

calamo

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICOS

Número 23 / Julio 2025



FACULTAD DE
DERECHO

Derecho y Economía: convergencias e impacto social

Coordinadores del Dossier

Rubén Méndez Reátegui
Fabián A. Romero Jarrín

Autores y autoras

- Juan Manuel Alba Bermúdez
- José Miguel Amado Balaguera
- Noemí Collío Zambrano
- María Carolina França
- Jaime Gallegos Zúñiga
- Daniel Alberto Garza de la Vega
- Ejan Mackaay
- Patrícia Medeiros
- Rubén Méndez Reátegui
- Catalina Mendoza Eskola
- María Alexandra Ortiz Cabrera
- Fabián Alejandro Romero Jarrín
- Mónica Sofía Safar Díaz
- Alessandro Solarte Cárdenas
- Luciano Benetti Timm
- Carlos Trujillo Viteri



cámano

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICOS

udla.

CRÉDITOS

UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS - ECUADOR
Facultad de Derecho

RECTOR
Gonzalo Mendieta

VICERRECTORA ACADÉMICA
Diego Buenaño

DECANO
Santiago Guarderas

DIRECTOR ACADÉMICO
Nicolás Burneo

DIRECTORA CÁLAMO
Lydia Andrés Oleas

COMITÉ EDITORIAL NACIONAL

- Adriana Rodríguez Caguana, PhD. Universidad Andina Simón Bolívar
- David Cordero Heredia, J.S.D. Pontificia Universidad Católica del Ecuador; Cornell University
- José Suing Nagua, PhD. Universidad de las Américas
- Juan Carlos Prado Rodríguez, Phd. Universidad San Francisco de Quito
- Juan Manuel Alba Bermúdez, Phd. Universidad de las Américas
- Marcella da Fonte, Phd. Universidad de las Américas, Ecuador; Universidad Andina Simón Bolívar
- María Helena Carbonell Yáñez, Phd. Corte Constitucional del Ecuador
- Patricia Alvear Peña, Phd. Universidad de Buenos Aires, Universidad Internacional del Ecuador
- Richard Ortiz Ortiz, Phd. Universidad de las Américas, Corte Constitucional del Ecuador
- Viviane Monteiro, Phd. Universidad San Francisco de Quito

COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL

- Juan Antón, PhD. Universitat de Barcelona, España
- Ignacio Cremades, PhD. Universidad Complutense de Madrid
- Blanca Rodríguez, PhD. Universidad de Sevilla
- Roberto Bueno, PhD. Universidade Federal de Uberlândia, Brasil
- Gorki Yuri Gonzales, PhD. Universidad Católica del Perú

- Mónica Gonzáles Contró, PhD. Universidad Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México
- Patricia Reyes, PhD. Universidad de Valparaíso, Chile
- Martín Aldao, PhD. Universidad de Buenos Aires, Argentina
- Raúl Gustavo Ferreyra, PhD. Universidad de Buenos Aires, Argentina
- Liliam Fiallo, Phd. Universidad de Massachusetts, AMHERST, Estados Unidos de América

CORRECCIÓN DE ESTILO

Español
Christian Chasi
Inglés
David Barreto

DISEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN

Jorge Navarrete
V&M Gráficas
Contacto: (593) 3201 171

PERIODICIDAD

Semestral (enero – julio)

DEPÓSITO LEGAL

Universidad de Las Américas, Facultad de Derecho,
sede Granados, Quito, Ecuador

Teléfono +593 (2) 398 1000

Contacto: calamo@udla.edu.ec

DERECHOS RESERVADOS

El contenido de los artículos es de exclusiva responsabilidad de los y las autoras. Los textos pueden reproducirse total o parcialmente citando la fuente.

Esta obra está bajo licencia *Creative Commons* 4.0
reconocimiento sin obra derivada (CC BY-ND 4.0)

ISSN: 1390-8863
ISSN digital: 2737-6133

ARBITRAJE

Los artículos que conforman el número 23 de Cálamo han sido evaluados bajo la modalidad de revisión por pares ciegos.

Dossier

- **Presentación**
Un nuevo devenir en el Derecho & Economía latinoamericano
Heterogeneidad metodológica y pluralidad en el diálogo de ideas 6
Rubén Méndez Reátegui y Fabián A. Romero Jarrín
- **Las teorías contractualistas en la exégesis metaética sobre**
la legitimidad de las políticas económicas 14
Juan Manuel Alba Bermúdez
- **Law and Economics**
What's in it for us Civil Lawyers?..... 28
Ejan Mackaay
- **Proyección económica de la función pública** 36
José Miguel Amado Balaguera
- **Taxation in the Digital Sector: Challenges and Opportunities**
for Tax and Economic Law 48
Daniel Alberto Garza de la Vega y Fabián Alejandro Romero Jarrín
- **Fiscal Rules: Some Normative Thoughts from Chile, Colombia and Ecuador**..... 65
Jaime Gallegos Zúñiga, Rubén Méndez Reátegui y Fabián Romero Jarrín
- **Confidencialidad y derecho a la defensa en derecho de competencia** 82
Carlos Trujillo Viteri
- **Administrative Law and Economic Analysis of Law**
A Neo-institutional Perspective for Colombia..... 97
María Alexandra Ortiz Cabrera y Mónica Sofía Safar Díaz
- **Order, Economics and Regulatory Process**..... 112
Luciano Benetti Timm, María Carolina França y Patrícia Medeiros

Ensayo

- **A conocer este mundo**
Experiencias de personas trans con la justicia 126
Catalina Mendoza Eskola
- **Legal Design Thinking and Criminal Law: Critical Considerations** 145
Eduardo Morales Barra
- **Gynecological-obstetric Violence in Chile**
State Responsibility for Failures in Service Provision..... 161
Noemí Collío Zambrano

Entrevista

- **Los retos de la administración tributaria frente a la economía digital**
Entrevista con José Suing Nagua 178
Alessandro Solarte Cárdenas

DOSSIER

Handwritten signature in light beige ink.

PRESENTACIÓN

UN NUEVO DEVENIR EN EL DERECHO & ECONOMÍA LATINOAMERICANO Heterogeneidad metodológica y pluralidad en el diálogo de ideas

PRESENTATION

A NEW DEVELOPMENT IN LATIN AMERICAN LAW AND ECONOMICS Methodological Heterogeneity and Plurality in the Dialogue of Ideas

APRESENTAÇÃO

UM NOVO DESENVOLVIMENTO NO DIREITO E NA ECONOMIA LATINO-AMERICANOS Heterogeneidade metodológica e pluralidade no diálogo de ideias

*Rubén Méndez Reátegui** y *Fabián Romero Jarrín***

INTRODUCCIÓN

La convergencia entre el Derecho y la Economía supone más que una elemental interacción entre dos disciplinas. En rigor, refleja una constelación de relaciones normativas (simbólicas) y del ser que preponderan y estructuran la vida en sociedad. Esta interacción, por momentos espontánea y por momentos “subyugada” por la voluntad humana, se manifiesta desde los niveles de micro decisión –como los incentivos que recaen en los individuos en contextos contractuales o regulatorios– hasta las formas que configuran estructuras macroeconómicas, institucionaliza políticas públicas y distribuye otros espacios materiales de poder. Pensar esa convergencia no implica únicamente medir impactos o cuantificar rendimientos de la normatividad, sino también preguntarse cómo el Derecho y la Economía

se constituyen mutuamente, se interpelan y, en ocasiones, se tensionan.

Desde sus orígenes, el movimiento Derecho y Economía (*Law & Economics* más allá del análisis económico del derecho) buscó ofrecer un lenguaje común para el diálogo interdisciplinar. En su formulación constructivista y preponderante, Coase, Calabresi, o Posner, se propusieron evaluar las reglas jurídicas desde y en sintonía con las nociones de eficiencia social, los fallos del mercado, los costos de transacción y el riesgo moral. Esta perspectiva ha permitido generar modelos interpretativos y descriptivos (economía positiva) potentes para analizar el diseño, las funciones de los remedios legales y la arquitectura institucional del mercado. Sin

* Doctor Internacional en Derecho (Cum Laude) por la Universidad de Salamanca, Doctor en Economía por la Universidad de Macquarie y la Universidad Complutense de Madrid, y Doctor en Ciencias Sociales y Jurídicas por la Universidad Rey Juan Carlos. Es académico del Instituto de Investigación en Derecho y del Claustro Doctoral de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Chile, donde dirige el Grupo de Investigación CONVERGENCIA. Ha publicado más de 250 trabajos científicos y participa activamente como editor, evaluador y director de revistas indexadas, además de desempeñarse como consultor internacional en materia de regulación económica, competencia y política pública.

Correo electrónico: ruben.mendez@uaautonoma.cl. ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8702-5021>

** Abogado graduado por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil (UCSG), con especialización en Tributación y una maestría en Derecho con mención en Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Posee un Diploma de Especialización en Análisis Económico del Derecho otorgado por la Universidad de Valencia y un International Diploma in Public Law and Economics expedido por la Universidad Católica de Cuenca (UCACUE). Actualmente, cursa el doctorado en la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), México. Es socio principal de MPR Abogados y profesor titular de la cátedra de Derecho Tributario en la Universidad Católica de Cuenca. Correo electrónico: fabian.romero@ucacue.edu.ec ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1132-2008>

Cómo citar esta presentación: Méndez Reátegui, Rubén y Fabián Romero Jarrín. 2025. “Un nuevo devenir en el Derecho & Economía Latinoamericano: Heterogeneidad metodológica y pluralidad en el diálogo de ideas”. *Revista de Estudios Jurídicos Cálamo*, num. 23: 6-13. DOI: <https://doi.org/10.61243/calamo.23.471>.

embargo, también ha sido objeto de críticas por su pretendida neutralidad, por su “formulación” desde los incentivos individuales, su anacronismo y conservadurismo (que algunos relacionan con su rigidez operativa al momento de afrontar al mundo y sus complejidades) y su reduccionismo a nivel metodológico. A pesar de ello, el Derecho y la Economía han evolucionado, ampliando sus fronteras hacia enfoques institucionales, comparados, empíricos e incluso críticos.

Tal como advirtieron Calabresi y Melamed al cierre de su célebre aporte, toda aproximación analítica –incluido el Derecho y Economía– ofrece una representación parcial de la complejidad jurídica: Pero este enfoque también ofrece sólo una vista de la Catedral. (Calabresi y Melamed 1972).¹ La metáfora de la catedral alude a la imposibilidad de reducir el fenómeno jurídico a una sola dimensión –se trate de eficiencia, corrección, distribución o legitimidad–, y exhorta a multiplicar las perspectivas desde las que se piensa el Derecho. Ahora bien, es importante advertir que el enfoque de este aporte científico no se circunscribe al análisis económico del Derecho en su formulación canónica, asociada a la literatura de eficiencia normativa y modelos microeconómicos aplicados al razonamiento jurídico. Aunque algunos de los trabajos aquí reunidos dialogan con ese marco –ya sea para aplicarlo, ampliarlo o problematizarlo–, el propósito editorial ha sido deliberadamente más amplio. La convocatoria se estructuró sobre la idea de una convergencia entre Derecho y Economía que trascendiese las escuelas o tradiciones metodológicas, el *mainstream* versus el *mainline*, lo ortodoxo vs lo heterodoxo, reconociendo que las normas jurídicas no solo regulan mercados, sino que también configuran instituciones, asignan derechos, moldean comportamientos y, en muchos casos, consolidan o corrigen desigualdades estructurales.

