Edición, 94.

128 *Ibid.*

129 Artículo 132 y 133, Constitución de la República del Ecuador.

130 Caso Salvador Chiriboga vs. Ecuador. Excepción Preliminar y Fondo, 6 de mayo de 2008, párr. 60.

siempre que se quiera restringir el derecho a la propiedad, como en el caso de la pena del comiso, se debe realizar mediante medidas proporcionales con el fin de no vulnerar el derecho a la propiedad.

Esto último va en concordancia con lo expuesto en el mismo caso por la Corte, que considera que para que el Estado satisfaga de forma legítima el interés social y que a la vez exista un equilibrio con el interés particular que va a afectar, debe utilizar medios proporcionales para vulnerar lo menos posible el derecho a la propiedad de la persona a quien va dirigida esa restricción<sup>131</sup>.

Por lo tanto, el comiso establecido en el COIP debió y debe necesariamente ser configurado de forma que a través de medidas proporcionales se limite su aplicación a los responsables del delito. Esto siguiendo el pronunciamiento de la Corte en el mismo caso, que indica que no es suficiente que toda restricción al derecho a la propiedad conste únicamente en una ley como una formalidad, sino que “[...] esa ley y su aplicación deben respetar el contenido esencial del derecho [...]”.<sup>132</sup>

Del mismo modo, la Corte señala que toda restricción a este derecho debe ser de carácter excepcional, lo cual significa que toda medida que restrinja el derecho debe ser necesaria y cumplir un objetivo legítimo que es el bien común dentro de una sociedad democrática<sup>133</sup>. Dicho bien común, al ser invocado como fundamento para restringir derechos humanos, debe ser interpretado de forma “[...] estrictamente ceñida a las ‘justas exigencias’ de ‘una sociedad democrática’ que tenga en cuenta el equilibrio entre los distintos intereses en juego [...]”.<sup>134</sup>

Con lo antes mencionado, se puede asegurar que el legislador al configurar el comiso dentro del COIP debió tomar en cuenta la excepcionalidad y el respeto al contenido esencial del derecho a la propiedad, determinando de forma clara los bienes que pueden ser sujetos al comiso, para de esta forma no vulnerar el derecho a la propiedad de terceros no participes del delito. Es necesario por parte del legislador encontrar ese equilibrio necesario entre la restricción para proteger la seguridad de la ciudadanía y el respeto al derecho a la propiedad de los ciudadanos.

---

131 Ibid., párr. 63.

132 Ibid., párr. 65.

133 Ibid.

134 Ibid., párr. 75.

## 8. CONCLUSIONES

En conclusión, se ha comprobado que el artículo 69 numeral 2 del COIP que regula el comiso penal, vulnera el derecho a la propiedad. Confirmando también que la primera corriente planteada en la presente investigación es la más coherente a aplicarse a nuestra legislación. Además de exponer el por qué la segunda corriente no podría ser aplicable dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano, realizando para ello un análisis constitucional de la ley penal, complementada con la doctrina tanto nacional como internacional y de la jurisprudencia tanto nacional como de la Corte IDH.

Esta investigación permitió comprobar que la ambigüedad del COIP ha derivado en el comiso de bienes de propiedad de terceros no procesados, vulnerando su derecho a la propiedad, debido a que a estos terceros no se los juzga a través de un debido proceso establecido previamente en la ley y porque no cumplen con el requisito de aplicación de la pena prevista en los artículos 51 y 54 del COIP, que consiste en que únicamente se pueden aplicar las penas previstas a las personas a quienes se les haya impuesto una sentencia condenatoria ejecutoriada, lo cual va en concordancia con el principio de personalidad de la pena. Este análisis integral al COIP permitió identificar que el comiso debe aplicarse tomando en cuenta las demás disposiciones referentes a la aplicación de la pena y no de manera aislada.

El análisis de la legislación histórica dejó ver que en Ecuador el comiso penal desde 1871 se ha aplicado a los partícipes del delito, lo cual solamente cambió con el COIP. A su vez la doctrina contribuyó con la investigación al comprobar que la mayoría de juristas, tanto nacionales como extranjeros, sostienen que el comiso debe ser aplicado solo a los procesados del delito, exceptuando a terceros en ciertos casos que deben estar prescritos en la ley.

En cuanto a la jurisprudencia, esta fue muy útil, ya que se logró apreciar que la CNJ ha aplicado el comiso de forma contradictoria, lo que evidencia un problema en cuanto a la interpretación y aplicación de esta pena. Además, la sentencia de la CCE permite entender que dicha pena aplicada a terceros no procesados vulnera el derecho a la propiedad entre otros derechos adicionales, lo cual contribuyó a comprobar la hipótesis de este ensayo. Asimismo, la jurisprudencia utilizada de la Corte IDH permitió demostrar que el Estado tiene que restringir lo menos posible el derecho a la propiedad utilizando medios proporcionales que ponderen tanto el derecho afectado y la protección del interés social, lo cual no sucedió al momento de configurar el comiso penal en el COIP.

Además, se identificó que el comiso regulado en el COIP no cumple con el principio de legalidad, en vista de que no se encuentra delimitado de forma

clara el ámbito de la pena, llegando esta a afectar el derecho a la propiedad de forma ilegítima a los terceros no procesados.

Dado que la extensión del presente ensayo no permite desarrollar otros derechos que el comiso podría vulnerar, se sugiere realizar nuevas investigaciones sobre posibles vulneraciones al derecho de la defensa y al debido proceso derivadas del comiso de bienes de terceros, las que fueron brevemente observadas a lo largo de la presente investigación, ya que no fueron su objeto central.

Finalmente, a partir del estudio y análisis realizado, se recomienda a la Asamblea Nacional del Ecuador, reformar el artículo 69 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal, en el que establezca que el comiso penal recae sobre los bienes cuando estos son instrumentos utilizados para el cometimiento de un delito, siempre que sean de propiedad de los autores o cómplices del mismo, para de esta forma, evitar interpretaciones contrarias a la naturaleza jurídica de esta pena.



**PUENTE &  
ASOCIADOS**  
ESTUDIO JURÍDICO

- > **LABORAL**
- > **TRIBUTARIO**
- > **CORPORATIVA Y SOCIETARIO**
- > **PROPIEDAD INTELECTUAL**
- > **PROCESAL Y JUDICIAL**
- > **COMPETENCIA**
- > **MINERÍA**

**#SiempreCerca**



secretaria@puenteasociados.com



www.puenteasociados.com



—  
WE ARE  
LATIN  
AMERICA

## Experiencia

Somos una firma de abogados con  
**120 años de experiencia con presencia en  
América Latina, Estados Unidos y Europa.**

Contamos con una posición única para  
asesorar a empresas, familias y personas.

VIVANCO & VIVANCO  
WE ARE LATIN AMERICA



[vivancoyvivanco.com](https://vivancoyvivanco.com)



[vivancoyvivanco](#)



# La Preterintención: ¿Es necesaria en la legislación penal ecuatoriana?

## *The Preterintention: Is it necessary in Ecuadorian criminal law?*

ANDRÉS SEBASTIÁN CEVALLOS ALTAMIRANO\*

**Recibido / Received:** 31/03/2022

**Aceptado / Accepted:** 18/05/2022

**DOI:** <https://doi.org/10.18272/ulr.v9i2.2504>

**Citación:**

Cevallos Altamirano A. S. «La preterintención: ¿es necesaria en la legislación penal ecuatoriana?». *USFQ Law Review*, Vol 9, no 2, octubre de 2022, pp. 143 - 171, doi: 10.18272/ulr.v9i2.2504

---

\* Abogado por la Universidad Técnica de Ambato UTA, Ambato 180207, Tungurahua, Ecuador, Correo electrónico: acevallos1603@uta.edu.ec ORCID iD: <https://orcid.org/0000-0003-2767-4315>

## RESUMEN

La legislación penal ecuatoriana reconoce tres formas subjetivas del tipo: dolo, culpa y preterintención. Esta última es una mezcla de las dos primeras, las cuales generan duda sobre su autonomía jurídica. En este análisis, se estudia a la preterintención desde sus orígenes hasta sus problemas actuales, los cuales se dan en dos niveles: a) en la parte general y b) en la parte especial de ciertos delitos confundidos con delitos cualificados por el resultado. De ahí que se concluye que la preterintención vulnera el principio de culpabilidad y legalidad, siendo necesaria su supresión del Código Orgánico Integral Penal, y solucionar con un concurso ideal de delitos.

## PALABRAS CLAVE

Tercera forma de culpabilidad, preterintención, concurso ideal de delitos, destipificación, Código Orgánico Integral Penal.

## ABSTRACT

*Ecuadorian criminal law recognizes three subjective forms of the type: fraud, guilt and preterintention. The latter is a mixture of the first two, which cast doubt on its legal autonomy. Preterintention is studied from its origins to its current problems. The problem with preterintention occurs at two levels: a) In the General Part and b) In the special part of certain crimes confused with crimes qualified by the result. Hence, it is concluded that preterintention violates the principle of culpability and legality, making it necessary to declassify it from the Criminal Code and solve with an ideal concurrence of offenses*

## KEYWORDS

*Third form of guilt, preterintention, Concurrence of offenses, destypification, Criminal Code.*

## 1. INTRODUCCIÓN

A lo largo de la historia del derecho penal, han sido varios los dogmáticos que han debatido y han tratado de resolver de la manera más justa los casos donde existe un desacuerdo entre la intención del autor delictivo y el resultado. En un primer término, la preterintención significa “más allá de la intención” o “*praeter intentionem*”.<sup>1</sup> Desde un punto de vista etimológico, “preter” viene de la proposición en latín “*praeter*” —más allá— e “intención”, de “*intentio-onis*” o “*intentionem*”, —propósito o intención—.<sup>2</sup>

Sobre el particular, Mezger realiza una definición argumentando que existe preterintención cuando una persona causa un daño con el *animus nocendi*, siendo responsable por el resultado que su acción ha causado.<sup>3</sup> En este sentido, de acuerdo con estas afirmaciones, la preterintención podría considerarse como un supuesto especial donde la conducta del autor sobrepasa su intención. Someramente, la preterintencionalidad ya se encontraba presente en civilizaciones primitivas<sup>4</sup>, donde vinculaban la responsabilidad a la causalidad material, excluyendo a la culpa anterior<sup>5</sup> y haciendo prevalecer el principio de responsabilidad por el resultado. Sin embargo, esta se hizo notoriamente más visible en la época clásica del Derecho Romano, para después tomar fuerza en la Edad Media.<sup>6</sup> Es así que en el siglo XVI la preterintencionalidad comenzó a positivarse del *versari in re illicita*.<sup>7</sup>

En ese marco, Martos puntualiza que la responsabilidad del *versari*, sujeto, es propia del Derecho Canónico concluyendo una responsabilidad por el resultado.<sup>8</sup> En otras palabras, si el agente ejecuta una conducta ilícita entonces todo resultado es imputable, incluso si aquella se deriva de un hecho accidental.<sup>9</sup> Similarmente, en la dogmática clásica italiana, Carrara argumentaba que la preterintención es una subclase de *dolus*, donde existe una particular degradación de imputabilidad. Empero, la fórmula que adopta es la culpa mezclada de dolo (*colpa informata a dolo*).<sup>10</sup> Al mismo tiempo, Florian razona y la cataloga como un dolo indirecto.<sup>11</sup>

1 “Preterintencionalidad”, Diccionario panhispánico del español jurídico, Madrid: *Real Academia Española*. (4 de agosto de 2021), <https://dpej.rae.es/lema/preterintencionalidad>. Ver, Gaceta Judicial 5, Corte Suprema de Justicia de la República del Ecuador, Sala de Casación, 11 de mayo de 1979, párr. 1.

2 Rafael Bielsa, *Los conceptos jurídicos y su terminología*. (Buenos Aires: Depalma, 1993), 111.

3 Edmund Mezger, *Derecho Penal: Parte General*. (Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina S.R.L, 1958), 231

4 Jorge Eduardo Buompadre, *Derecho Penal. Parte Especial -Tomo I*, (Buenos Aires: ConTexto, 2003), 160-161.

5 Juan Antonio Martos Núñez, “La Preterintencionalidad”, *Revista de Derecho Penal y Criminología* 3, (1993): 554.

6 Buompadre, *Derecho Penal. Parte Especial -Tomo I*, 160-161.

7 Martos, “La Preterintencionalidad”, 554.

8 También conocido como: *versanti in re illicita imputantur omnia, quae sequuntur ex delicto*

9 Georg Küpper, *Der «unmittelbare» Zusammenhang zwischen Grunddelikt und schwerer Folge beim erfolgsqualifizierten Delikt*, 1.a ed. (Berlín: Duncker & Humblot, 1982), 14-20.

10 Francesco Carrara, *Curso de Derecho Criminal: Parte General-Tomo I*, trad. Octavio Bécche y Alberto Gallegos (San José de Costa Rica: Editorial Jurídica Continental, 2000), 155.

11 Eugenio Florian, *Parte general del Derecho penal* (La Habana: La Propagandista, 1929).

Así pues, el carácter polimorfo de la preterintencionalidad abarca diversas teorías clásicas: la preterintención como un delito cualificado por el resultado, dolo preterintencional, combinación de dolo y culpa<sup>12</sup>, o a su vez, *dolus indirectus, generalis* y *culpa dolo determinata*<sup>13</sup>. Todas estas, dotadas de significados jurídico-penales diferentes. Posteriormente, el Código Penal Italiano<sup>14</sup> utilizó a la preterintencionalidad como una tercera forma de culpabilidad. El Código Penal Español, como una circunstancia atenuante<sup>15</sup>. En Alemania, de forma tradicional, como delitos cualificados por el resultado<sup>16</sup>. Y en Ecuador, al igual que en Italia, es añadida como un elemento subjetivo del tipo adyacente al del dolo y la culpa<sup>17</sup>.

A raíz de lo mencionado, la utilización de estructuras típicas casualistas — como la preterintención— produce varios problemas de aplicación. Para Mir Puig el problema con la preterintencionalidad se da en dos niveles: a) en la parte general, en sentido estricto, y b) en la parte especial de ciertos delitos del Código Penal confundidos como delitos cualificados por el resultado.<sup>18</sup> Desde el punto de vista de Zambrano Pasquel, en la realidad ecuatoriana la errónea redacción que el legislador le da a la preterintención en el COIP, confunde la preter o ultraintención, con los delitos calificados por el resultado.<sup>19</sup> La sobrevivencia desde épocas bárbaras y primitivas de la preterintención, permite apreciar la crudeza en las infracciones e imputación, que a juicio de Jiménez de Asúa deben desterrarse de todos los códigos penales que las contengan.<sup>20</sup>

En la legislación penal ecuatoriana aún se conserva la preterintención como una forma subjetiva del tipo. Con base a este contexto, es necesario preguntarse ¿Qué es la preterintencionalidad?, ¿cuáles son sus elementos constitutivos?, ¿cómo se aplica en la legislación penal ecuatoriana?, ¿es compatible con el principio de culpabilidad y legalidad?, ¿qué pasa si se destipifica?

Actualmente, en el derecho penal moderno, ya no se le hace responsable al agente delictivo de un resultado no deseado por este, por el mero hecho de estar en el inicio.<sup>21</sup> Robleto, al estudiar la preterintencionalidad, señala que surgen problemas puesto que no respetaría el principio de culpabilidad porque

12 Octavio Alberto Orellana Wiarco, *Teoría del delito: sistemas causalista, finalista y funcionalista* (México: Editorial Porrúa, 2008), p.62.

13 Kai Ambos, “Preterintencionalidad y cualificación por el resultado: Reflexiones desde el Derecho comparado”, 3 (2006), 7.

14 Artículo 42, Codice penale italiano, Gazzetta Ufficiale 2, 19 ottobre 1930, derogada. XXVIII legislatura del Reino de Italia.

15 Gonzalo Rodríguez Mourullo, “La atenuante de preterintencionalidad”, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, 1970, 556.

16 Ambos, “Preterintencionalidad y cualificación por el resultado: Reflexiones desde el Derecho comparado”, 3.

17 María Paulina Araujo Granda, *Consultor Penal-COIP: Actualizado, con doctrina y jurisprudencia* (Quito: Corporación de Estudios y Corporaciones, 2019), 260.

18 Santiago Mir Puig, *Derecho Penal: Parte General*, 8.a ed. (Barcelona: Editorial Reppertor, 2008), 300.

19 Alfonso Zambrano Pasquel, *Manual de Derecho Penal: Parte General* (Quito: Centro de Estudios y Publicaciones, 2016).126.

20 Luis Jiménez de Asúa, *Principios de Derecho Penal: La ley y el delito* (Buenos Aires: Abeledo-Perrot S.A./Editorial Sudamericana, 1958), 384.

21 Tito E. Solarí Peralta, “*Versari in re illicita*”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso* 1 (2010), 245.

no obra con dolo el agente delictivo en el resultado final.<sup>22</sup> En consonancia, Martos añade que el problema es causal por su conflictiva imputación objetiva.<sup>23</sup> Y, Ambos concluye “[...] es absolutamente consciente de la problemática constitucional que la preterintencionalidad suscita en atención al principio de culpabilidad [...]”.<sup>24</sup>

En la legislación penal ecuatoriana, el desarrollo dogmático es abstracto, bizantino, y poco cambiante, sin ser la excepción el concepto de la preterintención. En particular, el problema se da en tres niveles: (i) La mala aplicación en la praxis ecuatoriana, (ii) la falta de tipificación de delitos preterintencionales, y (iii) la vulneración al principio de culpabilidad y legalidad. Es así como la supresión de esta figura en el derecho penal contemporáneo es uno de los esfuerzos más importantes de los dogmáticos en un Estado.

De la misma manera, en Ecuador existen pocos estudios sobre la preterintencionalidad. Estos se han enfocado en varios aspectos: Vidal se enfoca en el homicidio preterintencional<sup>25</sup>, García basa su trabajo en la vulneración al principio de legalidad<sup>26</sup>, Pérez trabaja en la preterintención y violencia de género<sup>27</sup>, Hidalgo estudia sobre la eliminación como un elemento subjetivo del tipo cuestionando la legalidad de las penas<sup>28</sup> y Siza se centra en un análisis del homicidio preterintencional y su tratamiento en el COIP<sup>29</sup>.

Sin embargo, los estudios antes mencionados no cuentan con un sustento teórico suficiente que vislumbre los principales problemas al aplicar la preterintención, siendo los resultados dispares y dispersos. En esa línea de ideas, el objetivo del artículo se concentra en exponer los principales problemas, limitaciones y falacias actuales con la aplicación de la preterintencionalidad en la legislación ecuatoriana, y examinar de forma amplia la literatura de la preterintención, aglutinando los argumentos de los juristas nacionales e internacionales de la doctrina mayoritaria penal contemporánea. Por todo ello, cualquiera que sea la posición crítica que el lector pueda tomar sobre esta temática poco debatida en el Ecuador, le permitirá satisfacer las necesidades

22 José Jaime Robleto Gutiérrez, “*El versari in re illicita, (tratándose de materia ilícita se responderá de sus consecuencias), orígenes y resabios*”, Revista Saber y Justicia, 2021, 94.

23 Martos, “La Preterintencionalidad”, 564.

24 Ambos, “Preterintencionalidad y cualificación por el resultado: Reflexiones desde el Derecho comparado”, 7

25 Rosa Andrea Vidal Solórzano, “Homicidio preterintencional, Legislación Ecuatoriana, Jurisprudencia y Derecho Comparado”. Tesis de pregrado, Universidad del Azuay, 2007. <http://dspace.uazuay.edu.ec/handle/datos/775>.

26 Geoconda del Rocío García Sánchez, “La controvertida aplicación del delito preterintencional contemplado en la legislación ecuatoriana y sus efectos jurídicos”. Tesis de maestría, Universidad Central del Ecuador, 2020, <http://www.dspace.uce.edu.ec/handle/25000/22432>.

27 Jasson Patricio Pérez Arteaga, “La preterintencionalidad y violencia de género provocado por el confinamiento en el contexto de la pandemia por Covid-19 en el cantón Guaranda, provincia Bolívar durante el año 2020”. Tesis de pregrado, Universidad Estatal de Bolívar, 2021, <https://dspace.ueb.edu.ec/handle/123456789/3905>.

28 José Felipe Hidalgo Palacios, “Eliminación de la preterintención como elemento subjetivo del tipo en el Código Orgánico Integral Penal”. (Tesis de maestría, Universidad del Azuay, 2019), 3.

29 Willian Geovanny Siza Chasi, “Análisis dogmático del homicidio preterintencional: Su tratamiento en el Código orgánico integral penal”. (Tesis de pregrado, Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Sede Ambato, 2017), 6.

de información actualizada, rigurosa y válida sobre la imperativa necesidad de eliminar o destipificar la preterintención del COIP.

## 2. PRETERINTENCIONALIDAD

### 2.1. DEFINICIÓN

La primera consideración que salta a la vista en el estudio de la preterintencionalidad es su conceptualización. A breves rasgos, en la historia del derecho han sido diversas las expresiones y nombres que se han utilizado para referirse a ella,<sup>30</sup> para después dar origen a lo que en la actualidad se conoce como preterintención o delitos preterintencionales, comúnmente utilizados por la doctrina y jurisprudencia. A pesar de aquello, en términos genéricos, en la doctrina se conoce a la preterintencionalidad como la ultraintención, que es identificada como un punto medio entre el dolo y la culpa.<sup>31</sup> Algunos juristas como Mir Puig<sup>32</sup>, Jiménez de Asúa<sup>33</sup>, Kai Ambos<sup>34</sup> y Martos<sup>35</sup> consideran que es una fórmula entre la intención del autor junto con el resultado producido de una elevada gravedad, que no admite dolo a este último resultado. En otras palabras, es la producción de un resultado no deseado, cuando el agente quería un resultado diferente de menor gravedad.

Por ende, existe preterintencionalidad cuando el sujeto activo se ha propuesto la comisión de un hecho delictivo, aunque el resultado ha excedido ampliamente al que se propuso causar. Este resultado no deseado, a juicio de Sáinz Cantero, se encuentra en la misma línea de ataque con el querido.<sup>36</sup> Por consiguiente, un ejemplo típico usado por la doctrina es cuando “A” ataca a “B” solo con la intención de causarle lesiones corporales, sin embargo, a consecuencia del ataque, le produce la muerte.

De ahí que existe un *plus effectum* que sobrepasa la intención del autor, entrañando que en los delitos preterintencionales la fuerza moral del autor se hace presente en la primera conducta, intencional o dolosa, en razón que

30 Utilizaban los vocablos: “*praeter intentionem*”, “*praeter opinionem*”, “*praeter propositum*”, “*praeter voluntatem*”, “*praeter voluntatem et propositum*”, “*extra intentionem*”, “*extra propositum*”, “*extra intentionem et propositum*”, “*ultra cogitatum*”, “*ultra intentionem*”, “*ultra propositum*”, “*ultra aut praeter intentionem*”, “*ultra praetervel extra cogitatum*”. En Juan de Udaondo Barinagarrementeria, “La preterintencionalidad y el ‘Codex iuris canonici’”, *Revista Española de Derecho Canónico* 7 (1952), 42.

31 Javier Botero Martínez, “*Modalidad compleja de la conducta punible: La preterintención*”, en *Lecciones de Derecho Penal, Parte General* (Medellín: Universidad de Medellín, 2016), 701-708.