En este sentido, este producto intelectual y científico incorpora contribuciones desde el Derecho económico, el Derecho de la competencia, el análisis institucional, la economía política crítica, la Filosofía del derecho conectada con el nekeynesianismo y lo posmoderno y el pensamiento regulatorio. Algunas propuestas adoptan una perspectiva funcional o estructural sobre el orden –público– económico; otras, interrogan los fundamentos axiológicos y distributivos de las decisiones legales en contextos de transformación tecnológica o crisis fiscal. Esta diversidad no responde únicamente a un interés académico pluralista, sino también a una necesidad práctica: pensar los vínculos entre Derecho y Economía en América Latina exige reconocer sus tensiones históricas, su heterogeneidad normativa y su densidad política.

Por lo tanto, los trabajos aquí integrados y su marcado regular no ofrecen una mirada uniforme, sino una constelación de aproximaciones que cruzan registros empíricos, teóricos y debates argumentativos. Más que un mapa cerrado, el lector encontrará un terreno en construcción, lleno de tensiones fecundas, hipótesis provocadoras y preguntas que siguen abiertas.

Con esa apertura, los aportes que conforman este aporte desde el Sur Global invitan a un recorrido pluralista y abierto al debate dialogante por la frontera de cambio entre Derecho y Economía y sus distintas formas de expresión contemporáneas y futuras. Cada uno aporta una lente particular, un punto de partida teórico o empírico, y –en algunos casos– un llamado explícito a repensar las categorías con las que analizamos el poder, la regulación o la justicia. Examinados en conjunto, tejen una conversación estimulante, con cruces sutiles, contrastes fértiles y afinidades inesperadas.

ARTÍCULO I

Las teorías contractualistas en la exégesis metaética sobre la legitimidad de las políticas económicas, por Juan Manuel Alba Bermúdez

El aporte de Juan Alba Bermúdez apertura este aporte con una reflexión filosófica amplia sobre el Derecho

del mercado, a partir de una perspectiva metaética y considerandos propios del autor, que divagan entre un

1 Traducción libre de: “*But this approach also affords only one view of the Cathedral*”.

keynesianismo anacrónico y una crítica postmoderna. Lejos de los enfoques tradicionales del Derecho y Economía (en general), y del análisis económico del Derecho (en específico), el autor propone un examen crítico de las categorías valorativas subyacentes a las normativas que rigen los intercambios mercantiles, sugiriendo que las concepciones jurídicas del mercado que hacen preponderar la voluntad humana sobre la espontaneidad de la conducta –y por más contenido técnico que aparenten transmitir– encarna supuestos morales que deben ser explícitamente problematizados.

Con base en herramientas conceptuales de la metaética contemporánea (como el realismo y el antirrealismo moral, o el internalismo y el externalismo motivacional), el aporte distingue entre posturas metaéticas objetivistas y no objetivistas aplicadas a la noción de “bien” en contextos jurídicos. Este enfoque le permite argumentar que el Derecho en su concepción post racionalista y constructivista no es una estructura normativamente neutra, sino un lenguaje cargado de juicios sobre aquello que debe considerarse justo,

eficiente o deseable. Especial atención recibe la idea de que la definición de mercado y su juridificación no son indeterminadas, sino que constituyen elecciones morales con consecuencias en la asignación de bienes y servicios e incidencia en la acción colectiva e incluso el “altruismo gubernamental”.

Aunque el autor no emplea los marcos teóricos conceptuales preponderantes en el Derecho y Economía, ni del análisis económico del Derecho, su propuesta se integra por el tipo de interrogantes que plantea: desde qué idea del bien común se regula el mercado, cómo se legitima jurídicamente el intercambio desigual, qué papel juegan las intuiciones morales en el diseño normativo. Estas preguntas contribuyen a ensanchar el campo de reflexión y alertan sobre los riesgos de pensar el Derecho del mercado sin examinar sus fundamentos axiológicos. Su aporte se sitúa, así, en un cruce entre filosofía jurídica, teoría del derecho económico y crítica normativa, y aporta una invitación a leer este apartado también desde una sensibilidad ética.

ARTÍCULO II

Law and Economics: What's in it for us Civil Lawyers? por Ejan Mackaay

El aporte de Ejan Mackaay ocupa un lugar central. No solo por la claridad con que expone las bases del Análisis Económico del Derecho (AED), sino porque lo hace desde una pregunta provocadora y estratégica: ¿qué valor tiene este enfoque para los juristas formados en la tradición civilista? Frente a la idea, aún persistente, de que el AED sería un cuerpo extraño al derecho codificado, el autor argumenta con solvencia que sus herramientas analíticas no solo son compatibles, sino profundamente útiles para repensar conceptos clásicos como la culpa, el daño o la responsabilidad.

Uno de los aciertos del aporte es mostrar que el AED no se reduce a la maximización de eficiencia o a la aplicación mecánica de teorías económicas, sino que puede dialogar con el Derecho en tanto sistema normativo orientado a organizar relaciones sociales complejas. Desde esa perspectiva, Mackaay subraya que los aportes del AED trascienden la teoría jurídica:

tienen implicaciones relevantes para el diseño institucional, la estabilidad normativa y, en última instancia, para el desarrollo económico de largo plazo.

Apoyado en referencias como Calabresi, McCloskey y Acemoglu, el aporte propone una lectura del Derecho como infraestructura crítica del crecimiento económico, sin perder de vista los marcos culturales y políticos que condicionan su recepción. En esta línea, la segunda parte del aporte avanza aún más: plantea que el Derecho no solo puede beneficiarse del enfoque económico, sino que también aporta a la economía mediante su estructura institucional, sus garantías jurídicas y su vocación de protección de derechos. Esta doble vía entre Derecho y Economía –frecuentemente olvidada en los enfoques unidireccionales– constituye uno de los aportes más originales del trabajo.

Con un estilo pedagógico, y a la vez riguroso, esta contribución funciona como una pieza clave: apertura

el campo a lectores jurídicos no familiarizados con el AED, al tiempo que ofrece fundamentos sólidos para

quienes buscan una comprensión más estructural del vínculo entre Derecho, Economía y bienestar social.

ARTÍCULO III

La proyección económica de la función pública: una aproximación desde la teoría de los incentivos, por José Miguel Amado Balaguera

El aporte de José Miguel Amado Balaguera propone una reconstrucción teórica de la función pública que desborda los marcos tradicionales del Derecho administrativo, y se inscribe en una lectura interdisciplinaria del fenómeno estatal. Lejos de entender la función pública únicamente como una relación laboral sujeta a normas, el autor la examina como una institución económica con capacidad de incidir en el desarrollo, la cohesión social y la organización del trabajo.

Desde una metodología teórico-normativa y documental, basada en el análisis crítico de fuentes doctrinales y legales, el aporte combina referentes de la Sociología del derecho –como Durkheim, Weber o Luhmann– con herramientas de la economía institucional. Esta articulación permite al autor identificar un vacío recurrente en las políticas de modernización del Estado: la adopción acrítica de esquemas de eficiencia propios del sector privado, que ignoran el valor estructurante de lo público y reducen su legitimidad a indicadores de corto plazo. La tesis central es clara: la función pública no debe ser tratada como una mera

variable presupuestaria, sino como un dispositivo jurídico-económico fundamental para la provisión de bienes públicos, la estabilidad institucional y la redistribución del ingreso. En lugar de someterla a modelos de eficiencia descontextualizados, el autor sugiere entenderla como un campo que articula racionalidades múltiples –jurídicas, económicas, organizativas– y que opera en tensión permanente entre intereses colectivos y exigencias de racionalización.

Este enfoque le permite formular una crítica sólida a los discursos que presentan la eficiencia como criterio absoluto y, al mismo tiempo, reivindicar la función pública como espacio de construcción de legitimidad estatal en clave económica. En este sentido, el aporte no solo amplía la noción de eficiencia más allá de sus formulaciones tecnocráticas, sino que invita a considerar a la función pública como un vector económico en sí mismo, cuya arquitectura jurídica define ritmos, prioridades y posibilidades del desarrollo. Su inclusión aporta una mirada institucional que enriquece el diálogo entre Derecho y Economía desde el corazón mismo de lo público.

ARTÍCULO IV

Taxation in the Digital Sector: Challenges and Opportunities for Tax and Economic Law, por Daniel Garza de la Vega y Fabián Romero Jarrín

En tiempos de plataformas globales y transacciones sin fronteras, los marcos fiscales tradicionales –basados en la presencia física y la territorialidad– comienzan a desdibujarse.

Este aporte se adentra, con mirada crítica y solvencia conceptual, en uno de los dilemas legales más urgentes de nuestro tiempo: ¿cómo gravar con justicia y eficiencia las actividades económicas en entornos digitales?

Lejos de limitarse a un diagnóstico técnico, Garza de la Vega y Romero Jarrín, desde la lupa del Derecho económico, recorren los principales desarrollos del Derecho tributario internacional, deteniéndose en los pilares del proyecto BEPS impulsado por la OCDE y en las tensiones que genera su aplicación en países del sur global. En este itinerario, América Latina aparece como un laboratorio de desafíos, donde las normas existentes –como en el caso ecuatoriano– son aún incipientes, y las asimetrías estructurales condicionan tanto la eficacia del

recaudo como la equidad del sistema. Pero el aporte va más allá. Propone pensar la tributación digital no solo como una respuesta administrativa o normativa, sino como una herramienta de justicia fiscal con proyección intergeneracional. En este sentido, la fiscalidad de las plataformas digitales se presenta como un terreno donde confluyen múltiples preguntas de fondo: ¿quién crea valor?, ¿quién debe contribuir?, ¿qué tipo de pacto fiscal necesita la democracia en tiempos de algoritmos?

La presencia de este aporte adquiere todo su sentido en este punto: en lugar de asumir la economía digital como una mera externalidad tecnológica, el aporte la aborda como un espacio donde las consideraciones económicas para una legalidad sana y su “buen gobierno” se entrecruzan de manera decisiva para redefinir –en clave política– un nuevo marco de reglas para el conglomerado de *stakeholders* sociales.

ARTÍCULO V

Fiscal Rules: Some Normative Thoughts from Chile, Colombia and Ecuador, por Jaime Gallegos Zúñiga, Rubén Méndez Reátegui y Fabián Romero Jarrín

¿Qué ocurre cuando las reglas fiscales dejan de ser herramientas técnicas y se observan como estructuras jurídicas que moldean el equilibrio entre disciplina macroeconómica y justicia distributiva? Este aporte formula esa pregunta desde un enfoque normativo y comparado, situando su análisis en tres países que, aun compartiendo una misma región, han configurado modelos institucionales distintos: Chile, Colombia y Ecuador.

Más que una evaluación cuantitativa de políticas fiscales, se propone es una lectura jurídico-económica –desde unja caracterización teórica– del principio de responsabilidad fiscal, centrada en los instrumentos que lo articulan: reglas de balance estructural, techos de gasto, fondos de estabilización o regímenes de excepción. El aporte entrelaza Derecho constitucional, presupuestario y económico, para iluminar cómo ciertas arquitecturas institucionales condicionan –y en algunos casos distorsionan– los fines de sostenibilidad, equidad y legitimidad democrática.

Chile aparece como un caso de institucionalización temprana de una regla fiscal estructural con anclaje técnico y compromiso político; Colombia destaca por su esquema de control fiscal, especialmente el rol atribuido a la Contraloría General de la República; y Ecuador exhibe un escenario más frágil, con reglas fiscales poco operativas, alta dependencia de ingresos extractivos y mecanismos de control que se apoyan, más que en criterios de eficacia recaudatoria, en lógicas disciplinarias.

Su inclusión responde a un propósito claro: mostrar que las reglas fiscales son también una manifestación del vínculo entre Derecho y Economía. A través de ellas se decide, de manera jurídica, quién paga, cuándo, cómo y con qué límites. Este aporte contribuye a esa conversación al revelar cómo diferentes configuraciones normativas pueden fortalecer –o debilitar– la sostenibilidad fiscal, la equidad intergeneracional y la confianza en las instituciones públicas.