32 Mir Puig, *Derecho Penal: Parte General*, 300.

33 Jiménez de Asúa, *Principios del Derecho Penal: La ley y el delito*, 382-388.

34 Ambos, “Preterintencionalidad y cualificación por el resultado: Reflexiones desde el Derecho comparado”, 3.

35 Martos, “La Preterintencionalidad”, 557 y ss.

36 José Antonio Sáinz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*, 3.a ed. (Barcelona: BOSCH, Casa Editorial, S.A., 1990), 692-693.

ha previsto y querido el resultado delictivo que se ha propuesto ejecutar<sup>37</sup>. Aunque se da un resultado más grave a consecuencia de su intención inicial<sup>38</sup>. Ciertamente, la evolución de las categorías dogmáticas en el Ecuador sirve de referencia a las mismas, ya que constituyen el objeto del derecho penal en su parte general. El delito preterintencional en la legislación ecuatoriana, nace con la escuela causalista en el siglo XIX, que construye desde la concepción de acto como aquella modificación del mundo exterior.<sup>39</sup> El acto se compone de dos partes: del movimiento corporal como causa y del éxito como efecto. En cuanto la causa y el efecto, el movimiento corporal y el éxito se separan en el tiempo y en el lugar, es decir los llamados “delitos a distancia”. En sentido estricto, habría que considerar la comisión como un todo unificado.<sup>40</sup>

Este concepto causal de acción postula que la realización de una mutación en el mundo exterior es atribuible a la voluntad humana. Es decir, que la acción es la causa arbitraria o la no prevención de un cambio en el mundo exterior. El concepto de acción presupone por tanto, en primer lugar, una conducta arbitraria por parte del autor, una actuación de la voluntad. La actividad volitiva, sin embargo, es cualquier comportamiento que, libre de compulsión mecánica o fisiológica, está determinado (motivado) por ideas. Ernesto Albán Gómez, el mayor referente causalista en Ecuador, identifica a la tipicidad como la identificación de la conducta con la descripción hipotética descrita en la ley, antijuricidad como vulneración de un bien jurídico. El dolo y la culpa lo trata en la categoría de culpabilidad<sup>41</sup>. Al verificar el delito preterintencional bajo esta escuela causalista, dota de significado, pues toma especial relevancia la relación de causalidad entre el acto y el resultado producido no deseado, es decir, esta causa-efecto es una característica esencial del causalismo.

Así, uniendo conceptos y críticas, Zaffaroni se hace presente entendiendo que los delitos preterintencionales son “figuras complejas” cuyo resultado fue más allá de la intención del agente<sup>42</sup>. Por su parte, Botero considera que es una “modalidad compleja de la conducta punible” donde concurren el dolo respecto al resultado típico querido, e imprudencia respecto al resultado típico no deseado pero producido<sup>43</sup>. Igualmente, Velásquez sostiene que son “figuras de carácter especial” por el cúmulo de tipos penales complejos que abarcan, pero aclara que no pueden ser combinaciones entre tipos culposos<sup>44</sup>.

37 Juan Córdoba Roda y Gonzalo Rodríguez Mourullo, *Comentarios al Código Penal. Tomo I* (Barcelona: Ediciones Ariel, 1976), 439.

38 Botero, “Modalidad compleja de la conducta punible: La preterintención”, 85.

39 Franz Ritter von Liszt, *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts* (Berlín: J. Guttentag Verlagsbuchhandlung, 1900), 102 y ss.

40 *Ibid.*, p. 115

41 Ernesto Albán Gómez, *Manual de Derecho Penal ecuatoriano*, 13.a ed. (Quito: Ediciones Legales, 2011), 155, 165, 192 y ss.

42 Eugenio Raúl Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal, Parte General III*, (Buenos Aires, Ediar, 2014) 428.

43 Botero, “Modalidad compleja de la conducta punible: La preterintención”, 85 y ss.

44 Fernando Velásquez Velásquez, *Fundamentos de Derecho Penal Parte General* (Bogotá: Editorial Tirant lo Blanch, 2020), 452.



A medida que se ha profundizado en la conceptualización de la preterintención, también se la ha considerado como una tercera forma subjetiva del tipo, es decir, en conjunto al dolo y la culpa, tal como lo afirman los juristas ecuatorianos Araujo<sup>45</sup>, Asanza y Arciniega<sup>46</sup>. Conectando con la idea anterior, el COIP vigente lo define genéricamente en el artículo 26, inciso segundo, estableciendo: “responde por delito preterintencional la persona que realiza una acción u omisión de la cual se produce un resultado más grave que aquel que quiso causar, y será sancionado con dos tercios de la pena”.<sup>47</sup> Dicha descripción de la preterintención se encuentra en el mismo articulado que define al dolo. Pareciera a simple vista que el legislador la considera como una subclase del dolo.

## 2.2. ELEMENTOS CONSTITUTIVOS

La preterintención supone una desproporción entre la intención y el resultado. Esta se da en primer lugar, cuando la voluntad del autor es encaminada a un fin delictivo, y en segundo, cuando se produce un mal mayor al pretendido. Así lo consideran Gómez y Urbano al afirmar que se debe entender que el resultado final se desprende del primero y que, de todos modos, se debe verificar el nexo causal entre el resultado y la conducta inicial del autor<sup>48</sup>.

De esta manera, suele invocarse que debe sin más ni más, existir un nexo de causalidad objetivo entre la conducta inicial y el resultado ultraintencional<sup>49</sup>; y que se debe distinguir por la progresión material<sup>50</sup>. Ciertamente, cabe mencionar que, por definición, se excluyen aquellos supuestos donde el agente, sea cual fuera el resultado de su conducta, asume *ab initio*<sup>51</sup>, con *dolo impetu*<sup>52</sup>.

Por otro lado, Finzi, a pesar de su confesado dogmatismo, deduce que para la imputación de este tipo de delitos, se debe empezar desde la referencia psicológica del autor, ubicando la previsión del evento de mayor lesividad como cierta, posible o probable.<sup>53</sup> De tal manera, se exige la previsibilidad sobre el resultado no querido.<sup>54</sup> Cobo, en este orden de ideas, enmarcado en un

45 Araujo, *Consultor Penal-COIP: Actualizado, con doctrina y jurisprudencia* (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019), 260.

46 Hilda Maricela Arciniega Torres y Luis Felipe Asanza Miranda, “Art. 26.- Dolo”, en *Código Orgánico Integral Penal Comentado. Tomo I*, coord. José Sebastián Cornejo Aguiar e Isaac Torres Manrique (Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2019), 208, 229 y ss.

47 Artículo 26, Código Orgánico Integral Penal [COIP], R.O. Suplemento 180 de 10 de febrero de 2014, reformado por última vez R.O. 180 de 30 agosto de 2021.

48 Carlos Arturo Gómez Pavajeau y Joaquín Urbano Martínez, “Delitos contra la vida y la integridad personal”, en *Lecciones de Derecho Penal. Parte Especial. Volumen II*, 3.a ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Departamento de Derecho Penal y Criminología, 2019), 635-641.

49 Pedro Alfonso Pabón Parra, *Código Penal esquemático*, 5.a ed. (Bogotá: Ediciones Doctrina y Ley LTDA, 2017).

50 Gómez y Urbano, “Delitos contra la vida y la integridad personal”, 635-641.

51 Expresión latina que significa desde el principio.

52 Martos, “La Preterintencionalidad”, 558.

53 Marcello Finzi, *El delito preterintencional* (Buenos Aires: Depalma, 1981), 121.

54 Carrara, *Curso de Derecho Criminal: Parte General-Tomo I*, 155.

estricto derecho penal de culpabilidad, afirma que debe existir la probabilidad de culpa (previsión); y que la ausencia de este elemento conllevaría a un caso fortuito, *ergo* no se le imputaría el resultado final.<sup>55</sup>

La presencia de estas características en los delitos preterintencionales hace que Rodríguez<sup>56</sup> y Sainz Cantero<sup>57</sup> expongan los elementos constitutivos: 1) una homogeneidad de bienes jurídicos protegidos, 2) una conducta dolosa cuya realización excede la intención del agente, y 3) un nexo causal entre la conducta inicial dolosa y el resultado ultraintencional.

Respecto al primer elemento constitutivo en los delitos preterintencionales, a juicio de Gómez<sup>58</sup>, Botero<sup>59</sup> y Martos<sup>60</sup>; esa homogeneidad de bienes se refiere a la identidad de bienes jurídicos lesionados o puestos en peligro, más no a la coincidencia de tipos penales. Lo que incide en la idea de la progresión de la conducta que por su naturaleza debe lesionar o atentar contra un bien jurídico de la misma especie o género<sup>61</sup>.

El segundo elemento constitutivo es la existencia de una conducta inicial dolosa, efectivamente, porque la base del delito preterintencional es el conocimiento y voluntad del agente delictivo en adecuar su conducta a un tipo penal. Sin embargo, esta conducta dolosa no abarca el resultado producido.<sup>62</sup> De manera que sobrepasa su propósito, produciendo un resultado típico de mayor gravedad. Rodríguez agrega que existe una notoria desproporción, una falta de armonía entre el medio empleado para ejecutar la conducta intencional y el resultado conseguido.<sup>63</sup> Debe aclararse que dicha desproporción no es entre el medio empleado por el autor y el resultado no deseado, sino entre la intención y el resultado; por esta razón, se debe verificar la intención del agente así, a simple vista, parezca una consecuencia natural de la conducta ejecutada.

En cuanto al tercer elemento, la doctrina mayoritaria tiene razón al declarar que el nexo causal debe guardar relación entre la conducta delictuosa del autor y el resultado final producido. Ya sostenía Florian sobre la necesidad y dependencia del nexo causal entre el actuar del agente delictivo y el resultado excesivo<sup>64</sup>.

55 Manuel Cobo del Rosal, "Praeter intentionem" y principio de culpabilidad", *Anuario de derecho y ciencias penales*, 1 (1965), 93-94.

56 Rodríguez, "La atenuante de preterintencionalidad", 558.

57 José Antonio Sáinz Cantero, *Lecciones de Derecho Penal: Parte General*, 693 y ss.

58 Alfonso Gómez Méndez, *Delitos contra la vida y la integridad personal*, 23.a ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1991), 186.

59 Botero, "Modalidad compleja de la conducta punible: La preterintención", 702.

60 Martos, "La Preterintencionalidad", 559

61 Rodríguez, "La atenuante de preterintencionalidad", 559.

62 Martos, "La Preterintencionalidad", 560.

63 Rodríguez, "La atenuante de preterintencionalidad", 559 y ss.

64 Eugenio Florian, *Parte general del Derecho penal*. (La Habana: La Propagandista, 1929), 134 y ss .

Junto con estos elementos constitutivos declarados por la doctrina mayoritaria, añade Castro como requisito de un delito preterintencional la identidad de objeto material, entre aquel que recae el resultado excesivo, y aquel a quien se le quiso causar la conducta típica.<sup>65</sup> En rigor diagnóstico, para la autora citada, el resultado final causado debe recaer sobre la misma persona. No obstante, esta tesis defendida esporádicamente, nada aporta a la doctrina, pues carece de razonamiento lógico. Si bien existe una homogeneidad de bienes, un nexo causal entre la conducta inicial y el resultado imprudente y la conducta básica dolosa, no es requisito que en la preterintencionalidad exista como condición la “unidad de objeto material”<sup>66</sup>, así pensó Echandía al rechazar tal criterio.<sup>67</sup> Por ejemplo, en el aborto preterintencional no se exige la identidad del objeto material, ya que nos encontramos frente a dos objetos materiales: la madre y el *nasciturus*.

A pesar del desconcertante aserto de Castro, es justo reconocer que al catalogar como una *conditio sine qua non*, la previsibilidad sobre el resultado<sup>68</sup> suena más coherente, por lo que es avalado por el sello intelectual de Jiménez De Asúa<sup>69</sup>, Franz von Liszt<sup>70</sup>, Velásquez<sup>71</sup>, Cobo<sup>72</sup> y Martos<sup>73</sup>. Al fin y al cabo, se puede determinar que el requisito mínimo para la imputación del resultado final no deseado es la previsibilidad o simplemente la capacidad del autor en prever el resultado de mayor gravedad.

En suma, se pueden distinguir cuatro elementos constitutivos para determinar la existencia de un delito preterintencional: 1) una conducta inicial dolosa dirigida a producir un resultado lesivo; 2) un resultado final más grave del querido, pero, que haya sido objetivamente previsible para el autor; 3) una homogeneidad de bienes jurídicos entre el bien pretendido a lesionar, y el causado; y 4) una relación causal entre la conducta inicial dolosa y el resultado final.

### 2.3. CLASES DE PRETERINTENCIONALIDAD

La doctrina mayoritaria ha diferenciado distintos tipos de preterintencionalidad, por un lado, en función de la heterogeneidad u homogeneidad entre el resultado querido y el producido; y por otro, en función del resultado producido (cumulativa y sustitutiva).

Así, en función de la heterogeneidad u homogeneidad entre el resultado

65 Sandra Jeannette Castro Ospina, “Lección 14: Tipo subjetivo”, en *Lecciones de Derecho Penal, Parte General*, 3.a ed. (Bogotá: Universidad Externado de Colombia/Departamento de Derecho Penal y Criminología, 2019), 260 y ss.

66 Gómez y Urbano, “Delitos contra la vida y la integridad personal”, 638.

67 Alfonso Reyes Echandía, *Derecho penal. Parte general* (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1989), 85.

68 Castro, “Lección 14: Tipo subjetivo”, 261.

69 Jiménez de Asúa, *Principios del Derecho Penal: La ley y el delito*, 369-370.

70 Franz von Liszt, *Tratado de Derecho Penal, Tomo II* (Madrid: Instituto Reus S.A., 1900), 430.

71 Velásquez, *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*, 452 y ss.

72 Cobo, “‘Praeter intentionem’ y principio de culpabilidad”, 103 y ss.

73 Martos, “La Preterintencionalidad”, 558 y ss.

querido, a simple vista se pueden diferenciar dos tipos de preterintencionalidad: la preterintencionalidad heterogénea, comúnmente denominada de grado mayor, la cual merma cuando el resultado producido es totalmente diferente al querido por el agente; y la preterintencionalidad homogénea, la cual tiene lugar cuando el resultado no querido es diferente al ejecutado, pero manteniéndose con la misma naturaleza típica, siendo la diferencia cuantitativa.<sup>74</sup>

En definitiva, la diferencia entre la preterintencionalidad homogénea y la heterogénea, es la existencia o ausencia de identidad en los bienes jurídicos lesionados entre la intención del agente y el resultado producido no deseado.

Al contrario, en función del resultado que se produce, la doctrina ha sido notoria en diferenciar dos tipos de preterintención: cumulativa, la cual radica en la acumulación de eventos ilícitos que, aparte de la conducta antijurídica, querida y ejecutada, se produce también otro resultado no deseado; y sustitutiva, la mera sustitución del evento querido por el producido. En palabras más sencillas consiste en la ausencia de la producción del resultado antijurídico querido y ejecutado, por el resultado excesivo no deseado.<sup>75</sup>

## 2.4. BREVE RESEÑA HISTÓRICA EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

La historia dogmática y la teoría del delito han transformado la forma en la que se entienden los conceptos e instituciones del derecho penal en general. El ocuparse de la dogmática del delito genera gran controversia, pues a ello no es ajena la idea de que resulta imposible comprender grandes concepciones de la teoría del delito sin percibir su génesis. En la realidad ecuatoriana, Jorge Zavala Egas estima que realizar una síntesis de la evolución del derecho penal no es posible debido a la falta de un derecho penal propio o posturas nacidas de nuestras fuentes.<sup>76</sup>

Desde el primer Código Penal publicado en 1837, la legislación ecuatoriana ha evolucionado. Se ha contado con seis códigos penales: los de 1837, 1871, 1889, 1906, 1938, 1971 y el de 2014. Al efecto del tema analizado, el primer código penal de 1837, con una clara inspiración clásica, no conceptualiza a la preterintención o tipifica un delito de esa naturaleza. Aunque, adviértese que en el art. 442 reza: “[l]os que mataren a otro involuntariamente y sin intención, pero con la de maltratarle o herirle, sufrirán, según las circunstancias del caso [...]”.<sup>77</sup> Nótese que en la primera parte se determina

<sup>74</sup> *Ibíd.*

<sup>75</sup> *Ibíd.*

<sup>76</sup> Jorge Zavala Egas, *Código Orgánico Integral Penal (COIP): Teoría del delito y Sistema Acusatorio* (Guayaquil: Murillo Editores, 2014), 65 y 66.

<sup>77</sup> Código Penal de la República del Ecuador, Registro Auténtico 1837, 14 de abril de 1837, derogada.

un homicidio preterintencional, es decir, la muerte derivada de las heridas o maltrato causado por el autor.

En el Código Penal de 1871, de forma similar, en el art. 437 propone que: “[c]uando las heridas o golpes dados voluntariamente, pero sin intención de dar la muerte, la han causado, sin embargo, el culpable será castigado [...]”.<sup>78</sup> En este sentido queda claro, entonces, que en este tipo penal se comprenden dos partes: una conducta voluntaria y el resultado no deseado, poniendo en evidencia la inexistencia de la voluntad en el resultado final.

Del mismo modo, en el Código Penal de 1889<sup>79</sup> y en el de 1906<sup>80</sup> se mantiene la misma descripción del tipo penal, variando únicamente en su pena. Ya en el Código Penal de 1938, con una clara influencia causalista, se conceptualiza por primera vez la preterintencionalidad de la siguiente forma: “[p]reterintencional, cuando de la acción u omisión se deriva un acontecimiento dañoso o peligroso, más grave que aquel que quiso el agente”.<sup>81</sup> En esta manera, se ve que el sentido de la conducta final sobrepasa la inicial. Debe agregarse aquí que el legislador coloca a la preterintención en conjunto a la infracción dolosa, intencional y culposa.<sup>82</sup> Así, en el Código Penal de 1971<sup>83</sup>, se mantiene la conceptualización de preterintención y de una descripción de un homicidio preterintencional.

Finalmente, el COIP de 2014<sup>84</sup>, el léxico jurídico actual lo redefine sin cambios sustanciales más que gramaticales. Como se ha visto, desde 1938 hasta la actualidad, el sentido conceptual de la preterintencionalidad sigue siendo el mismo, pero con cambios gramaticales que no alteraron su estructura o elementos constitutivos, tan solo hubo una variación en la pena.

### 3. PRETERINTENCIONALIDAD VERSUS DELITOS CUALIFICADOS POR EL RESULTADO

Lo primero que hay que señalar para empezar a reflexionar sobre este tema, es que la preterintencionalidad y los delitos cualificados por el resultado, no son sinónimos. En ciertas legislaciones se regulan los delitos cualificados por el resultado como una estructura compuesta por una conducta básica dolosa

78 Código Penal de la República del Ecuador, Registro Auténtico 1871, 3 de noviembre de 1871, derogada.

79 Código Penal de la República del Ecuador, Registro Auténtico 1889, 4 de enero de 1889, derogado por Decreto Supremo No. 1.

80 Código Penal de la República del Ecuador, R.O. 61, 18 de abril de 1906, derogado.

81 Código Penal de la República del Ecuador, Registro Auténtico 1938, 22 de marzo de 1938, derogado por Codificación No. 35.

82 Artículo 400, Código Penal de la República del Ecuador, Registro Auténtico 1938, 22 de marzo de 1938, derogado por Codificación No. 35.

83 Artículo 14 inciso 4 y artículo 431, Código Penal de la República del Ecuador, R.O. Suplemento 147, 22 de enero de 1971, derogado por Ley No. 00.

84 Artículo 26, COIP.

o culposa, más un resultado calificado de mayor gravedad unido por una relación de causalidad.<sup>85</sup> En ese marco, Zaffaroni considera que los delitos calificados por el resultado son delitos preterintencionales que exigen un resultado culposo.<sup>86</sup> Empero, la oscuridad de esta opinión es evidente, haciéndose eco en la opinión de López Betancourt.<sup>87</sup> Por su parte Jiménez de Asúa pone de relieve que esta asociación solo es aplicable en la legislación alemana<sup>88</sup>; y, reflexiona que los delitos calificados son el género y los preterintencionales la especie<sup>89</sup>.

Por otro lado, Martos es sustancial en rechazar la semejanza que se invoca, refutando que la concurrencia de imprudencia en la fase final de la actuación del agente delictivo libera de toda calificación por el resultado.<sup>90</sup> Para Mezger<sup>91</sup> y Velásquez<sup>92</sup> en los delitos calificados por el resultado no importa si el agente tiene previsión sobre el resultado final (sea en una circunstancia actual o futura) que agrava la pena, pero que al menos debió haber actuado culposamente. A este respecto, explica Riccio que la diferencia entre un delito preterintencional y un calificado por el resultado, radica en que en la preterintencionalidad existe un resultado de mayor gravedad no deseado, pero que afecta al mismo bien jurídico protegido, mientras tanto, en el calificado por el resultado, existe un resultado de mayor gravedad, pero que afecta a un distinto bien jurídico protegido.<sup>93</sup> De manera análoga, Kai Ambos se expresa con solvencia sosteniendo que en los delitos calificados por el resultado, el tipo penal final producido es independiente de la conducta y voluntad del agente delictivo.<sup>94</sup> En la misma línea de análisis, Udaondo diferencia entre “delitos fuera de la intención” y “más allá de la intención”. En cuanto a los primeros, menciona que no son más que una desviación de la intención del agente; produciendo un resultado mayor, no querido. Particularmente, los resultados son cualitativos. Al contrario, para los segundos, la meta propuesta es excedida, especificando que para algunos autores en la preterintención los resultados son meramente cuantitativos.<sup>95</sup>

En el plano normativo ecuatoriano, Zambrano Pasquel es crítico al considerar que el legislador ecuatoriano ha confundido en la redacción del COIP a los delitos calificados por el resultado con la preterintención; por este motivo, se ha estudiado a los delitos calificados por el resultado bajo la previsibilidad

85 Velásquez, *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*, 455.

86 Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal Parte General III*, 296.

87 Eduardo López Betancourt, *Teoría del Delito*, 19.a ed. (Tizapán, San Ángel: Editorial Porrúa, 2015), 275.

88 Jiménez de Asúa, *Principios del Derecho Penal: La ley y el delito*, 384.

89 Cf., Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal Parte General III*, 428

90 Martos Núñez, “La Preterintencionalidad”, 591.

91 Mezger, *Derecho Penal: Parte General*, 241.

92 Velásquez, *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*, 455.

93 Así lo destaca Juan de Udaondo, en “La preterintencionalidad y el ‘*Codex iuris canonici*’”, 55.

94 Ambos, “Preterintencionalidad y calificación por el resultado: Reflexiones desde el Derecho comparado”, 9-10.

95 Juan de Udaondo Barinagarrementeria, en “La preterintencionalidad y el ‘*Codex iuris canonici*’”, 55-56.

del resultado mayor.<sup>96</sup> Ciertamente, se debe diferenciar que para los delitos calificados por el resultado no importa si el delito base es doloso o culposo, o si el resultado es imprevisible. Esto porque se imputa y se pena con base en la responsabilidad objetiva.<sup>97</sup> Afirmar que se debe dar el mismo tratamiento a los delitos calificados por el resultado y a la preterintención, resquebrajaría las garantías penales y sería evidente la dificultad de aplicabilidad en la imputación.<sup>98</sup>

Se debe comprender, además, que la preterintencionalidad es aplicable cuando el acontecimiento no querido —el más grave— es objetivamente previsible. Como se mencionó previamente, si el resultado final no querido es imprevisible, de tal modo que se hubiese producido *per se*, no debe responder el autor por el resultado final al ser fortuito.

En la legislación ecuatoriana los delitos cualificados por el resultado son los descritos en el art. 95 inciso 4 del COIP, el cual tipifica la extracción de órganos y tejidos con resultado de muerte; art. 147 que tipifica expresamente el aborto con resultado de muerte; art. 153 inc. 2 que versa sobre el abandono de personas con resultado de muerte; art. 163.1 respecto a la desaparición involuntaria con un resultado de muerte; art. 189 inc. 6 en cuanto al robo con resultado de muerte; art. 217 inc. 4 sobre la comercialización de medicamentos caducados que a consecuencia de su consumo producen la muerte; art. 217.1. sobre la producción de medicamentos falsificados o adulterados que a consecuencia de su consumo producen la muerte; art. 2018 sobre la desatención del servicio de salud que tiene como resultado la muerte; y art. 246 respecto de los incendios forestales que producen la muerte de una o varias personas.