ARTÍCULO VI

Confidencialidad y derecho a la defensa en Derecho de competencia, por Carlos Trujillo Viteri

Pocas tensiones expresan con tanta nitidez el conflicto entre eficiencia económica y garantías constitucionales como aquella que se produce cuando la información confidencial entra en disputa con el derecho a la defensa. Este aporte se instala precisamente en

ese umbral, donde las razones de mercado se encuentran con los principios del debido proceso.

Carlos Trujillo Viteri examina esta tensión en el marco del Derecho de Competencia ecuatoriano, con la

precisión de quien conoce no solo las reglas, sino también sus grietas. A partir del análisis de un caso concreto (la acción de protección 09292-2022-00977), el autor despliega una reflexión cuidadosamente estructurada sobre la necesidad de equilibrio entre transparencia procedimental y protección de secretos empresariales. La experiencia comparada –España, Perú, la Unión Europea– no se usa aquí como ornamento, sino como contraste que ilumina con mayor nitidez los desafíos regulatorios locales.

Este aporte propone no simplemente una solución técnica, sino una arquitectura de garantías: protocolos de acceso, principios de proporcionalidad, controles

normativos que permitan ejercer el derecho de defensa sin vaciar de contenido la confidencialidad legítima. El resultado es un aporte pionero en la doctrina ecuatoriana sobre esta materia, que sugiere posibles rutas normativas para el perfeccionamiento institucional del sistema de competencia.

Su inclusión se justifica por una razón central: allí donde el Derecho económico adquiere formas sancionatorias, los equilibrios entre eficacia e integridad procedimental se vuelven decisivos. Este aporte no solo los identifica, sino que ofrece claves jurídicas concretas para habitarlos con justicia.

ARTÍCULO VII

Administrative Law and Economic Analysis of Law: A Neo-Institutional Perspective for Colombia,
por María Alexandra Ortiz y Mónica Sofía Safar Díaz

¿Puede el Derecho Administrativo repensarse a sí mismo desde claves económicas sin abdicar de su función garantista? Este aporte responde afirmativamente, planteando que el Análisis Económico del Derecho (AED), y en particular su enfoque neoinstitucional, no implica una subordinación al mercado, sino una oportunidad para mejorar la organización administrativa bajo criterios de eficiencia con sentido público.

Desde esta perspectiva, las autoras examinan los costos de transacción, las asimetrías de información y las externalidades que erosionan la legitimidad de la administración pública y entorpecen el acceso ciudadano. Su propuesta no consiste en importar modelos ajenos, sino en integrar herramientas del AED para renovar los mecanismos institucionales del Derecho Administrativo sin renunciar a sus fundamentos normativos.

El aporte se centra en el caso colombiano como campo de aplicación concreta: analiza políticas de mejora regulatoria, análisis de impacto normativo, simplificación de trámites y herramientas de gobernanza regulatoria impulsadas desde el Departamento Nacional de Planeación y otras entidades. Con ello, se evidencia cómo la racionalidad económica puede operar en favor de la “función administrativa”, reforzando la capacidad del Estado para responder eficazmente a las necesidades sociales.

Su inclusión en este esfuerzo unívoco responde a una intuición central: el Derecho Administrativo no es ajeno a las dinámicas económicas, y solo a través de un diálogo riguroso con la economía institucional puede recuperar su vocación estructurante y ciudadana.

ARTÍCULO VIII

Order, Economics and Regulatory Process, por Luciano Benetti Timm, María Carolina França y Patrícia Medeiro

Este aporte se atreve a pensar la libertad económica no como eslogan, sino como principio estructurante del orden jurídico brasileño. Frente a la extendida sospecha de que invocar la libertad del mercado es

sinónimo de desregulación, Luciano Benetti Timm, María Carolina França y Patrícia Medeiros proponen un enfoque más matizado: comprender la libertad económica como un derecho fundamental capaz de

articular, con racionalidad y límites, la intervención estatal en los mercados.

La Ley de Libertad Económica de Brasil (Ley 13.874/2019) constituye el eje del análisis, pero no como objeto aislado, sino como catalizador de una reflexión más amplia sobre las técnicas regulatorias contemporáneas: desde la regulación estatal clásica hasta formas emergentes como la autorregulación, la corregulación y el análisis de impacto regulatorio. Lejos de una apología desinstitucionalizadora, el aporte destaca cómo estos mecanismos pueden reducir costos de transacción, evitar fallas de gobierno y fortalecer la seguridad jurídica en contextos económicos dinámicos.

Con anclaje en el análisis económico del Derecho, y referencias a autores como Coase, North y Williamson,

el aporte examina también el “trípode regulatorio” en el que incide la Ley: competencia, protección del consumidor y tratamiento de datos. A través de estudios de caso recientes –incluidos los mecanismos de control del abuso regulatorio impulsados por FIARC/SEAE–, se observa cómo el diseño institucional puede fomentar la innovación, preservar la libre iniciativa y prevenir concentraciones nocivas.

La inclusión de este trabajo se justifica plenamente: en un momento donde el Derecho económico se debate entre rigidez e innovación, este aporte ofrece herramientas teóricas y normativas para pensar una regulación eficiente, proporcional y abierta al cambio. Regular con libertad, como proponen sus autores, es también una forma de construir Estado en clave democrática y adaptativa.

ENTREVISTA

Los retos de la administración tributaria frente a la economía digital.

Entrevista con José Suing Nagua, por Alessandro Solarte Cárdenas

Esta entrevista con José Suing Nagua, presidente de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, ofrece algo inusual y valioso: una reflexión jurídica que parte de la práctica jurisdiccional, se alimenta de la experiencia docente y se proyecta hacia el porvenir de la tributación digital.

A lo largo del diálogo conducido por Alessandro Solarte, emergen con claridad varias de las tensiones estructurales que atraviesan los sistemas fiscales contemporáneos: la erosión de la territorialidad como criterio clásico de imposición, la necesidad de mecanismos multilaterales para hacer frente a la elusión en la economía digital, y el desafío de asegurar justicia fiscal en un entorno de deslocalización productiva y volatilidad tecnológica.

Suing no esquiva las complejidades: reconoce los límites de los marcos normativos vigentes, valora los

avances realizados en el contexto ecuatoriano (como la imposición del IVA a servicios digitales), y plantea con firmeza el rol de la Corte Nacional como garante de los principios constitucionales en materia tributaria. Su lectura combina conocimiento técnico con visión institucional, y sugiere que la tributación digital no es solo un problema técnico o económico, sino también jurídico, político y ético.

Leída en conjunto a las otras secciones, esta entrevista cumple un rol articulador. Ofrece una mirada desde la cúspide del poder judicial que dialoga con las propuestas académicas y normativas presentadas en los demás aportes, al tiempo que invita a reflexionar sobre el papel de la judicatura en el diseño de un orden tributario más justo, adaptable y legítimo.

EPÍLOGO

Pensar el vínculo entre Derecho y Economía no significa observar cómo una disciplina “aporta” a la otra, como si fueran esferas separadas con lógicas autónomas. Significa, más bien, reconocer que ambas configuran –de manera entrelazada y a menudo conflictiva– los órdenes institucionales y materiales que organizan la vida en sociedad. Desde esta premisa, la amalgama intelectual aquí compartida ofrece un espacio de reflexión plural sobre los lenguajes, supuestos y consecuencias del orden jurídico-económico contemporáneo.

A través de enfoques que van desde el análisis económico del Derecho en sus versiones más canónicas hasta aproximaciones críticas, filosóficas, economicistas y funcionales, los aportes aquí reunidos invitan a problematizar tanto las reglas jurídicas como las categorías económicas con las que interpretamos la realidad: eficiencia, equidad, incentivo, costo, derecho subjetivo, poder de mercado, legitimidad, entre otras. No se trata de encontrar un punto de equilibrio entre racionalidades, sino de hacer explícitas sus fricciones, sus presupuestos y sus efectos estructurales.

El Derecho no está al margen de la economía, así como la economía no es neutra ni exenta de elecciones normativas. Ambas se co-producen en el tiempo y en el conflicto, desde estructuras jurídicas que habilitan ciertos mercados, bloquean otros, distribuyen cargas o privilegios, y moldean tanto los comportamientos como las expectativas sociales.

Por eso, más que una conclusión, este epílogo es una invitación a leer con rigor, a interpelar con libertad y a seguir pensando –colectivamente– qué configuraciones normativo-institucionales estamos consolidando, y cuáles podrían aún imaginarse para construir un horizonte más democrático, inclusivo y justo.

BIBLIOGRAFÍA

Calabresi, Guido y A. Douglas Melamed. 1972. “Property rules, liability rules, and inalienability: One view of the Cathedral”. *Harvard Law Review*, 85(6): 1089-1128.

Nota de los coordinadores del dossier: La coordinación conjunta de este dossier es el resultado de la participación asociativa entre la Universidad Autónoma de Chile y la Universidad Católica de Cuenca. La propuesta temática se realizó atendiendo a la relevancia e impacto global del movimiento de Derecho y Economía, y a la necesidad de realizar acciones de difusión y divulgación del conocimiento y de generar redes de investigación (ODS 17). Con este dossier, también queremos reconocer la labor del profesor Robert D. Cooter (Universidad de Berkeley), figura insigne del movimiento de Derecho y Economía, y formador de generaciones de expertos y expertas, a quienes inspiró para impulsar transformaciones institucionales (ODS 16). Extendemos, finalmente, un reconocimiento especial a la Asociación Latinoamericana de Derecho y Economía (ALACDE) en su aniversario XXIX, organismo que ha impulsado el diálogo entre las ciencias jurídicas y económicas desde el Sur Global.

LAS TEORÍAS CONTRACTUALISTAS EN LA EXÉGESIS METAÉTICA SOBRE LA LEGITIMIDAD DE LAS POLÍTICAS ECONÓMICAS

CONTRACTUALIST THEORIES IN THE METAETHICAL EXEGESIS ON THE LEGITIMACY OF ECONOMIC POLICIES

AS TEORIAS CONTRATUALISTAS NA EXEGESE METAÉTICA SOBRE A LEGITIMIDADE DAS POLÍTICAS ECONÔMICAS

*Juan Manuel Alba Bermúdez**

Recibido: 25/III/2025

Aceptado: 23/V/2025

Resumen

El presente trabajo profundiza en el debate sobre los lineamientos económicos desde una visión hermenéutica desde la metaética, con una clara influencia del contractualismo. El contractualismo sostiene que los grupos sociales, al igual que las administraciones públicas, se sustentan en un acuerdo hipotético entre todos los individuos. Esta concepción ha incidido visiblemente en los ordenamientos jurídicos como prototipo de las políticas económicas, con la esperanza de alcanzar un sistema normativo más objetivo y ecuánime. La investigación adopta una metodología analítica y hermenéutica, basada en el estudio de textos filosóficos decisivos, con un claro enfoque en la relación entre la justificación legalista y la intervención del Estado en aspectos económicos. Desde este análisis, se detectan grandes problemas filosóficos asociados a la aplicación del contractualismo en las políticas económicas; en especial, su empleo como legitimación de intromisión estatal con propósitos partidistas y su contraposición con el principio de autonomía individual.

Palabras clave: Contractualismo; Metaética; Política económica; Filosofía jurídica; Justicia; Ética; Filosofía política

Abstract

This paper delves into the debate on economic guidelines from a hermeneutic perspective within metaethics, with

a clear influence of contractualism. Contractualism holds that social groups, much like public administrations, are based on a hypothetical agreement among all individuals. This conception has had a significant impact on legal systems, serving as a prototype for economic policies in the hope of achieving a more objective and equitable normative framework. The research adopts an analytical and hermeneutic methodology, based on the study of decisive philosophical texts, with a clear focus on the relationship between legalistic justification and state intervention in economic affairs. From this analysis, major philosophical issues related to the application of contractualism in economic policies are identified, particularly its use as a legitimization of state intrusion for partisan purposes and its opposition to the principle of individual autonomy.