Es evidente que la característica en la redacción gramatical de estos delitos se la encuentra en frases como: “si se produce”, “si como consecuencia”. Desde la posición de Gómez y García, estas frases otorgan la idea de que se está frente a un delito cualificado por el resultado. Un delito con el que es suficiente la culpa respecto al resultado mayor para concebirse la realización del tipo subjetivo.<sup>99</sup>

96 Alfonso Zambrano Pasquel, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 126.

97 *Ibíd.*, 132.

98 José Luis Jiménez Jaramillo, “Del Delito de omisión en el Código Penal-Ley 599 de 2000”, en *Derecho Penal. Parte general - Fundamentos* (Medellín: Universidad de Medellín, 2016), 707.

99 Ignacio Berdugo Gómez de la Torre, Mercedes García Arán y Francisco Muñoz Conde, *La reforma penal de 1989* (Madrid: Editorial Tecnos S.A, 1989).



#### 4. NECESARIA ELIMINACIÓN DE LA PRETERINTENCIONALIDAD DEL CÓDIGO ORGÁNICO INTEGRAL PENAL

El problema de la técnica jurídica de la preterintencionalidad en el COIP se viene agudizando en nuestra *praxis* penal, precisamente porque esta se aferra a la idea del *versari*. Por este motivo, ha sido sujeta a duras críticas dado a que compone indicios de responsabilidad objetiva y quebranta el principio de culpabilidad en un derecho penal garantista.<sup>100</sup> En Ecuador, ya decía Zambrano Pasquel, que con el veto presidencial del 16 de enero de 2014, el país perdió la oportunidad histórica de tener un Código Penal en sintonía con los derechos y garantías constitucionales infranqueables.<sup>101</sup>

Antes que nada, y sin ser la excepción el COIP, en la parte especial de los códigos penales Latinoamericanos se describe, como regla general, que todos los tipos penales son dolosos; y —por excepción— culposos. Por ejemplo, en el COIP, el legislador reviste a todos los delitos sexuales como dolosos y *per se* no cabe una violación culposa o imprudente. Sin embargo, se encuentran también delitos culposos, *v. gr.*: las lesiones, el homicidio culposo, etc. Aunque existe una esporádica construcción sin fundamentos científicos de los delitos preterintencionales, no se encuentra una tipificación en específico, dejando a los agentes de la Fiscalía General del Estado (en adelante FGE) determinar a su criterio qué tipo penal puede ser de una modalidad preterintencional para formular cargos. De igual manera, deja a los juzgadores determinar si cumple o no con la mera descripción en el COIP para poder sancionar. Para empezar a examinar las limitantes, falencias y problemas con el uso de la preterintención, se debe tener presente que el finalismo es la escuela más predominante en el mundo. Teoría que fue adoptada en el COIP.

En los años treinta, el concepto de delito empieza a ser desarrollado por Hans Welzel con la teoría final de la acción. En ella, con un planteamiento ontológico, se analiza la causa-efecto, partiendo del causalismo, donde la acción humana es la piedra angular de la teoría del delito y se toma en cuenta la conciencia sobre el resultado final de la acción. Parte de una concepción de la causalidad, entendida como una categoría “del ser” excluyendo la idea de que es una “mera conexión mental de varios eventos”.<sup>102</sup> Jescheck y Weigend sintetizan este pensamiento como una separación sustancial entre la realidad y el derecho por el nuevo conocimiento de la psicología, como el cambio del mundo exterior por los actos humanos.<sup>103</sup>

100 Juan Antonio Martos Núñez, *Delitos Cualificados por el resultado en el Derecho Penal Español* (España: Bosch Editor, 2012), 109-158.

101 Alfonso Zambrano Pasquel, *Estudio Introductorio al Código Orgánico Integral Penal. Referido al Libro Primero. Parte General: Tomo I* (Quito: Corporación de Estudios y Corporaciones, 2014), 16.

102 Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil* (Berlín: Duncker & Humblot, 1996), p. 226 y ss. Welzel reconoce la imposibilidad de que exista una sola teoría del delito.

103 *Ibid.*, p. 227 y ss.

Con ayuda del conocimiento causal, se determina que el actuar humano solo puede ser controlado hasta ciertos límites y de esta forma se puede dirigir su actuar a completar una consecuencia final. Por lo tanto, está ejecutada por la anticipación espiritual del fin, la elección de los medios y la realización de la acción en el mundo exterior.<sup>104</sup> Esto se diferencia de la escuela causalista donde la voluntad de la acción es el “movimiento corporal voluntario”, se sustituye en la teoría final de la acción por la “actividad final”. Esto supone que, solo la finalidad de autor puede ser valorada en un proceso causal.

La opinión unánime entre los teóricos filosóficos de la conducta es que esta va más allá del mero comportamiento. Un comportamiento exteriormente idéntico puede ser mera conducta en un momento y acción en otro. Por lo tanto, distinguimos claramente entre el caso de alguien que hiere o mata a otro al hacer rodar accidentalmente una piedra, y el caso de alguien que escenifica deliberadamente tal accidente.<sup>105</sup>

En la teoría final de la acción se producen tres cambios importantes: (i) se redefine el concepto personal del injusto, (ii) se traslada al dolo y al deber objetivo del cuidado a la tipicidad, (iii) se disminuye el ámbito del juicio de culpabilidad, y (iv) no se soslayan los presupuestos metodológicos valorativos y teleológicos de los neokantianos.<sup>106</sup> Desde la praxis, la herramienta de la teoría final de la acción plantea ciertos problemas en la aplicación de ciertos delitos en específico. Y se plantean ciertas cuestiones: ¿con qué intención actuó?, ¿cómo se va valora el comportamiento del autor?, ¿el autor de qué delito es culpable? La limitante de esta teoría es evidente, haciéndose eco en la dificultad de valorar a los delitos imprudentes o culposos, pues en esencia estos delitos no tienen la finalidad de causar directamente el resultado producido. El problema con la preterintencionalidad y la mal llamada teoría final de la acción es que esta última fue equiparada desde un inicio al dolo. Por lo tanto, una acción penalmente relevante dirigida a realizar un tipo penal tiene como consecuencia que el dolo y los demás elementos subjetivos formen parte del tipo.<sup>107</sup>

A continuación, se esgrimirán argumentos de tres principales problemas con la plena vigencia de la preterintención en el COIP. En primer lugar, se discutirá sobre la actual aplicación en la praxis ecuatoriana y la falta de tipificación de delitos en específico, en segundo lugar, la falta de jurisprudencia ecuatoriana que dote de sentido o alcance y, en tercer lugar, el quebrantamiento del principio de culpabilidad y legalidad.

104 Ibid.

105 Christoph Lumer, “Handlung / Handlungstheorie,” en Hans Jörg Sandkühler ed. *Enzyklopädie Philosophie*, (Hamburg: Meiner, 1999), 534-547.

106 Ricardo Nieves, *Teoría del Delito y Práctica Penal. Reflexiones Dogmáticas y Mirada Crítica* (Escuela Nacional del Ministerio Público, Santo Domingo: Centenario SA, 2010), 69.

107 Luis Gracia Martín, Fundamentos del sistema del Derecho Penal: *Una introducción a las bases de la Dogmática penal del finalismo* (Quito: Editorial Jurídica Cevallos, 2011), 141 y ss.

En primer lugar, el ordenamiento jurídico-penal ecuatoriano nace de un Estado Constitucional de Derechos y Justicia cuyo deber primordial es garantizar el ejercicio de los derechos sin distinción alguna. Uno de los principios rectores en el derecho penal es el de objetividad, donde el ejercicio de FGE es actuar con base en criterios objetivos, aplicando la ley, pero, especialmente, se exige que no debe investigar solo los hechos que agraven la responsabilidad, sino aquellas situaciones que beneficien al presunto infractor.<sup>108</sup>

La exégesis de dicho principio ciertamente alude a que los tipos penales deben estar correctamente tipificados, evitando que el Fiscal, arbitrariamente, subsuma un hecho a cualquier tipo penal y que los operadores de justicia resuelvan discrecionalmente. No debe soslayarse que para la imputación de un delito se debe realizar un análisis minucioso, de un primer filtro, la conducta, para luego pasar a la tipicidad (objetiva y subjetiva). Lo cual significa que para la existencia de un delito debe estar expresamente descrito en la norma penal con su modalidad de conducta y su pena. A su vez, guardando una estrecha relación con el *nullum crimen, nulla poena sine praevia lege*.

Resulta inverosímil que en el siglo XXI se sigan imputando delitos bajo esta tercera forma subjetiva del tipo. Existiendo evidencia de que la realidad ecuatoriana no goza de mayor fortuna. Esto es claro en los boletines oficiales de FGE del 2021. Por ejemplo, el 13 de Julio de 2021, el Tribunal de Garantías Penales de Tungurahua sentenció a David A., Arturo L. y Alberto T. con tres años de privación de libertad por un homicidio preterintencional.<sup>109</sup> En la misma línea práctica, el 9 de junio de 2021, el Tribunal de Penales de Tungurahua dio a conocer que se ha sentenciado a Richard M. como autor directo de un homicidio preterintencional, sentenciándole con seis años y ocho meses de privación de libertad.<sup>110</sup> Entretanto, el 9 de febrero de 2021, el Tribunal de Garantías Penales de Tungurahua ha sentenciado a Richard O. por homicidio preterintencional con cuatro años y cinco meses de privación de libertad.<sup>111</sup>

En estos casos la doctrina mayoritaria ha diferenciado que en la preterintencionalidad el lado objetivo es la relación causal entre la conducta inicial del agente delictivo y el resultado. Aclarando que, si no existe una conexión mínimamente objetiva entre el hecho-base y el hecho-resultado, no puede existir preterintencionalidad. Desde el lado subjetivo, el dolo caracteriza la actuación

108 Artículo 5 numeral 21, COIP.

109 Fiscalía General del Estado, "Sentenciados por homicidio preterintencional registrado en Baños: BOLETÍN DE PRENSA FGE No 662-DC-2021", 2021, <https://www.fiscalia.gob.ec/sentenciados-por-homicidio-preterintencional-registrado-en-banos/> (acceso 15/09/2021).

110 Fiscalía General del Estado, "Sentenciado por el homicidio preterintencional de su suegro de 91 años: BOLETÍN DE PRENSA FGE No 537-DC-2021", 2021, <https://www.fiscalia.gob.ec/sentenciado-por-el-homicidio-preterintencional-de-su-suegro-de-91-anos/> (acceso 15/09/2021).

111 Fiscalía General del Estado, "Sentenciado por homicidio preterintencional: BOLETÍN DE PRENSA FGE No 137-DC-2021", 2021, <https://www.fiscalia.gob.ec/sentenciado-por-homicidio-preterintencional/> (acceso 15/09/2021).

inicial del agente delictivo, pero que no se extiende al resultado final. Por lo mencionado, resulta lógico que el dolo del autor solo se extiende al delito base, más no al delito resultado, el cual deberá ser imputado a título de culpa o en algunos casos fortuitos.

Por todo lo anterior, se afirma que la norma penal ecuatoriana tiene materializado un concepto de preterintencionalidad, más no una tipificación que comprenda sus elementos constitutivos; dejando al libre albedrío a los agentes fiscales determinar qué delito, a su juicio, es preterintencional y a los administradores de justicia determinar una pena ilegítima.<sup>112</sup> Para los juristas alemanes Jakobs<sup>113</sup>, Jescheck y Weigend<sup>114</sup> son combinaciones típicas que causan gravísimas consecuencias.