Keywords: Contractualism; Metaethics; Economic Policy; Legal Philosophy; Justice; Ethics; Political Philosophy

Resumo

O presente trabalho aprofunda o debate sobre as diretrizes econômicas a partir de uma visão hermenêutica da metaética, com uma clara influência do contratualismo. O contratualismo sustenta que os grupos sociais, assim como as administrações públicas, se fundamentam em um acordo hipotético entre todos os indivíduos. Essa concepção teve um impacto visível nos ordenamentos jurídicos como

* PhD en Derecho-Filosofía Jurídica, Profesor titular e investigador de Filosofía del Derecho y Deontología Jurídica en la Facultad de Derecho (UDLA, Ecuador), Máster en Procesal Constitucional (UDLA, Ecuador), Máster en Derechos Fundamentales (UNED, España), director del Grupo de Investigación "Derecho, Filosofía y Sociedad" (UDLA, Ecuador), Abogado del Comité de Ética e Investigación de Seres Humanos de la UDLA, Ecuador, colaborador en el Ethox Centre and Wellcome Centre for Ethics and Humanities, University of Oxford, Inglaterra. Tiene estudios de Filosofía del Derecho en la Université Catholique de Lyon, Francia. Correo electrónico: juanmanuel.alba@udla.edu.ec; juanmanuel.alba@gmail.com.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1301-4148>

Cómo citar este artículo: Alba Bermúdez, Juan Manuel. 2025. "Las teorías contractualistas en la exégesis metaética sobre la legitimidad de las políticas económicas". *Revista de Estudios Jurídicos Cálamo*, núm. 23: 14-27. DOI: <https://doi.org/10.61243/calamo.23.467>

protótipo das políticas econômicas, com a esperança de alcançar um sistema normativo mais objetivo e equitativo. A pesquisa adota uma metodologia analítica e hermenêutica, baseada no estudo de textos filosóficos decisivos, com um enfoque claro na relação entre a justificação legalista e a intervenção do Estado em aspectos econômicos. A partir dessa análise, identificam-se grandes problemas filosóficos associados à aplicação do contratualismo nas políticas

econômicas, especialmente seu uso como legitimação da interferência estatal com propósitos partidários e sua contraposição ao princípio da autonomia individual.

Palavras-chave: Contratualismo; Metaética; Política Econômica; Filosofia do Direito; Justiça; Ética; Filosofia Política

INTRODUCCIÓN

La indignación en los postulados del contractuismo y ascendencia en la normativa económica, así se analiza cómo esta corriente teórica puede discernir aspectos para determinar la legitimación desde aspectos hermenéuticos de los lineamientos de los modelos de gestión económica. Para ello, se presenta el enunciado provisional de que las teorías contractualistas aseguran un cimiento sólido para la configuración de un modelo de gestión económica equitativa y justa. El estudio se estructura en secciones diferenciadas que nos permiten adentrarnos en los fundamentos contractualistas y su repercusión en la legislación económica.

La puesta en práctica de dicha filosofía, especialmente en los siglos XVII y XVIII, pretende definir si la normativa que establecen los lineamientos de la acción

estatal puede alcanzar la condición de un contrato social justo. Dicho análisis implica reflexionar sobre los principios fundamentales de equidad, libertad, justicia y bienestar social, entre otros.

La razón de ser de este trabajo es valorar si las conocidas teorías contractualistas pueden contribuir a la percepción e interpretación de la legitimidad, en cuanto a consenso, de las políticas en materia económica. La exploración de las principales doctrinas pactistas y su repercusión en las normativas económicas puede contribuir a garantizar, al igual que proteger, una mayor eficiencia de la justicia distributiva y la eficacia de políticas públicas. El sustento doctrinal filosófico y la estructura argumentativa se encuentran en los escritos de Hobbes, Locke, Rousseau, que materializamos en los lineamientos legislativos en economía.

FUNDAMENTOS CONTRACTUALISTAS Y SU INFLUENCIA EN LA LEGISLACIÓN ECONÓMICA

La propuesta contractualista, como estudio de la filosofía política, sostiene que la composición de la sociedad y de los organismos convencionales se originan previo acuerdo –pacto hipotético– entre los sujetos que la integran. El contractuismo incide notablemente en el ordenamiento jurídico y en las políticas económicas nacionales, con el propósito de configurar un sistema normativo imparcial y objetivo (Vela 2022).

En su origen, el contrato se configuró como una institución jurídica elemental para formalizar las interacciones

comerciales, económicas y sociales. En la vetusta *Lex Aquilia* se instituyeron los principios de responsabilidad civil por daños, pasando por el iusnaturalismo racionalista de Grocio referente a la obligación de redimir la afectación ocasionada, con una evidente evolución conceptual hasta nuestros días. Es evidente que ello ha sido elemental para la estructura de las conexiones económicas en una comunidad; por consiguiente, regular la actividad y desarrollo de una sociedad de mercado, primando en primer lugar el contrato traslativo de dominio como la *emptio-venditio*.

En la misma línea, la ley de la oferta y la demanda es el pilar esencial para la buena expansión de la economía y la circulación del mercado, en el cual, la propiedad privada y el impulso libre intercambio de bienes y productos son imprescindibles (Echavarría 2012).

Ciertamente el derecho contractual como rama del Derecho civil regula los efectos jurídicos en la formación, ejecución y extinción de los contratos; de ahí, su especial relevancia para cualquier actividad comercial entre personas naturales o jurídicas (Budiarta 2018).

La apreciación contractualista desde las políticas económicas es sustancial para configurar el consenso social bilateral que responda a las demandas ciudadanas. De esta manera, las medidas implementadas tendrán un mayor porcentaje de aceptación por la población al responder los intereses y necesidades colectivos, y como consecuencia el concepto de legitimidad se fortalecería (Echavarría 2012 y Jain 2015). Paralelamente, es determinante que la estructura normativa configure la protección de los derechos

y obligaciones de los consumidores con el fin de evitar la incertidumbre jurídica (Nader 1965). El Derecho del Consumo es considerado un imperativo connatural, con total independencia del esquema económico nacional (Marcuse 1964, Whitman 2007 y Alabart 2016), como bien sostienen Barber (2007), Spigelman (2001), Rotfeld (2010) y Abdullah (2015), que ratifican el apremio de salvaguardar los derechos del adquiriendo del producto-servicio.

Bajo esta coyuntura, el tejido económico y social desciende de un *pactum* teórico que tenga una aplicación directa y realistas en el establecimiento de políticas públicas que se proyecten en la justicia económica (Valencia 2021). De este modo, la visión contractualista puede contribuir a diseñar un sistema económico más equilibrado y respetuoso de los derechos e intereses de todos los actores involucrados (Echavarría 2012, Silva 2018 y Arce 2020). Si bien la implementación de estos principios presenta desafíos, ofrece un marco teórico valioso para orientar el desarrollo de una legislación económica más inclusiva y sostenible.

COOPERATIVISMO

Bajo esta óptica, la economía social y, más específicamente, el cooperativismo, ostenta una alternativa viable para alcanzar modelos socioeconómicos más prometedores y garantistas con los derechos humanos. Desde su origen, y por la esencia de la propia constitución de las sociedades cooperativas, fomentan la participación de los asociados, la distribución equitativa de beneficios y el control democrático de la misma organización (Tuarez-Rendón et al. 2021).

Más allá de sus impactos económicos en la sociedad, como fuente de creación de empleo, las cooperativas tienen una gran incidencia en promover la inclusión social, pues incorporan a grupos tradicionalmente excluidos al promocionar valores morales primordiales (Soler 2012).

De tal forma, el cooperativismo ofrece una opción posible, al igual que una propuesta factible, a los modelos económicos tradicionales, pues aborda necesidades sociales que han estado olvidados, y se centra en la participación ciudadana como medio esencial para alcanzar los objetivos comunes (Wolff 2012¹; VanSickle y George 1983). Sin embargo, para que el cooperativismo pueda desarrollarse eficazmente es imperativo contar con un marco jurídico adecuado y establecer políticas públicas que las garanticen en el tiempo (Henry 2012 y Cracogna 2015). Otro factor esencial es considerar las especificidades de cada territorio y las potencialidades de los distintos sectores económicos a la hora de implementar estrategias de fomento del cooperativismo. (González y Palma 2017).

1 Wolf, Richard. The Guardian. <https://www.theguardian.com/commentisfree/2012/jun/24/alternative-capitalism-mondragon>

EVALUACIÓN METAÉTICA EN LAS TEORÍAS PACTISTAS

Las teorías contractualistas, como las propuestas por Rawls, han recibido numerosas críticas y grandes cuestionamientos desde el punto de vista de la metaética; principalmente, al desafiar la capacidad de estas teorías para justificar las obligaciones morales y legales en ausencia de un contrato real entre los individuos (Irons 1991). Estas críticas se centran en el supuesto carácter sintético, ficticio y artificial del contrato social, así como en la dificultad en materializarlos en normas morales derivadas de pactos exclusivamente pragmáticos-utilitaristas. Es así como sostiene Gauthier en su obra *En Morals by Agreement*, que la moralidad es un acuerdo teórico o un acuerdo hipotético entre seres racionales que persigue optimizar el interés particular. Por ende, es una mera formalidad para alcanzar acuerdos morales, pero en su esencia seguirán siendo irreales (Lessnoff 1990). De igual forma, Nash y Schelling han desarrollado modelos científicos, muy próximos a las matemáticas, que pueden tener una implicación directa en la comprensión de la moralidad. Dicho modelo defiende como los individuos de una sociedad pueden consagrarse a acuerdos mutuos que sean beneficiosos para ellos (Schelling 1978, Abebe et al. 2020 y Myerson 1999 y 2009). Así, desde esta perspectiva el contrato social es una herramienta heurística para pensar acerca de la legitimidad y la justicia de las instituciones políticas y económicas. De tal forma que

el valor del contrato social, mediante sus teorías contractualistas, no estriba en su realidad histórica, sino en su capacidad para articular principios normativos en las sociedades existentes

De manera distinta, variados autores han abordado las mencionadas críticas proponiendo formas, desde una ingeniería social, de argumentar las teorías contractualistas que permitan responder a las objeciones metaéticas más primarias (Sobre el contractualismo. Consecuencias políticas y jurídicas (II), 2021). Singularmente, Scanlon en su célebre obra *What We Owe to Each Other*, sistematiza el concepto de contractualismo que gira en torno al concepto de “justificabilidad” de los valores morales. Para dicho objetivo, expone que un principio moral es válido y legítimo cuando una persona o un colectivo (Alba 2021) no pueden cuestionar un principio moral de forma justificada en su adopción (Suikkanen 2017). En coherencia con lo expuesto, Southwood propone que el contractualismo puede configurar los cimientos para plasmar la objetividad moral y otorgar respuestas a críticas escépticas (Southwood 2016). Conjuntamente, Suikkanen valora cómo el contractualismo puede dilucidar la raíz ontológica de la moralidad y su argumentación en la ética normativa (Suikkanen 2008 y 2020)².

LA INFLUENCIA METAÉTICA EN LA ECONOMÍA

En la disciplina económica, la metaética, como disciplina filosófica, ofrece dimensiones esenciales como explicación, la esencia de los juicios morales resulta ineludible para el sistema económico y la coordinación de sus recursos. De forma íntegra, proporciona un enfoque atractivo para calificar críticamente las teorías que abordan el contrato social desde una aproximación creativa en el diagnóstico y regulación del mercado (Ramírez y Londoño 2020, Román y Mantilla 2020).