Según Martos, para imputar las consecuencias que producen este tipo de delitos, deben existir criterios objetivos.<sup>115</sup> En este sentido, solo debe aceptarse cuando exista expresa tipificación legal.<sup>116</sup> Mientras que nada o poco aporta la conceptualización de preterintención en el COIP. Es así como se trata de una circunstancia que modifica la responsabilidad criminal del autor, corrigiendo el tipo subjetivo del injusto. Determinándose una “forma especial de responsabilidad criminal, fundamentada en el dolo y la culpa”.<sup>117</sup> Que, en gráficas palabras de Samaniego, se debe expulsar todo concepto que conserve la responsabilidad objetiva, o a su vez, todas las manifestaciones del *versari in re illicita*.<sup>118</sup>

Tratando de justificar esta imputación de homicidios preterintencionales, Suárez arguye que hay dos posibilidades para mantener una sintonía a la preterintencionalidad con el principio de culpabilidad: realizar tipificaciones especiales, empero, ajustando su estructura; y penalidad, o eliminarles completamente por su dudosa supresión.<sup>119</sup> Sin embargo, las críticas se hacen presentes, aludiendo que esta esporádica argumentación de respaldo es la finalidad puramente preventiva, llevando a sacrificar el principio de culpabilidad a favor de una prevención general de la pena, imputando de forma dolosa el resultado no deseado.<sup>120</sup>

112 Para más ejemplos sobre su actual aplicación véase: Boletín de Prensa FGE No. 029-DC-2021 “Homicidio preterintencional se sentenció con seis años de prisión”; Boletín de Prensa FGE No. 771-DC-2020 “A juicio por presunto homicidio preterintencional”; Boletín de Prensa FGE No. 665-DC-2021 “Sentenciado por homicidio preterintencional: peleaban por una botella de licor”; Boletín de Prensa FGE No. 468-DC-2019 “4 años de cárcel por homicidio preterintencional”.

113 Günther Jakobs, *Derecho Penal Parte General, Fundamentos y teoría de la imputación*, 395-402.

114 Hans-Heinrich Jescheck y Thomas Weigend, *Lehrbuch des Strafrechts: Allgemeiner Teil* (Berlín: Duncker & Humblot, 1996), 370. Cf. Zaffaroni, Alagia, y Slokar, *Derecho Penal: Parte General*, 566.

115 Martos, “La Preterintencionalidad”, 572.

116 Martos, *Delitos Cualificados por el resultado en el Derecho penal español*, 107.

117 Ibid.

118 ???Manzanares Samaniego, “Sobre la preterintencionalidad heterogénea en el Derecho positivo español”, en *I Jornadas de Magistrados, Fiscales y Profesores de Derecho Penal. Trabajos preparatorios del Congreso de Viena de la AIDP* (Revista Jurídica de Castilla-La Mancha, 1989), 26 y ss.???

119 Rodrigo Fabio Suárez Montes, “La preterintencionalidad en el proyecto de Código penal de 1980”, *Anuario de Derecho penal y Ciencias Penales XXIX* (1981): 795-824.

120 Martos, *Delitos Cualificados por el resultado en el Derecho penal español*, 109 y ss.

El derecho penal debe re entenderse totalmente. Por lo menos en la preterintencionalidad debe establecerse el criterio de previsibilidad, como en el colombiano, así en aquellos casos donde es imprevisible el resultado *ergo* sea un caso fortuito, no sea imputado al autor. Esto nos lleva a comprender que la normativa penal ecuatoriana actualmente confina toda una larga dogmática superada actualmente, pues encierra la responsabilidad por el resultado, obligando al juzgador a responsabilizar incluso aquellos casos fortuitos; por otro lado, evidenciándose una ausencia de una tipificación expresa, pero que se sigue imputando y responsabilizando.

En segundo lugar, hay que mencionar que la jurisprudencia es algo que los juristas se proyectan y que los operadores de justicia pueden o no pueden aceptarlo. En los casos en que los operadores de justician deben aceptarlo de forma obligatoria es en los fallos de triple reiteración de la Corte Nacional de Justicia (en adelante CNJ) o en la jurisprudencia vinculante de la Corte Constitucional del Ecuador. Sin embargo, en ninguno de estos máximos organismos de justicia se han plasmado criterios jurisprudenciales en torno a la preterintencionalidad.

Lo ideal en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia es tener una jurisprudencia que brinde una mayor seguridad jurídica en aquellas figuras dogmáticas causalistas como en la preterintención o delitos cualificados por el resultado.

No obstante, la realidad es otra. La jurisprudencia ecuatoriana, por lo general, es poco clara, deficiente, antiquísima o poco aporta al acervo científico en la dogmática penal, en este caso, y sin ser la excepción, la preterintención. Se observa que con el decurso de los años no existen criterios o parámetros razonables que le permitan a los administradores de justicia tener un criterio unívoco frente a la preterintención. Considerando el contexto, resulta imprescindible, citar y analizar las escasas sentencias de la Corte Suprema de Justicia (en adelante CSJ) y la actual CNJ. La CNJ, argumenta que existe delito preterintencional cuando la conducta voluntaria es meramente encaminada a causar un daño o lesión en el cuerpo o salud de la víctima, sin embargo, a consecuencia del medio empleado por el agente del delito se produjo la muerte<sup>121</sup>. Es decir, existe una disonancia entre la intención del agente delictivo y el resultado producido.

A medida que se avanza, y con la convicción que argumenta la sala de lo penal de la CSJ, considera que no cabe la preterintención cuando el medio empleado resulta idóneo para la producción del resultado final<sup>122</sup>, puesto que el resultado que acontece es por el uso desmesurado de la violencia<sup>123</sup>. Este argu-

121 Expediente de Casación 582, Corte Nacional de Justicia de la República del Ecuador, Sala de Casación, 13 de mayo de 2014, 3.

122 Gaceta Judicial 5, 3.

123 Expediente de Casación 582, 3-4.

mento es sostenido cuando el autor se ensaña con la víctima de tal modo que, cuando ya se encuentra en obnubilación la víctima, continua con la agresión, *per se* resultando idóneo el medio para el resultado producido *v.gr.* la muerte. La CSJ hace una diferencia entre una agresión idónea e inidónea para determinar si existe un delito preterintencional.<sup>124</sup> Para el primero, si el medio empleado es eficaz o razonable para producir el resultado más grave, no cabría un delito preterintencional, debido a la forma en la que se emplea y coloca en vulnerabilidad a la víctima<sup>125</sup>, es decir que los actos que ejecuta el agente son suficientes de tal modo que sería inequívoco y objetivamente previsible el producir el resultado final<sup>126</sup>. Reafirmando lo antes mencionado, Jorge Boumpadre enfatiza que el medio empleado debe ser inequívocamente mortífero.<sup>127</sup> Para el segundo, si el medio empleado no es razonable o idóneo; y sin embargo produce un resultado disvalioso, se le imputaría por un delito preterintencional<sup>128</sup>, o lo que resulta más fácil, si el medio empleado en la conducta del agente del delito carece de eficacia letal existe un delito preterintencional<sup>129</sup>.

Para tener una regla clara de interpretación, es necesario mejorar el argumento de la CNJ. Hay delito de preterintencionalidad cuando el instrumento empleado, razonablemente, no debía producir el resultado final no deseado, tal como lo indica Zaffaroni.<sup>130</sup> Donna, desde un punto de vista objetivo, afirma que el medio empleado, razonablemente no debía causar el resultado no deseado, pero que sí haya sido previsible.<sup>131</sup> Desde lo subjetivo, Creus destaca que se exige el conocimiento de la idoneidad del medio empleado al agente delictivo para poder diferenciar entre un delito doloso, culposo o preterintencional.<sup>132</sup> A propósito de la carga probatoria para un delito preterintencional, *v.gr.*: en el caso de un aborto preterintencional, los agentes investigadores solo poseen un recurso: determinar si el medio empleado por el autor es hábil para matar al *nasciturus*, presumiéndose el *animus occidendi*; pero si no era hábil el medio empleado, no debe imputarse al autor el resultado final, siendo la única prueba objetiva. Por lo aseverado en líneas anteriores es que se puede decir tajantemente que no existen reglas de interpretación en la jurisprudencia del ordenamiento jurídico ecuatoriano que les permitan a los administradores de justicia determinar una pena o responsabilidad en un delito preterintencional. En tercer lugar, si bien es cierto que ni en la Constitución de la República

124 Cf., Sentencia de Suprema Corte de Justicia (Argentina), 17 de marzo de 2015, M. 438. L. RHE; Sentencia de Suprema Corte de Justicia (Argentina), 15 de Julio de 2014, Letra S Nro. 168 Año 2013 Tomo 49 Tipo RHE; Sentencia de Suprema Corte de Justicia (Argentina), 15 de Julio de 2014, Letra R Nro. 713 Año 2013 Tomo 49 Tipo RHE.

125 Gaceta Judicial 5, 2-4.

126 Expediente de Casación 582, 2-3.

127 Jorge Boumpadre, *Derecho Penal. Parte Especial - Tomo I*, 160 y ss.

128 Gaceta Judicial 5, 2-4.

129 Expediente de Casación 582, 2-3.

130 Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal Parte General III*, 273.

131 Edgardo Alberto Donna, *Derecho Penal Parte Especial Tomo I*, 4.a ed. (Buenos Aires: Rubinzal-Culzoni Editores, 2011), 91-95.

132 Carlos Creus, *Derecho penal Parte especial Tomo 1*, 6.a ed. (Buenos Aires: Editorial Astrea, 1998), 41-45.

del Ecuador, ni en el COIP, se encuentra conceptualizado expresamente el principio de culpabilidad que permita limitar el poder punitivo del Estado, deja al libre albedrío a fiscales subsumir a una conducta a cualquier tipo penal, para que sea preterintencional; y a los administradores de justicia imponer una pena ilegítima. Demostrando así el vacío legal que opera actualmente en el Ecuador.

El moderno derecho penal determina que no existe pena sin culpabilidad, pues se entiende que el principio de culpabilidad es la inexistencia de una conducta típica cuando esta no responda a título de dolo o, por lo menos, de culpa. En palabras más sencillas, es la exclusión de la imputación por la mera causación del resultado.<sup>133</sup> Desde la posición de Mourillo el *versari in re illicita* viola el principio de culpabilidad, cerrando el paso a la dogmática de la tipicidad subjetiva, tratándose de una fórmula de responsabilidad objetiva.<sup>134</sup> Actualmente, según el objetivismo moderado predicado por Stefano Canestrari,<sup>135</sup> es necesaria la imputación objetiva para delimitar fronteras con la responsabilidad preterintencional, inversamente, el objetivismo puro es sumamente consiente de que existe una problemática constitucional con la existencia de la preterintencionalidad en relación con la culpabilidad.<sup>136</sup>

El principio de culpabilidad funge como un límite al poder punitivo del Estado. Para Polaino Navarrete es el fundamento y límite de la pena<sup>137</sup>, para Mir Puig de cierta manera brinda seguridad jurídica porque debe imputarse objetiva, subjetiva y personalmente al autor del ilícito<sup>138</sup>. Sin embargo, cuando se imputa a una persona de un determinado delito sin demostrarse su culpabilidad, como en los delitos preterintencionales, para Solari “[...] la violación al principio de culpabilidad es en estos casos flagrante”.<sup>139</sup>

En los delitos preterintencionales la responsabilidad es anómala porque se hace responsable al agente delictivo de todas las consecuencias que surjan por el mero hecho de estar en la actividad inicial del mismo o por haber tenido un mínimo nexo causal. Así, el principio de culpabilidad impide la aplicación de la responsabilidad objetiva, es decir, se descarta que con una simple relación de causalidad entre la conducta y el resultado final una persona sea condenada sin una mayor justificación.

Por ejemplo, la dogmática penal alemana ha comprendido que ciertas

133 Eugenio Raúl Zaffaroni, Alejandro Alagia, y Alejandro Slokar, *Manual de Derecho Penal: Parte General*, 565.

134 Alfonso Carlos Cardenal Murillo, *La responsabilidad por el resultado en Derecho Penal (Estudio histórico-dogmático de sus manifestaciones en el Libro I del C.P. español)* (Madrid: Edersa, 1990), 118-125.

135 Stefano Canestrari, “Preterintenzione, in *Digesto delle Discipline Penalistiche*”, *Uret*, Torino, IX (1995): 704 y ss.