No podemos prescindir el hecho de que la idea del contrato social se erigió como el método crucial para sustentar las corrientes de emancipación política en muchas partes del mundo, con especial énfasis en la Europa de los siglos XVII y XVIII (Taylor 1989, Kymlicka 1995 y Santillán 2016). Sin embargo, autores como David Hume han cuestionado severamente la validez tanto histórica como filosófica de este concepto, pues argumenta que en realidad no es el deber sino el interés lo que mueve a los hombres a formar

2 Para profundizar en este desarrollo de la intersección del contractualismo y la moral, véase las obras de Rahul Kumar y Jay Wallace.

la autoridad política (Fernández 2016; Hazlitt 2008 y Santillán 2016).

Desde una perspectiva más contemporánea, el enfoque de las capacidades de Amartya Sen ofrece una alternativa innovadora al contractualismo, se orienta en las capacidades de las personas, en lugar de partir de supuestas cualidades racionales e igualitarias de los sujetos (Ramírez 2013). Si bien es cierto que Sen no rechaza completar el contrato social, su enfoque de las *capacidades* se orienta más en las capacidades y funcionamientos que en las nociones abstractas de deberes y derechos que comparten las teorías contractualistas (Sen 1999 y Clark 2005). En la misma corriente, Nussbaum, con relación a su enfoque de las capacidades está relacionado con las necesidades de alcanzar una vida digna y son imprescindibles para la existencia (Wolff 2024). Así, el análisis de las *capacidades* aleja cualesquiera críticas metaéticas al contractualismo, al no estar sujeto a la idea de un acuerdo racional entre los sujetos.

Alternativas adicionales procuran afrontar las numerosas tendencias doctrinales, proponiendo enfoques complementarios que buscan fundamentar el contrato social en elementos más allá de una racionalidad exclusivamente técnica. Es precisamente, los que defienden que el contrato social debe entenderse como una “división social de la responsabilidad” (Parella 2021, Soto 2020 y Hevia 2009), donde la sociedad, a través del Estado, garantiza a los individuos un conjunto de oportunidades y recursos; todo ello, a cambio de que asuman el compromiso de materializar sus propios objetivos vitales (Hevia 2009). Esta idea se encuentra abanderada por el Republicanismo Cívico, que sostiene la importancia de la participación ciudadana en la implantación de las políticas públicas³. Es así como Pettit,

es su obra *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*, defiende la libertad republicana atendiendo a la “no-dominación”, que se produce cuando no existe interferencias discrecionales en la esfera interna de los ciudadanos (Pettit 1997).

Finalmente, no podemos eludir la conocida teoría contractualista que tiene su fundamento preeminente en los “sentimientos morales”, al igual que la “voluntad general”, que excede la lógica de los individuos en solitario (Vista de Hume sobre el contractualismo, 2023; Soto, 2020). Corriente de pensamiento consolidada por Hume (*Obligation and Human Nature in Hume's Philosophy*, 2023) y Rousseau, aquello que hicieron hincapié en la obligatoriedad de los lazos sociales y la Dimensión emotiva en la edificación de los sistemas políticos (Carrasco 2020 y Davies 2020).

Tal como hemos examinado en esta sección, las críticas metaéticas a las teorías contractualistas pueden y deben ser estudiadas a través de una óptica más holística –el contrato social– no solo es un acuerdo únicamente instrumental, sino también, es un proceso de elaboración de identidad colectiva y de conexión de valores morales participados (Hevia 2009, Soto 2020, Ramírez 2013 y Maruyama 2011). Con una aplicación práctica a las políticas económicas que pretenden ser diseñadas a partir de principios contractualistas, estas no deberían ampararse exclusivamente en criterios de optimización, factores de rendimiento y parámetros de productividad, sino que, además, tendrían que examinar, por imperativo legal, las implicaciones para la constitución de un sentimiento de pertenencia mediante vínculos de integración y de cohesión social (Kumar 1999, Maruyama 2011, Arce 2020 y Ramírez 2013).

APLICACIÓN DE TEORÍAS CONTRACTUALISTA A PROBLEMAS ECONÓMICOS CONTEMPORÁNEOS

Las diferentes interpretaciones del contrato social, como las de Hobbes, Locke, Rousseau y Rawls, ofrecen

perspectivas únicas para abordar los vastos desafíos económicos contemporáneos. La teoría de Hobbes,

³ Reconocidos autores como Arendt y Sandel mantienen que la libertad individual se alcanza a plenitud mediante la participación de los ciudadanos en la comunidad política. Véase las obras: *The Foundations of Modern Political Thought*, de Quentin Skinner, y *The Machiavellian Moment*, de Pocock.

referente al estado *de naturaleza* estriba en un hipotético estado pre-político que tiene como característica principal la ausencia de un poder común que se identifica por regular el orden social⁴. En dicho escenario, todos los hombres tienen los mismos derechos; a saber, la libertad⁵ e igualdad⁶. Sin embargo, lejos de alcanzar una concordia y equilibrio social, sostiene Hobbes, provoca una situación de temor, miedo y preocupación que conlleva a una inseguridad colectiva (Marcone 2005). Es evidente que, si dos hombres aspiran a conseguir lo mismo de un bien que no puede ser compartido por su propia naturaleza al ser privado, individual y excluyente, ambos intentarán apropiarse de dicho bien, lo cual potencia una relación de desconfianza que deriva en la violencia. Para evitar la mencionada situación, es necesario el cumplimiento de la tercera ley, que pasaría por el reconocimiento de la búsqueda de la paz (primera ley), renunciar a la libertad de igual manera entre todos (segunda ley); y, finalmente, asegurar lo pactado por ley, pues el Estado es elemento que obliga a respetar los acuerdos. En la obra del Leviatán, capítulo XVII, se aprecia que la única vía para alcanzar los objetivos mencionados sin interferencia de terceros es constituir un poder común mediante un pacto multilateral⁷ (Marcone 2005). Tanto es así que en *De Cive* menciona que: “CIVITAS ergo (ut eam definiamus) est persona una, cuius voluntas, ex pactis plurium hominum, pro voluntate habenda est ipsorum omnium; ut singulorum viribus et facultatibus uti possint, ad pacem & defensionem communem” (Silverthorne 1996). A partir de ello, podemos concluir que, para garantizar una seguridad económica, es necesario una regulación por parte del Estado para proteger a los ciudadanos de los posibles desequilibrios del mercado (Papayannis 2016).

Siguiendo a Hobbes, en el *estado natural*, se establecería la anarquía, al igual que la inseguridad y la desconfianza mutua, por lo que el contrato social se perfecciona como una herramienta indispensable para alcanzar la paz y la estabilidad (Lessnoff 1990). Así, cada individuo persigue su propio interés, pero a cambio renuncia parte de sus libertades en favor de un

poder soberano que vele por el bien común (Segovia 2021).

Es evidente que dicho pensamiento genera un campo de conflicto permanente que sólo puede resolverse a través de la formación de un contrato social y un Estado que garantice la seguridad y la paz. Es por ello que, basándonos en una estricta interpretación hobbesiana del contrato social, podría justificar regulaciones gubernamentales más estrictas para controlar los excesos del mercado y garantizar la estabilidad social (Bilbao 1993, Henríquez 2013). Si aplicamos dicha postura en la actualidad, se podría argumentar que el Estado debería intervenir para mitigar las consecuencias negativas de la desigualdad económica, que amenaza con degenerar en un conflicto social.

Si descartamos la intervención del Estado de los mercados, la teoría contractual de Hobbes sugeriría que los individuos únicamente perseguirán sus propios intereses en detrimento del bien común, lo que podría llevar a un escenario de inestabilidad y conflicto social que pondría en riesgo la propia existencia de la sociedad civil (Williams 2005). Los agentes económicos más poderosos podrían abusar de su posición dominante en perjuicio de los más débiles. Es evidente que sin la inexistencia de una estructura social que beneficie a los más débiles, el contrato social se vería en peligro (Munro 2015).

Al igual que el soberano hobbesiano que impone orden y evita la guerra de todos contra todos, en el ámbito de la economía la intervención del Estado es indispensable para garantizar un mínimo de bienestar y alcanzar la justicia distributiva, evitando que las tendencias naturales del mercado lleven a la destrucción del tejido social (Zamagni 2003, Maruyama 2009). Una economía sin control estatal podría derivar en un “estado de naturaleza” económico, una especie de “guerra de todos contra todos” en el ámbito de los negocios (Maruyama 2009). Al igual que el soberano hobbesiano protege a los ciudadanos de la violencia y el caos, un Estado fuerte puede intervenir en la economía para prevenir crisis

4 En este sentido para Hobbes los conceptos de Sociedad Civil, Estado y Estado Civil actúan voces análogas

5 El concepto de libertad para Hobbes consiste en un mero hacer o de no hacer (omitir).

6 La igualdad es considerada como la inexistencia de impedimentos externos que reducen el libre albedrío de la persona.

7 No se considera ni un *pactum subiectionis*, ni un *pactum societatis*.

financieras, abusos corporativos y explotación laboral, protegiendo así la seguridad material de la población. Si bien Hobbes (1642) está de acuerdo con las corporaciones considera necesario establecer unos límites, pues de lo contrario pondría en peligro la estabilidad del Estado. Así lo menciona literalmente el filósofo:

Por otra parte, se da a veces en un Estado una enfermedad que se asemeja a la pleuresía, y que consiste en que cuando el tesoro del Estado fluye más allá de lo debido, se reúne con excesiva abundancia en uno o en pocos particulares, mediante monopolios o arrendamientos de las rentas públicas. (Hobbes 1642, 272)

Con dicha metáfora (pleuresía) sugiere la posibilidad de que los recursos del Estado se acumulen en manos de unos pocos privilegiados mediante la privatización de rentas públicas. Por ello, la riqueza produciría un desequilibrio social que conlleva a conflictos civiles. La salud del Estado, al igual que la salud física, depende en buena medida de una distribución justa de la riqueza (Márquez 1941).

A diferencia de la concepción hobbesiana, la orientación de Locke referente al contrato social tiene como núcleo la protección de la propiedad, junto con las libertades individuales (Locke 1988). Locke estima que el Estado debe enfocarse exclusivamente en salvaguardar los derechos naturales de las personas, sin ninguna injerencia en la economía. Así, desde la visión lockeana, en el supuesto de que un Estado tenga que regular la economía, esta tiene que ser mínima y reducida, con la prioridad de garantizar la libre competencia y la propiedad privada (Vargas 2016). En el curso de la economía y el mercado, sostiene Locke que el Estado debe de intervenir en la menor medida posible, solo lo imprescindible (Vargas 2010).

De este modo, la teoría contractual de Locke se alinea más con una visión liberal y de libre mercado, en la que el Estado debe ser un mero árbitro que garantice el cumplimiento de los contratos y la protección de la propiedad privada, sin entrar a regular aspectos minuciosos de la economía. De esta manera, son las fuerzas del mercado las que determinan los precios y la asignación de recursos, sin distorsiones derivadas de la intervención gubernamental. Los gobiernos tienen la

responsabilidad de generar empleo si el sector privado no tiene la capacidad de producción para alcanzar un salario de subsistencia y un empleo total (Henry 2016).

Bien es cierto que Locke no enfrentó los grandes retos económicos que tenemos en la actualidad; sin embargo, es muy probable, analizada su filosofía. Dos tratados sobre el gobierno civil, que se opusieron tenazmente a políticas confiscatorias que redujeron la capacidad de las personas de generar prosperidad en la sociedad y riqueza individual (Stromberg 2023). Es así como autores contemporáneos extienden las ideas de Locke a contextos actuales: Richard Epstein, en *Takings: Private Property and the Power of Eminent Domain*, y Palmer en *Realizing Freedom: Libertarian Theory, History, and Practice*,

Por lo tanto, una interpretación lockeana del contrato social apoyaría políticas económicas más liberales, con un Estado mínimo que garantice las libertades y derechos individuales, incluyendo el derecho de propiedad, y evite interferir en exceso en el funcionamiento del mercado. Podría defender políticas que garanticen igualdad de oportunidades, pero sin caer en el intervencionismo estatal extremo. Para llegar a esta conclusión, es imprescindible analizar las obras, debemos partir de sus principales ideas en textos como *Dos tratados sobre el gobierno* y *Algunos pensamientos sobre la educación* (Parijs 1997).

Por su parte, la teoría del contrato social de Rousseau enfatiza la búsqueda del “bien común” y la “voluntad general” por encima de los intereses individuales (Rousseau 1794). Rousseau se mostraba muy crítico con las desigualdades económicas y sociales, que veía como el resultado de un proceso histórico de corrupción de la sociedad natural (Marshall). Desde una perspectiva rousseauiana, el Estado tendría un papel fundamental en la regulación de la economía y la redistribución de la riqueza, con el objetivo de garantizar la igualdad y la justicia social.

Rousseau consideraba que la propiedad privada era la principal fuente de desigualdad y conflicto, por lo que habría probablemente defendido políticas económicas más intervencionistas, como la nacionalización de sectores estratégicos o la implementación de una

renta básica universal, con el fin de lograr una verdadera igualdad entre los ciudadanos (Starobinski 1971). Asimismo, Rousseau mantiene que el Estado debería regular el mercado con el fin de evitar abusos y garantizar el bienestar de todos los miembros de la sociedad, no solo de una élite privilegiada. En su Discurso sobre el origen de la desigualdad, Rousseau subraya que la propiedad privada y la división de la sociedad en clases son el origen de los males sociales, por lo que el contrato social debería buscar restablecer una igualdad esencial (Dent 1988, Rousseau 1750).

Siguiendo Rousseau, cuando el primer hombre estableció los límites de su terreno (*possessio privata*), abrió las puertas para la justificación de los abusos y atropellos económicos (Puthenpeedikayil 2015). El sistema capitalista, según Rousseau, es una desviación del orden natural, es por ello que defendió la necesidad de una mayor intervención del Estado para enmendar las desigualdades ocasionadas por el libre mercado (Levine 2002).

En El contrato social, su autor sostiene que la soberanía tiene y debe residir siempre en el pueblo, lo que implica que sus leyes (políticas económicas) son el resultado de la voluntad general. En el ámbito económico, ello implica que las políticas públicas deben estar orientadas al bien común, no a intereses particulares de una minoría privilegiada. La economía solidaria y descentralizada, es el sustento de la filosofía rousseauiana, con el epicentro de su ideario en la organización de la sociedad civil (Delue 1974). La necesidad de la educación gratuita, en un sentido diferente al concebido en la actualidad, son los cimientos de la igualdad de oportunidades, como se desprende de las obras Emilio, o De la educación, pues de esta manera se incentiva el emprendimiento y la inclusión social (Priest 1962).

Aunque es cierto que Rousseau no nos transfirió una teoría económica sistemática, su profuso rechazo a las desigualdades y su mirada comunitaria del contrato social nos deja un marco normativo para sostener en una economía más justa y equilibrada. *El contrato social*, como el *Discurso sobre el origen y los fundamentos*

de la desigualdad entre los hombres, nos ofrece un marco ético para mirar a otros modelos económicos alternativos más allá de los tradicionales. La crítica a la desigualdad y su impulso por el bienestar común es la fuente de inspiración en la búsqueda de sistemas económicos más inclusivos (Bowles 2016). La propuesta pasaría por una mayor regulación estatal de los mercados y una política redistributiva más ambiciosa (Posner 2024, La Economía 2023⁸, Laval y Dardot 2017 y Espino 2016).

Finalmente, Rawls formula el principio de la “diferencia” según el cual las desigualdades económicas y sociales solo son justas si benefician a los menos aventajados de la sociedad (Rawls 1971). Ello le lleva a defender un papel más activo del Estado en la redistribución de la riqueza y la corrección de las desigualdades, a través de políticas como el impuesto progresivo sobre la renta, la regulación de los mercados y la provisión de bienes públicos.

Bajo la óptica de Rawls, al Estado le corresponde intervenir para garantizar una base mínima a todos los ciudadanos, y de esta forma, mitigar los obstáculos económicos que perjudican a una parte de la sociedad. Por ende, se persigue un Estado de bienestar sólido como modelo económico alternativo al capitalismo liberal. De esta manera, se busca garantizar un mínimo social, lo que diferenciaremos del capitalismo *laissez-fair* (Koppelman 2023).

Por lo tanto, una interpretación rawlsiana del contrato social justifica políticas económicas más intervencionistas, orientadas a reducir la desigualdad y garantizar la igualdad de oportunidades. El neoliberalismo y el capitalismo desregulado serían vistos por Rawls como incompatibles con la justicia. La competencia desleal, la concentración de la riqueza y el poder, y la falta de oportunidades para los más desfavorecidos requerirían una mayor intervención del Estado en la economía. Desde la perspectiva de Rawls, la solución a los problemas económicos actuales debería incluir un mayor peso de las políticas redistributivas, el fortalecimiento del Estado de bienestar y la regulación de los mercados (Pogge 2007, Abdallah et al. 2021)

⁸ <http://www.economiasolidaria.org/files/redesol.pdf>

En *The Law of Peoples* (1999), Rawls argumenta que los países prósperos (liberales) tienen responsabilidad social hacia los países desfavorecidos (decentes). Dicha responsabilidad comprende el deber de asistencia económica e institucional (Pogge 1994). No obstante, Rawls no justifica una distribución a nivel global de las riquezas como lo sostienen en el seno

interno de una sociedad (Heath 2005). En efecto, una cooperación internacional es el objetivo para seguir, en lugar de una transferencia directa de recursos entre países (Hinsch 2001). La solución pasaría por una mayor intervención del Estado en la economía a través de políticas redistributivas, regulación de los mercados y provisión de bienes públicos.

CONCLUSIÓN

Las conocidas teorías contractualistas en el ámbito de la metaética son un referente para analizar la legitimidad de las políticas económicas. Si bien es cierto, existen numerosas críticas a su alrededor, hemos apreciado la invaluable herramienta que representa para caminar hacia la equidad y la justicia distributiva en la intervención del Estado.

El contractualismo, al sustentarse en la teoría del contrato hipotético entre individuos que persiguen la libertad e igualdad, nos dispensa un marco conceptual para la elaboración de políticas públicas que persigan el auténtico bienestar de la colectividad, y no de una clase favorecida. Como hemos analizado, y así queda constatado, el contractualismo presenta evidentes construcciones conceptuales en su campo de aplicación. La principal observación que se realiza al contractualismo desde la metaética es la operatividad de un contrato real y la idoneidad de esta teoría para enfrentar el desafío de las relaciones económicas. De igual forma, la abstracción inherente al pacto supuesto

puede obstaculizar su implementación en la praxis de las políticas específicas.

Pese a estos condicionamientos, el contractualismo constituye un recurso significativo para el estudio y análisis de la legitimidad de las políticas en el ámbito económico. Su énfasis en la equidad, la justicia y el respeto entre los individuos provee de una ruta metodológica invaluable para el establecimiento de un orden económico más imparcial y justo que el actual.

Es medular, sin embargo, reforzar la aproximación contractualista a otras corrientes teóricas y con una interpretación más profunda en el contexto actual, debido a la crisis de valores morales que estamos sufriendo y que tienen una notable influencia en las políticas vigentes (Wenar 2001). En esencia, la apreciación de circunstancias como la desigualdad, la distribución de la riqueza, y la asimetría de formación en programas de políticas económicas fomentan el bienestar de todos los integrantes de una sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- Abdallah, Ben; Dafher Saïdane y Mihaly Petreczky. 2021. "Application of robust control for CSR formalization and stakeholders interest". En *arXiv*. DOI: <https://doi.org/10.48550/arxiv.2109.01428>
- Abdullah, Nuraisyah. 2015. "Public interest litigation in alternative dispute resolution: A proposed mechanism in Tribunal for Consumer Claims". *Procedia-Social and Behavioral Sciences* 168: 204-210. DOI: <https://doi.org/10.1016/j.sbspro.2014.10.225>
- Abebe, Rediet; Cole, Richard; Gkatzelis, Vasilis y Jason Hartline. 2020. "A truthful cardinal mechanism for one-sided matching". En *Proceedings of the Fourteenth Annual ACM-SIAM Symposium on Discrete Algorithms*, 2096-2109. DOI: <https://doi.org/10.1137/1.9781611975994.129>
- Alabart, Silvia. 2016. *Manual de Derecho de consumo*. Madrid: Editorial Reus.
- Alba Bermúdez, Juan. 2021. "Aporte de la filosofía jurídica al concepto persona". *Revista Portuguesa de Filosofia*, 77(2-3): 1057-1072. DOI: https://doi.org/10.17990/RPF/2021_77_2_1057
- Arce, María. 2020. "El fomento del cooperativismo a través de la contratación pública sostenible". *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, 133. DOI: <https://doi.org/10.5209/reve.67339>
- Barber, Benjamin. 2007. *Consumed: How markets corrupt children, infantilize adults, and swallow citizens whole*. New York: W. W. Norton & Company.
- Bilbao, Andrés. 1993. "Hobbes y Smith: política, economía y orden social". *Reis*: 127-144. DOI: <https://doi.org/10.5477/cis/reis.61.127>
- Bowles, Samuel. 2016. *The Moral Economy: Why Good Incentives Are No Substitute for Good Citizens*. New Haven, CT: Yale University Press.
- Budiarta, I Nyoman. 2018. "Principles of Contract Law Underlying Business Activities in the Globalization Era". *Advances in Social Science, Education and Humanities Research (ASSEHR)*, volume 282. DOI: <https://doi.org/10.2991/icblt-18.2018.17>
- Carrasco, María. 2020. "David Hume versus Adam Smith: Sobre la fuente de la normatividad en el sentimentalismo moral". *Tópicos. Revista de Filosofía*. 59: 341-366. DOI: <https://doi.org/10.21555/top.v0i59.1114>
- Clark, David. 2005. "Sen's capability approach and the many spaces of human well-being". *The Journal of Development Studies*, 41(8): 1339-1368. DOI: <https://doi.org/10.1080/00220380500186853>
- Cohen, Mendel. 1990. "Obligation and Human Nature in Hume's Philosophy". *The Philosophical Quarterly*, 40,160: 316-341. <https://doi.org/10.2307/2219725>
- Contreras, José. 2013. "¿De qué estamos hablando cuando hablamos de Liberalismo?". *Estudios Políticos*, 9 (29). DOI: [https://doi.org/10.1016/s0185-1616\(13\)72652-0](https://doi.org/10.1016/s0185-1616(13)72652-0)
- Cracogna, Dante. 2015. "La legislación cooperativa latinoamericana en el marco del Plan para una Década Cooperativa de la Alianza Cooperativa Internacional". *REVESCO. Revista de Estudios Cooperativos*, 117: 12-33. DOI: https://doi.org/10.5209/rev_REVE.2015.v117.48416
- Davies, Bernard. 2020. "The Affective and the Political: Rousseau and Contemporary Kantianism". *Tópicos. Revista de Filosofía*, núm. 59. DOI: <https://doi.org/10.21555/top.v0i59.1110>
- DeLue, Steven. 1974. "Rousseau: A Theory of History That Vindicates the Common Man". *Polity* 7, no. 2. DOI: <https://doi.org/10.2307/3234370>
- Dent, Nicholas. 1988. *Rousseau*. Routledge.