136 Ambos, “Preterintencionalidad y cualificación por el resultado: Reflexiones desde el Derecho comparado”, 7.

137 Miguel Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo I*, 78.

138 Santiago Mir Puig, *Derecho Penal: Parte General*, 125-134.

139 Tito Solari Peralta, “Versari in re illicita”, 246



disposiciones de su antiguo código penal iban en contra del principio *nullum crimen sine culpa*.<sup>140</sup> Beling<sup>141</sup>, Mayer<sup>142</sup> y Welzel<sup>143</sup> sostienen que los resultados agravados no eran imputados a título de culpa, sino que constituían genuinos casos de responsabilidad objetiva. Por otro lado, la justificante para la imputación de la responsabilidad objetiva del resultado más grave de la preterintencionalidad es el mero nexo de causalidad material.<sup>144</sup> En otras palabras, desconoce y excluye la naturaleza culposa del resultado final no deseado o de cualquier consideración subjetiva; y se le imputa paralelamente como doloso y culposo, siendo la esencia de la preterintencionalidad.

Para poder comprender las especies de culpabilidad se debe tener presente que la misma es compuesta por la actividad psíquica del agente delictivo en relación con el resultado y la valoración jurídica.<sup>145</sup> En palabras de Roxin “[...] la culpabilidad presupone en el fuero interno la libertad de comportarse de una u otra forma”.<sup>146</sup> Esto quiere decir que el nivel de culpabilidad se determinará por los factores internos del agente delictivo y la dimensión de los daños causados. La importancia de respetar el principio de culpabilidad, tal como Jakobs argumenta, es que cumple un rol estabilizador de confianza en el ordenamiento jurídico penal.<sup>147</sup> Para Roxin no es tan eficaz la función protectora del principio de culpabilidad, ya que solo serviría de protección para aquellas personas delictivas y culpables, más no para los inculpables.<sup>148</sup> La defensa del citado autor es que dicho principio presupone un medio de limitación del poder estatal y a la magnitud de la pena aplicable al delito cometido.<sup>149</sup> Para López Betancourt<sup>150</sup>, Nieves<sup>151</sup>, Solano<sup>152</sup> y otros, de acuerdo con las especies o formas de culpabilidad, en la tendencia actual del Derecho Penal, son dos: dolo y culpa, siendo la excepción la preterintención, ultraintención o como los autores enfatizan, una hipótesis de culpabilidad arcaica existente en pocos países. Ya decía Jiménez de Asúa en siglo XVI que la preterintención es una subespecie de las dos actuales, agregando a su pensamiento el de Mezger,

140 Zaffaroni, *Tratado de Derecho Penal Parte General III*, 427.

141 Ernst von Beling, *Grundzüge des Strafrechts*, Überarbeit (Tübingen: Mohr, 1930), 53-60.

142 Max Ernst Mayer, *Der allgemeine Teil des deutschen Strafrechts*, 2.a ed. (Heidelberg: Carl Winters Universitätsbuchhandlung, 1923), 120-145.

143 Hans Welzel, *Das Deutsche Strafrecht in seinen Grundzügen*, 2.a ed. (Berlín: Walter de Gruyter & Co, 1949), 25-40.

144 Álvaro Salgado-González, Nohora García-Romero, y Paulo López-Torres, “Preterintención: Un periódico de ayer”, *Vis Iuris, Revista de derecho y ciencias sociales*, 4, 115.

145 Martos, “La Preterintencionalidad”, 561 y ss.

146 Claus Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, Trad. y n.: Diego Luzón Peña, Miguel Díaz y García Conlledo, Javier De Vicente, 2.a ed. (Thomson; Civitas, 2006), 101.

147 Günther Jakobs, *El concepto jurídico penal de acción*, Trad. Manuel Cancio Melía y Santiago Mir Piug (Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1996), 20.

148 Claus Roxin, *Culpabilidad y prevención en Derecho Penal*, Trad.: Francisco Muñoz Conde (Madrid: Instituto Editorial Reus S.A., 1981), 25.

149 Roxin, *Derecho Penal Parte General Tomo I. Fundamentos. La Estructura de la Teoría del Delito*, 99-103.

150 López Betancourt, *Teoría del Delito*, 215.

151 Ricardo Nieves, *Teoría del Delito y Práctica Penal. Reflexiones Dogmáticas y Mirada Crítica* (Santo Domingo: Escuela Nacional del Ministerio Público/ Centenario SA, 2010), 148.

152 Henry Solano Vélez et al., *Temas de derecho penal parte general. Teoría general del derecho penal* (Medellín: Universidad Pontificia Bolivariana, 2019), 113.

Löffler y Miricka de que, aunque exista una tripartición, “[...]dolo y culpa son, en verdad, las únicas que existen [...]”<sup>153</sup>.

De acuerdo con Robleto, la literatura moderna también discute sobre la crisis del principio de culpabilidad en los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado, porque la enseñanza descrita se refiere a la responsabilidad por todos los éxitos de una conducta ilícita.<sup>154</sup> De igual forma, Etcheberry añade que “[...] implica una ruptura radical con el principio de culpabilidad, ya que su responsabilidad se basa netamente en el resultado final que esa conducta produce independientemente de la tipicidad subjetiva”.<sup>155</sup> Por lo tanto, se colige que la preterintencionalidad viola expresamente el principio de culpabilidad porque no se demuestra la relación de culpabilidad entre el hecho cometido y el resultado de la acción producida para atribuirle al agente delictivo. La comisión del injusto debe ser reprochado personalmente al sujeto activo para imputarse una pena en concreto. Por el contrario, si no se demuestra su culpabilidad, no se podrá imponer una sanción penal.

En matices teóricos similares, Polaino Navarrete, tiene un fundamento inatacable, en cuanto sostiene que los estándares asumidos por la actual política criminal están estrechamente vinculados con la dogmática penal *ergo* las construcciones causalistas neoclásicas valorativas, *verbi gratia*: la preterintención en el sistema finalista del desvalor de la acción o, especialmente en el de la culpabilidad normativa, son incompatibles en un Estado Constitucional de Derechos y Justicia o en un Derecho Penal Garantista.<sup>156</sup> Cobo, Vives, Boix, Orts y Carbonell<sup>157</sup> se pronuncian, criticando y rechazando a la preterintención, cuya existencia es incompatible con el principio de culpabilidad, que incluso puede ser inconstitucional<sup>158</sup>,

enfaticando la supresión de esta figura como la solución ideal.

Por otro lado, el principio de legalidad tiene su base en el aforismo de Feurebach *nullum crime, nullum poena sine lege*. Principio que exige cuatro garantías a la norma jurídica: (i) *lex certa*, (ii) *lex previa*, (iii) *lex scripta* y (iv) *lex stricta*. La *lex certa* o principio de taxatividad, certeza o prohibición de indeterminación es la garantía que exige describir un delito con la mayor claridad y concisión posible. Por añadidura, tal y como sostiene Polaino: “Esto es, ha de describir qué acción u omisión es seleccionada por la norma penal, qué elementos (objetivos y subjetivos) caracterizan la conducta, y qué sanción

153 Jiménez de Asúa, *Principios del Derecho Penal: La ley y el delito*, 358.

154 José Jaime Robleto Gutiérrez, “El versari in re illicita, (tratándose de materia ilícita se responderá de sus consecuencias), orígenes y resabios”, *Revista Saber y justicia*, vol. 2, núm. 20, 2021, 86.

155 Alfredo Etcheberry, *Derecho Penal. Parte General* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 1998), 153

156 Pról.: Miguel Polaino Navarrete, en *Delitos Cualificados por el resultado en el Derecho Penal Español*, (España: Bosch Editor, 2012).

157 Manuel Cobo del Rosal, et al., *Derecho Penal, Parte Especial*, 3.a ed. (Valencia: Editorial Tirant lo Blanch, 1990), 606.

158 Martos, “La Preterintencionalidad”, 596.

penal se establece para la misma.”<sup>159</sup> Con este criterio es evidente que, en la preterintencionalidad no se cumple con la garantía de *lex certa* del principio de legalidad porque carece de un tipo penal en específico en la parte especial del COIP. Sobre ello, cabe mencionar que el tratamiento que las legislaciones latinoamericanas le dan a la preterintención son: en primer lugar, el *sistema de numerus clausus*<sup>160</sup>; y en segundo, el de *numerus apertus*<sup>161</sup>.

En ese sentido, el COIP carece de tipos penales cerrados preterintencionales. Lo que permite la discrecionalidad de los juzgadores al imponer la sanción penal, generando yerros en las sentencias, vulnerando el principio de tipicidad de la ley penal. Y, esto porque solo se da una mera descripción del tipo subjetivo, más no sus elementos constitutivos o descriptivos. Al hilo de la reflexión anterior, García pone de relieve que los elementos para encajar la figura de la preterintención deben ser valorados por los jueces y, “[...] que por supuesto no serán coincidentes los criterios entre unos y otros, llegando al punto, probablemente, de inventarse un tipo penal, transgrediendo el principio de legalidad.”<sup>162</sup>

La — *lex previa* — o principio de irretroactividad determina que es necesario que una persona tenga conocimiento que si actúa de determinada manera incurrirá en algún ilícito o en una nueva pena.<sup>163</sup> Es la prohibición de retroactividad de las normas que sanciona nuevos delitos o las agrava. Esta garantía tiene dos matices: (i) la garantía criminal en virtud de la cual no debe ser considerado delito si al momento de su comisión no estaba expresado como tal ; y, (ii) la garantía penal, que impide infligir la pena si no estuviese descrito en la norma exactamente.<sup>164</sup>

La — *lex scripta* — o principio de ley escrita postula que se deben describir las conductas delictivas con su sanción penal únicamente mediante la norma, como única fuente del derecho. Es decir, la única fuente para la creación de delitos y sus penas es mediante la creación de figuras delictivas con su consecuencia jurídica, es, pues, una exigencia de una ley escrita y válida en el ordenamiento jurídico.<sup>165</sup> En la preterintención al no existir estructuras típicas específicas que hagan referencia a la punición de los delitos preterintencionales, a juicio de Polar “[...] infringiría la prohibición de crear delitos indeterminados, pues no permitiría conocer con exactitud lo que es materia

159 Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo I.*, 117

160 Consiste en la introducción en la Parte General (parte sustantiva) el concepto de la preterintencionalidad, empero, limitando su aplicabilidad a determinados casos.

161 Es la introducción en la Parte General (parte sustantiva) la fórmula conceptual del delito preterintencional aplicable a todos los casos que se presenten en la práctica penal.

162 García Sánchez, *La controvertida aplicación del delito preterintencional contemplado en la legislación ecuatoriana y sus efectos jurídicos*, 165.

163 Mir Puig, *Derecho Penal. Parte General.*, 106

164 Polaino Navarrete, *Lecciones de Derecho Penal. Parte General. Tomo I.*, 119.

165 *Ibid.*

de prohibición, ni efectuar una interpretación cierta y despejada de dudas, afectando la seguridad jurídica.”<sup>166</sup>

Y la *lex stricta* o prohibición de analogía es la exigencia de prever una sanción concreta para una acción determinada, esto se traduce en que no puede aplicarse una pena para una conducta parecida o análoga, pese a que la conducta guarde estrecha similitud.<sup>167</sup> Por otro lado, “[...] impone un cierto grado de precisión de la ley penal y excluye la analogía en cuanto perjudique al reo (analogía *in malam partem*)”.<sup>168</sup> En los delitos preterintencionales, Polar, con su claridad argumentativa, afirma que: “[...] constituye una flagrante vulneración a esta expresión del principio de legalidad, el uso de la analogía en la solución de casos penales, pues la analogía no es propiamente una forma de interpretación legal, sino de aplicación.”<sup>169</sup>

Esto porque el problema estriba en que los operadores de justicia no distinguen entre los delitos cualificados por el resultado y los preterintencionales por la redacción del COIP. Lo que “[...] ha generado demasiada controversia entre los juristas y órganos jurisdiccionales, quienes ante una estructura típica cualificada por el resultado, argumentan estar frente a un supuesto preterintencional o paralelamente en ambos supuestos.”<sup>170</sup> Se vislumbra que el problema merma por la ausencia de reglas para la aplicación en estos casos compuestos de dolo y culpa, porque la mera descripción en la Parte General del COIP es insuficiente frente a las exigencias del principio de legalidad.