- Echavarría Olózaga, Hernando. 2012. *Economía básica*. 1ª ed. Bogotá: CESA-Colegio de Estudios Superiores de Administración. DOI: <https://doi.org/10.2307/j.ctvc5pc23>
- Espino, Diana. 2016. "Una propuesta de Estado social para el siglo XXI: una vuelta al origen". *Universitas. Revista de Filosofía, Derecho y Política* 24, 39-75. <https://e-revistas.uc3m.es/index.php/UNIV/article/view/3176>
- Fernández Santillán, José. 2016. "David Hume y el contractualismo". *Política y Sociedad*, 53, no. 2: 463-483. DOI: https://doi.org/10.5209/rev_POSO.2016.v53.n2.48463
- González, María del Carmen y Luis Palma. 2017. "La localización sectorial del cooperativismo: una aproximación a nivel territorial español". *REVESCO Revista de Estudios Cooperativos*, 123. DOI: <https://doi.org/10.5209/reve.54916>
- Hazlitt, Henry. 2008. *Economics in One Lesson*. Ludwig von Mises Institute.
- Heath, Joseph. 2005. "Rawls on Global Distributive Justice: A Defence". *Canadian Journal of Philosophy*, 35, no. 2: 293-322.
- Henríquez Ramírez, Adolfo. 2013. "Del contrato social al enfoque de las capacidades". *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 20, no. 1. DOI: <https://doi.org/10.4067/S0718-97532013000100010>
- Henrÿ, Hagen. 2012. *Guidelines for Cooperative Legislation*. 3.ª ed. rev. Ginebra: International Labour Organization.
- Henry, John. 2016. "Economía Política Clásica: el salario de subsistencia y preocupaciones sobre el empleo garantizado". *Ola financiera*, 9, no. 23: 33-64.
- Hevia, Manuel. 2009. "Separate Persons Acting Together-Sketching A Theory of Contract Law". *Canadian Journal of Law & Jurisprudence*, 22, no. 2: 291. DOI: <https://doi.org/10.1017/s0841820900004707>
- Hinsch, Wilfried. 2001. "Global Distributive Justice". *Metaphilosophy*, 32, no. 1-2: 58-78. DOI: <https://doi.org/10.1111/1467-9973.00174>
- Hobbes, Thomas. 2015 (1642). *De cive (Del ciudadano)*, editado por Sergio Martín Martín y Arnoldo Catrysse. Madrid: Tecnos.
- Irons, William. 1991. "How did morality evolve?". *Zygon: Journal of Religion and Science*, 26(1): 49-89. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1467-9744.1991.tb00803.x>
- Jain, Shishir. 2015. "Types of Contracts: General and Specific Contracts". *SSRN Electronic Journal*. DOI: <https://doi.org/10.2139/ssrn.2781255>
- Lo, Lawrence W.T.; Chan, Haskin; Tang, Felix y Kwan-Yu Yeung. 2020. "Consumer Ethics: Insights from Business Professionals". *Asia Pacific Journal of Marketing and Logistics*, 32 (3): 664-683. DOI: <https://doi.org/10.1108/APJML-07-2018-0273>
- Koppelman, Andrew. 2023. "Rawls, Inequality, and Welfare-State Capitalism". *American Journal of Law and Equality*, 3: 256-282. DOI: https://doi.org/10.1162/ajle_a_00057
- Kumar, Rahul. 1999. "Defending the Moral Moderate: Contractualism and Common Sense". *Philosophy & Public Affairs*, 28 (4). DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1088-4963.1999.00275.x>
- Kymlicka, Will. 1995. *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford: Oxford University Press.
- Laval, Christian y Pierre Dardot. 2017. "La pesadilla que no se acaba nunca: el neoliberalismo contra la democracia". Barcelona: Gedisa editorial.
- Lessnoff, Michael (ed.). 1990. *Social Contract Theory*. Oxford: Basil Blackwell.
- Levine, Andrew. 2002. *Engaging Political Philosophy: From Hobbes to Rawls*. Oxford: Blackwell Publishers.

- Locke, John. 1988. *Segundo Tratado sobre el Gobierno Civil*. Madrid: Alianza Editorial.
- Marcone, Jorge. 2005. "Hobbes: Entre el Iusnaturalismo y el Iuspositivismo". *Andamios*, 1 (2): 123-148. https://www.scielo.org.mx/scielo.php?pid=S1870-00632005000300006&script=sci_arttext
- Márquez, Juan. 1941. "La Economía de Hobbes". *El Trimestre Económico*, 8 (29): 103-122.
- Marshall, John. 1994. *John Locke: Resistance, Religion, and Responsibility*. Cambridge: Cambridge University Press. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511598531>.
- Maruyama, Nobuhiro. 2009. "Liberdade, Lei Natural e Direito Natural em Hobbes: Limiar do Direito e da Política na Modernidade". *Trans/Form/Ação*, 32 (2). DOI: <https://doi.org/10.1590/s0101-31732009000200002>
- Maruyama, Nobuhiro. 2011. "Os Princípios da Filosofia Política de Rousseau: Vontade Geral e Sentimento Moral no Debate sobre a Universalidade dos Direitos Humanos". *ethic—An International Journal for Moral Philosophy*, 9 (1). DOI: <https://doi.org/10.5007/1677-2954.2010v9n1p1>
- Mendez, Emilio. 2021. "Humesobreelcontractualismo". *Isonomía*, 55: 84-117. <https://www.isonomia.itam.mx/index.php/revista-cientifica/article/view/421/1534>
- Myerson, Roger. 1999. "Nash Equilibrium and the History of Economic Theory". *Journal of Economic Literature*, 37 (3): 1067-1082.
- Myerson, Roger. 2009. "Learning from Schelling's Strategy of Conflict". *Journal of Economic Literature*, 47 (4): 1109-1125.
- Nader, Ralph. 1965. *Unsafe at any Speed: The Designed-In Dangers of the American Automobile*. New York: Grossman Publishers.
- Lloyd, Sharon y Susanne Sreedhar. 2022. *Hobbes, Thomas: Moral and Political Philosophy*. Stanford Encyclopedia of Philosophy.
- Papayannis, Diego. 2016. *El Derecho Privado como Cuestión Pública*, 1ª ed. Bogotá: Universidad del Externado. DOI: <https://doi.org/10.2307/j.ctv1503jvg>
- Parella, Kristen. 2021. "Protecting Third Parties in Contracts". *American Business Law Journal*, 58 (2). DOI: <https://doi.org/10.1111/ablj.12184>
- Parijs, Philippe Van. 1997. "Capitalism, Socialism, and Freedom". Oxford University Press eBooks. DOI: <https://doi.org/10.1093/0198293577.003.0002>
- Pettit, Philip. 1997. *Republicanism: A Theory of Freedom and Government*. Oxford: Oxford University Press.
- Pogge, Thomas. 1994. "An Egalitarian Law of Peoples". *Philosophy & Public Affairs*, 23 (3): 195-224. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1088-4963.1994.tb00011.x>
- Pogge, Thomas. 2007. *John Rawls: Su vida y teoría de la justicia*. Prensa de la Universidad de Oxford. DOI: <https://doi.org/10.1093/acprof:oso/9780195136364.001.0001>
- Posner, Eric y Glen Weyl. 2024. *Mercados radicales*. Antoni Bosch editor. <https://antonibosch.com/libro/mercados-radicales>
- Priest, Terry. 1962. "Rousseau on Universal Education". *Journal of the History of Ideas*, 23 (4): 573-598.
- Puthenpeedikayil, Santhosh. 2015. "Notions of Free Market and Social Welfare in Islamic Economics". *Economics World*, 3 (5-6): 109-115. DOI: <https://doi.org/10.17265/1548-6583/2015.09.005>
- Ramírez, Ana. 2013. "Del Contrato Social al Enfoque de las Capacidades". *Revista de Derecho (Coquimbo)*, 20 (1). DOI: <https://doi.org/10.4067/s0718-97532013000100010>

- Ramírez, Carlos y María Londoño. 2020. "Metagarantía como Telhos del Derecho a la Seguridad Social: Un Análisis Desde la Metafísica Aristotélica". *Revista Guillermo de Ockham*, 18 (2). DOI: <https://doi.org/10.21500/22563202.4172>
- Rawls, John. 1971. *A Theory of Justice*. Cambridge, MA: Harvard University Press. DOI: <https://doi.org/10.4159/9780674042605>
- Román, José y Ana Mantilla. 2020. "Hacia una Epistemología Jurídica Crítica: Precisiones y Distinciones Sobre Epistemología Jurídica, Métodos y Metodología". *ENTRAMADO*, 16 (2). DOI: <https://doi.org/10.18041/1900-3803/entramado.2.6576>
- Rotfeld, Herbert. 2010. "A Pessimist's Simplistic Historical Perspective on the Fourth Wave of Consumer Protection". *Wiley*, 44 (2): 499-509. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1745-6606.2010.01176.x>
- Rousseau, Jean-Jacques. 1750. *Discurso sobre las Ciencias y las Artes*. Traducción de Juan Pérez. Madrid: Editorial Alianza.
- Rousseau, Jean-Jacques. 1762. *El Contrato Social*. Traducción de Manuel Martín. Buenos Aires: Editorial Losada.
- Rousseau, Jean-Jacques. 2025. *Discurso sobre el Origen y los Fundamentos de la Desigualdad Entre los Hombres*. Madrid: Tecnos.
- Santillán, Julio. 2016. "David Hume y el Contractualismo". *Política y Sociedad*, 53 (2). DOI: https://doi.org/10.5209/rev_poso.2016.v53.n2.48463
- Schelling, Thomas. 1978. "Altruism, Meanness, and Other Potentially Strategic Behaviors". *American Economic Review*, 68 (2): 229-230.
- Segovia, Juan. 2021. "Sobre el contractualismo: Consecuencias políticas y jurídicas (II)". *Prudentia Iuris*, 92: 97-124. DOI: <https://doi.org/10.46553/prudentia.92.2021.pp.97-124>
- Sen, Amartya. 1999. *Development as freedom*. Oxford: Oxford University Press.
- Silva, Fidel. 2018. "El consumidor y su importancia en otras disciplinas del Derecho mercantil (The Consumer and Its Importance on Other Disciplines in Business Law)". *SSRN Electronic Journal*. https://papers.ssrn.com/sol3/Delivery.cfm/SSRN_ID3296501_code1327823.pdf?abstractid=3296501&mirid=1
- Silverthorne, M. 1996. *Términos políticos en el latín de Thomas Hobbes*. *Revista Internacional de la Tradición Clásica*, 2: 499-509. DOI: <https://doi.org/10.1007/BF02677887>
- Soler, Enrique. 2012. "La función económica de la cooperativa y la necesidad de una legislación adecuada [Cooperatives economic purpose and suitable legislation]". *REVESCO: Revista de estudios cooperativos*, (108): 39-58. <https://ideas.repec.org/a/ucm/reveco/y2012i108p39-58.html>
- Soto, Carlos. 2020. "¿Qué papel juega la consideration en la teoría del contrato de Thomas Hobbes?". *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, 1(156). DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873.e.2019.156.15161>
- Southwood, Nicolás. 2016. "The motivation question". *Philosophical Studies*, 173(11): 3119-3136. DOI: <https://doi.org/10.1007/s11098-016-0719-y>
- Spigelman, James. 2001. "Citizens, Consumers and Courts". *Australian Journal of Public Administration*, Vol. 60, No. 6. 4: 5-8. https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1806767
- Starobinski, Jean. 1971. *Jean-Jacques Rousseau: La transparencia y el obstáculo*. Madrid: Taurus.
- Stromberg, Jooseph. 2015. "Did Locke really justify limited government?". *Foundation for Economic Education*. <https://www.independent.org/article/2010/05/01/did-locke-really-justify-limited-government/>