Cuando se analiza un delito en la legislación penal ecuatoriana se debe situar en el esquema finalista. el problema, señala García: “En el caso de la preterintención cómo hacer el examen, si carece de un tipo penal dentro de la parte especial del COIP, dejando al arbitrio de los operadores de justicia la adecuación de un tipo penal en donde encuadre la disposición del artículo 26 [...]”<sup>171</sup>.

Con este criterio es pues evidente la vulneración al principio de legalidad en sentido estricto.

La aplicación de la preterintención vulnera el principio de legalidad. La legislación ecuatoriana determina en su texto constitucional que: “[n]adie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de

166 Jorge Luis Polar Cadillo, *Los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado, y el concurso ideal de delitos* (Lima: Universidad San Martín de Porres, 2019), 153.

167 *Ibid.*

168 Mir Puig, *Derecho Penal: Parte General.*, 107

169 Polar, *Los delitos preterintencionales y cualificados por el resultado, y el concurso ideal de delitos.*, 52

170 *Ibid.*, 160.

171 Geoconda del Rocío García Sánchez, *La controvertida aplicación del delito preterintencional contemplado en la legislación ecuatoriana y sus efectos jurídicos*, 154

otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley.”<sup>172</sup> A la luz de lo mencionado, Araujo indica que no hay infracción penal, pena, ni proceso penal sin la existencia de una ley anterior a la comisión del hecho, argumento que rige cuando el COIP remite a otra disposición legal para completar o integrarla.<sup>173</sup> El COIP no puede recoger cualquier hipótesis o remitirse a su concepto de preterintención para dejar al criterio del juzgador establecer si se cumple o no con los elementos de este. En una concepción general, el COIP solo conceptualiza a la preterintención, más no describe cuáles son los elementos constitutivos para un determinado tipo penal.

Como se ha anunciado, cuando se analiza en estricto sentido un delito preterintencional en la legislación penal ecuatoriana, es una discrecionalidad, una invención de tipos penales, porque en la parte especial no está expresamente tipificado, por ejemplo, un homicidio preterintencional, etc. La fórmula que determina el COIP para que se remita al art. 26 inciso 2, es una fórmula que se aplica en cualquier delito posible en la praxis. El COIP no es claro, autónomo, ni unívoco en cuando a la utilización de la preterintención. Siendo evidente una clara arbitrariedad y una inexistencia a los límites del poder punitivo del Estado.

En general, el principio de legalidad, no solo se refiere al contenido prescriptivo de la norma, si no contiene más garantías que le componen. Esto implica que el legislador debe regular todos los aspectos de la conducta delictiva y la sanción en particular, su alcance o al menos los criterios para determinarla. Esto, con el objetivo de evitar la discrecionalidad o arbitrariedades al momento de imponer una sanción penal. La preterintencionalidad no le permite cumplir con su deber a cabalidad a los operadores de justicia, pues no se puede delimitar claramente las conductas punibles, ni mucho menos determinar la responsabilidad.

## 5. SOLUCIÓN

Zaffaroni pone de relieve que en el caso de no existir tipificaciones específicas de delitos preterintencionales, se resolverían fácilmente mediante un concurso ideal de delitos, imputándose la conducta inicial con dolo y la del resultado final con culpa. Opinión en la que coinciden Velásquez<sup>174</sup> y Villavicencio<sup>175</sup>.

El concurso ideal de delitos se da cuando existe una pluralidad típica dentro de una conducta, según el COIP: “[c]uando varios tipos penales son subsumibles

172 Constitución de la República del Ecuador, 2008, artículo 75 numeral 3.

173 María Paulina Araujo Granda, *Consultor Penal-COIP: Actualizado, con doctrina y jurisprudencia* (Quito: Corporación de Estudios y Corporaciones, 2019), 586.

174 Velásquez, *Fundamentos de Derecho Penal Parte General*, 453.

175 Felipe Villavicencio, *Derecho penal - Parte general*, 5.a ed. (Lima: Editores Grijley, 2014), 696 y ss.

a la misma conducta, se aplicará la pena de la infracción más grave”<sup>176</sup>. Dicha circunstancia es solamente de desvalores, donde un delito tiene una especial presentación de doble tipicidad, entiéndase cuando la conducta abarca diversos tipos penales.<sup>177</sup>

La postura que actualmente se mantiene y que se encuentra recogida es el criterio de Jiménez de Asúa: “[n]o creo exagerar en el repudio de esos residuos inciviles. Cuanto más intenso sea, más ganará la justicia”.<sup>178</sup> Dicho criterio sirve de faro para guiar en la búsqueda de solución, siendo de *lega ferenda* para eliminar y no de *lege lata*. Bustos, adhiriéndose a lo antes mencionado, considera que aplicar a la preterintencionalidad las reglas del concurso ideal es un principio correctivo.<sup>179</sup> De igual forma, García Falconí consciente de que hay que abogar por su desaparición, y que el legislador al incorporarlo en el COIP ha dado un paso atrás con estos delitos de alta peligrosidad, plantea y reafirma que la solución es dejar los casos a las reglas del dolo, la culpa y del concurso de infracciones.<sup>180</sup>

En representación, Mir Puig cita el caso típico de la preterintencionalidad cuando el agente delictivo queriendo causar solo lesiones, pero en realidad le causa la muerte, debería ser penado por un concurso de delitos al existir un delito de lesiones dolosas y un resultado de homicidio culposo.<sup>181</sup> Solari respalda esta solución al argumentar que “Es deseable, y también factible dentro de la contextura del Código, eliminar dichas excepciones para respetar integralmente el principio de culpabilidad”<sup>182</sup>

Sin embargo, la idea que puede saltar a la vista es en los supuestos en que la conducta delictiva inicial no se haya consumado, *ergo*, exista tentativa. Como caso típico se puede representar cuando: “A” de forma consciente le cuenta a “C” que tiene la intención de causar lesiones físicas a “B”, para lo cual “A” le da un golpe con el puño en la sien de la cabeza, produciéndole la muerte a “B”. Evidentemente, se estaría frente a un concurso ideal de delitos con una tentativa idónea de lesiones<sup>183</sup> y un homicidio culposo<sup>184</sup> derivado de una misma conducta. Para lo cual, el juzgador deberá determinar la pena atenuada para la tentativa de lesiones y sumar la pena aplicable por el homicidio culposo. José Cerezo enfatiza que la preterintencionalidad es incompatible con el principio de culpabilidad, debido a que muchas veces el resultado no querido es no previsible, pero es imputado por el mero nexo causal, imputándose a

176 Artículo 21, COIP.

177 Zaffaroni, Alagia, y Slokar, *Derecho Penal: Parte General*, 865 y ss.

178 Jiménez de Asúa, *Principios del Derecho Penal: La ley y el delito*, 385.

179 Juan Bustos, *Manual de Derecho penal español-Parte General* (Barcelona: Editores Ariel S.A., 1984), 275.

180 Ramiro García Falconí, *Código Orgánico Integral Penal Comentado: Artículos 1 al 78. Tomo I.* (Lima: Ara Editores, 2014), 334.

181 Mir Puig, *Derecho Penal: Parte General*, 314.

182 Solari, “Versai in re illicita”, 254

183 Sancionado por el artículo 152 del COIP y atenuado de una a dos tercios por el artículo 39 *ibid.*

184 Sancionado por el artículo 155 del COIP.

título de dolo.<sup>185</sup> Aquí es evidente que se reconoce una responsabilidad dolosa donde ni siquiera concurre culpa. También es cierto que, aplicando el concurso ideal de infracciones en estos supuestos, la pena sería mayor a la de “dos tercios” que determina el articulado de la preterintencionalidad.

La gran finura técnica del profesor Cancio Meliá, indica que hay casos donde lo antiguo acaba siendo moderno.<sup>186</sup> Considera que la preterintencionalidad es una antigualla, cuya figura debe eliminarse porque mezcla dos mundos: la conducta dolosa y la conducta imprudente, concibiéndose clásicamente, como en el COIP, una forma propia de culpabilidad, carente de sentido. Además, ratifica que es una catástrofe e innecesaria en una legislación, cuya solución total es la vía de concurso ideal. Es así como, para que exista una conciliación armónica, se debe destipificar a la preterintención.

## 6. CONCLUSIONES

Para concluir, es claro que la legislación penal ecuatoriana es abstracta, bizantina y poco cambiante, siendo un claro ejemplo la preterintención. Desde su génesis ha traído varias consecuencias peyorativas en su aplicabilidad normativa por su carácter polimorfo y crudeza en la imputación de delitos. En el COIP, con influencia finalista, se considera como una tercera forma de culpabilidad junto con dolo y culpa, mermando varios problemas. En primer lugar, en la parte general, en sentido estricto. En segundo lugar, en la parte especial, en ciertos delitos que la errónea redacción que le da el legislador confunde a la preterintención con los delitos cualificados por el resultado. En tercer lugar, pese a que la jurisprudencia de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador brinda ciertas pautas interpretativas para su mejor aplicación, poco o nada aporta por sus antiquísimas resoluciones y falta de desarrollo dogmático. Lo que genera incertidumbre y yerros en las sentencias de los jueces de garantías penales como en la determinación de la pena, pues no existen criterios unívocos.

No se entiende cuál ha sido el razonamiento lógico o dogmático de los legisladores para conservar a la preterintención en el Código Penal. Pues vulnera el principio de culpabilidad, legalidad, concreción del hecho e incluso se puede llegar a una inconstitucionalidad por parte de los administradores de justicia por la falta de tipificación expresa de los delitos preterintencionales. De esta manera, se están aún sancionando delitos preterintencionales no tipificados, con una pena no prevista expresamente, no limitándose al poder punitivo del Estado, y vulnerado los principios y garantías constitucionales mencionados. Se ha demostrado el vacío legal que opera en el Ecuador, dejando al libre

185 José Cerezo, *Problemas fundamentales del Derecho Penal* (Madrid: Editorial Tecnos S.A, 1962), 60 y ss.

186 Manuel Cancio Meliá, *Apuntes de Manuel Cancio Meliá*. VI Escuela Alemana de Ciencias Criminales y Dogmática Penal - Universidad de Göttingen. Módulo: Elementos fundamentales de la teoría jurídica del delito. 3 de septiembre de 2021.



albedrío a los agentes fiscales en formular cargos sobre una conducta no tipificada, pero que a su juicio es preterintencional y dejando a los jueces la discrecionalidad de valorar o no con la simple descripción general de preterintención en el COIP.

Finalmente, uno de los esfuerzos más exigentes de los dogmáticos en materia penal, en una sociedad, es eliminar figuras jurídicas causalitas conservadas en los códigos penales. Resulta inverosímil que en el siglo XXI se siga sentenciando a personas bajo esta tercera forma subjetiva del tipo, pero que en el Ecuador es una realidad normativa y práctica. Eliminar a la preterintención brinda una mayor seguridad jurídica a la praxis del derecho penal, limita el poder punitivo del Estado y, favorece al principio de culpabilidad, legalidad y concreción del hecho. Por eso de *lege ferenda* se propone el concurso ideal de delitos, siendo suficiente para su aplicación normativa en la práctica penal. Así, estar realmente en un Estado Constitucional de Derechos que respeta principios imprescindibles e inviolables en un Derecho Penal Funcional.

ABOGADO

# Carlos Arosemena Baquerizo

Más de 15 años de experiencia  
en el patrocinio de Acciones derivadas  
del Contrato de Seguros y Reclamos  
Administrativos de Seguros.

Samborondón Business Center,  
Torre C (Office Center),  
piso 2, oficina 22.  
046019220 | +593 999607730  
Guayaquil - Ecuador

[www.rosemenabaquerizo.com](http://www.rosemenabaquerizo.com)  
[carosemena@rosemenabaquerizo.com](mailto:carosemena@rosemenabaquerizo.com)

 [linkedin.com/carlos-rosemena-baquerizo](https://www.linkedin.com/carlos-rosemena-baquerizo)



# PINO/ELIZALDE

A B O G A D O S

[www.pinoelizalde.com](http://www.pinoelizalde.com)



@pinoelizalde



Pino Elizalde



@usfqpress