- Suikkanen, Jussi. 2017. "Contractualism as restricted constructivism". *Topoi* 36(3): 431-442. DOI: <https://doi.org/10.1007/s11245-017-9457-9>
- Taylor, Charles. 1989. *Sources of the self: The making of the modern identity*. Cambridge: Harvard University Press.
- Tuarez, María; Angulo, Navira y Emmanuel Intriago. 2021. "Perspectivas del cooperativismo y la inclusión social". *Revista científica multidisciplinaria arbitrada Yachasun*, 5. DOI: <https://doi.org/10.46296/yc.v5i8edespen.0106>
- Valencia, Gustavo. 2021. "Aplicación extensiva del derecho del consumo a las relaciones jurídico-comerciales". *Revista e-mercatoria*, 19(2). DOI: <https://doi.org/10.18601/16923960.v19n2.01>
- VanSickle, John y Ladd George. 1983. "A model of cooperative finance". *American Journal of Agricultural Economics*, 65(2): 273-277. DOI: <https://doi.org/10.2307/1240873>
- Vargas, Fernando. 2010. "La intervención estatal en la economía: elementos de análisis para el caso colombiano". *Iustitia*, (8): 381-398.
- Vargas, Jessica. 2016. "Individualismo posesivo, propiedad y sociedad política en John Locke". *Apuntes Filosóficos*, 25(48): 148-163.
- Vela, Dúber. 2022. "La naturaleza de las reglas para la interpretación de los contratos. Análisis sobre su alcance conceptual en la atribución de significado a cláusulas contractuales". *Revista de Derecho Privado*, (44). DOI: <https://doi.org/10.18601/01234366.44.05>
- Whitman, James. 2007. "Consumerism versus producerism: A study in comparative law". *The Yale Law Journal*, 117(3). <https://www.yalelawjournal.org/article/consumerism-versus-producerism-a-study-in-comparative-law>
- Wolff, Jonathan. 2024. *Four recommended reads for World Day of Social Justice*. Alfred Landecker Foundation. <https://www.bsg.ox.ac.uk/blog/four-recommended-reads-world-day-social-justice>
- Zamagni, Stefano. 2003. "Per un'economia civile nonostante Hobbes e Mandeville". *Oikonomia. Journal of Ethics and Social Sciences*, 2(3): 11-23.

LAW AND ECONOMICS
What's in it for us Civil Lawyers

DERECHO Y ECONOMÍA
¿Qué nos aporta a los juristas del Derecho Civil?

DIREITO E ECONOMIA
O que a área de Direito Civil oferece?

Ejan Mackaay*

Recibido: 23/I/2025

Aceptado: 3/VI/2025

Abstract

This article examines two questions that may hinder the development of law and economics scholarship in civil law jurisdictions. The first concerns whether law and economics provides insights to civil law scholarship that are as compelling as those observed in common law countries. I will argue in the affirmative. The second question explores whether legal scholarship can contribute to economics. This inquiry is grounded in recent research addressing the puzzle of the critical factors behind the unprecedented economic growth first observed in north-western Europe and subsequently exported to other regions of the world. If the pivotal factor is a shift in ideas and values that underpin individual liberty and dignity, thereby fostering radical innovation, then legal institutions play a crucial role in framing and supporting such transformative changes.

Keywords: Civil law countries; Common law jurisdictions; Legal thought; Legal institutions; Legal research; Roman law

países de Derecho romano. La primera es si el Derecho y la Economía ofrecen a la investigación en Derecho romano perspectivas tan prometedoras como las que se observan en los países de derecho consuetudinario. Argumentaré una respuesta afirmativa. La segunda cuestión es si la investigación jurídica tiene algo que ofrecer a la Economía. El punto de partida es una investigación muy reciente que propone una reflexión acerca de cuáles son y cuáles no son factores críticos para explicar el crecimiento observado primero en Europa noroccidental –como nunca antes en la historia de la humanidad– y luego en otras regiones del mundo. Si el factor crítico es un cambio en las ideas y valores que garantizan la libertad y la dignidad para intentar caminos radicalmente innovadores, el Derecho puede ofrecer perspectivas sobre las instituciones jurídicas que enmarcan ese cambio.

Palabras clave: Países de Derecho civil; Derecho consuetudinario; Pensamiento jurídico; Instituciones jurídicas; Investigación jurídica; Derecho romano

Resumen

Este artículo examina dos cuestiones que podrían frenar la labor investigadora en Derecho y Economía en los

Resumo

Este artigo analisa duas questões que podem dificultar o desenvolvimento da pesquisa em Direito e Economia nos

* Ejan Mackaay, born in 1943 in Amsterdam, is an Emeritus Professor of Law at the Université de Montréal and a Fellow of CIRANO. He holds an LL.M. from the University of Amsterdam (1966), an LL.M. from the University of Toronto (1977) under the supervision of Michael Trebilcock, and an LL.D. from the University of Amsterdam (1980), with a thesis titled "Economics of Information and Law", co-directed by Arnold Heertje and Hans Franken. His academic specialization encompasses the Economic Analysis of Law and intellectual property. He has contributed to various institutions, including serving as a Fellow at CIRANO since 2010, as well as director of the Centre for the Law of Business and International Trade (2005–2008) and the Public Law Research Centre (1999–2003) at the same university. His distinguished career has been recognized through numerous honours, including election as a corresponding member of the Royal Netherlands Academy of Arts and Sciences in 1986, the Minerva Prize of the Netherlands Society of Translators in 1996 for his translation of the Netherlands Civil Code into French, the Vogel Book Prize in 2013 for his work *Law and Economics for Civil Law Systems*, and an honorary doctorate from Aix-Marseille University in 2018. Mackaay's research consistently aims to make the law more accessible by exploring its intersection with neighbouring sciences, including information technology and social sciences, notably within the fields of jurimetrics and law and economics

Suggested citation format: Mackaay, Ejan. 2025. "Law and Economics. What's in it for us Civil Lawyers?." *Revista de Estudios Jurídicos Cálamo*, núm. 23: 28-35. DOI: <https://doi.org/10.61243/calamo.23.457>

países de Direito Romano. A primeira refere-se à possibilidade de que o Direito e a Economia ofereçam perspectivas tão promissoras para a pesquisa em Direito Romano quanto aquelas observadas em países de Direito Consuetudinário. Argumentarei a favor dessa possibilidade. A segunda questão questiona se a pesquisa jurídica tem algo a oferecer à Economia. O ponto de partida é uma investigação recente que propõe uma reflexão sobre quais fatores são ou não críticos para explicar o crescimento observado, primeiramente, na Europa Ocidental – algo nunca antes visto na história da

humanidade – e, posteriormente, em outras regiões do mundo. Se o fator crítico for uma mudança nas ideias e valores que garantem liberdade e dignidade, possibilitando a adoção de caminhos radicalmente inovadores, então o Direito pode oferecer insights relevantes sobre as instituições jurídicas que estruturam essa transformação.

Palavras-chave: Países de Direito Civil; Países de Direito Consuetudinário; Pensamento jurídico; Instituições jurídicas; Pesquisa jurídica; Direito romano

INTRODUCTION

What is known as the economic analysis of law started in the United States about half a century ago.¹ It took off as a playful venture by economists outside their usual turf but turned out to be much more than that. In the legal community, it was an answer to the formalist view of the law, holding that all one needs to know about the law to apply it can be found in legal texts. The American Realism movement of the first half of the 20th century had already criticized that view (Twining 1973).

The book that opened economic analysis of law for the legal community was Posner's *Economic Analysis of Law* (Posner 1973). It proposed a precise and operational framework, across a broad scala of legal fields, to look

at the effects of any legal rule amongst citizens affected by it.² It was written by a lawyer for other lawyers, in language lawyers were used to. It triggered a good deal of debate yet became the dominant tool from the social sciences to look at the common law. It outraced the other social science disciplines (sociology, criminology, anthropology) and became, as one senior observer put it, “the colonizer of legal scholarship” (Rose 2010, 369).

In thinking recently about the future of law and economics, one of its founding scholars, Guido Calabresi (2016), expressed the view that we should look not only at how economics can help legal scholarship, but also, symmetrically, at how law can help economic scholarship. In what follows, I look at both strands.³

1 I would like to extend my regards to Professor Mendez Reátegui (Universidad Autónoma of Chile) and Professor Romero Jarrín (Universidad Católica de Cuenca) for their kind invitation to collaborate on the LATAM Law and Economics scholarship (in general) and the Cálamo Law journal (in specific and very insightful terms). Final version prepared for Cálamo Law Journal based on the keynote lecture prepared for the 2023 Meeting of the Latin American and Caribbean Association for Law and Economics (ALACDE), in Bogota and Cali, Colombia, 23-27 October 2023.

2 This is so, since as I explained in *Institutions* are rules in a broad sense. Heiner (1983) has attempted to formalize the reasons for using rules, both heuristic rules in individual decision making and social rules in human interactions. Their virtue lies in the relative fixity they provide. But the fixity is also their weakness. At the time of its creation, an institution may be chosen to provide generally the best trade-off in the face of the circumstances of the moment. As circumstances change, institutions may come to represent less than optimal trade-offs and yet their fixity prevents them from being instantly adjusted. The benefit of fixity and predictability is bought at the risk of ill fit over time. [...] Institutions constitute an enrichment of the law and economics agenda. The research programme they imply is not radically incompatible with the “optimization” (efficiency) idea inherent in the neo-classical agenda. But rather than assuming immediate optimization to be the goal of all decisions within the economic system, an institutional agenda would admit institutions as constraints on optimization and would consider change of institutions an independent goal. The general effort to take account of information asymmetry and other transaction costs, while preserving the assumption that individuals maximize utility, is coming to be called neo-institutional economics.

3 In a previous work I explained that:

The function of the law is to articulate non-violent solutions to disputes and conflicts that may arise in the interaction amongst individuals in society, and to define the institutions whose mission it is to make those solutions prevail. Those institutions contribute to the nonviolent coordination of individuals' plans and actions. It is important to know whether legal rules in fact fulfil that function. To that end, one must determine the social effects of existing rules and to predict those of planned reforms. Knowledge of those social effects may show the wisdom of some existing rules and temper our fervor to reform them. At the same time, it may bring to light rules that produce harmful effects and whose braising d'être should be questioned. (MacKaay 2021, 9)

As regards the first, one may ask whether law and economics holds as much promise for civil law systems as it has shown to have for the common law (Part I). As

for the second, are there puzzles in economic science where law can shed new light? (Part II)⁴

EAL AND CIVIL LAW SYSTEMS

From the outset, Posner's 1973 foundational book was read not only in the United States, but also in other English-speaking countries (Canada, the UK, Australia) and in several civil-law countries, which led the European Association of Law and Economics to be formed in Sweden, in 1984.

What is specific about civil-law systems and is there anything in it that makes them inherently less amenable to law and economics? What sets civil-law systems (besides Scotland and South Africa) apart is that core rules of law are spelt out in Codes. One ostensible purpose of Codes is to make the law more accessible. A Code should provide the rules covering all relationships within the field of law it governs. Any legal problem arising in that field should be soluble by reference to, and interpretation of, one or more provisions of the Code.

For the Code formula to work, several constraints must be observed. The Code must be relatively concise (beyond 4000 articles it becomes unwieldy, even with computer help). It should use ordinary language, as citizens use it. Yet it may have to use some abstract concepts summarizing a multitude of conceivable cases (one of the talents civil lawyers are trained to have been to relate abstract formulas to concrete cases and vice versa). The rules must fit together without gaps and without contradictions.⁵

Yet unforeseen, changed or novel circumstances do arise, and Codes must use some open-ended or fuzzy concepts

(such as *good faith* or *abuse of rights*) to deal with them on the fly. Of course, where a radical change occurs (such as what we seem to be going through now in family law and the law of persons), some Code segments may have to be reframed.

Throughout all this, it is important to remember that law is not just a logical system, but a living framework enabling cooperation, coordination and resolution of conflict in society. It falls to legal scholarship to systematize the rules and show underlying principles and trends. In addition, as we also explained before:

Over the past half century, the spectacular development of information technology has provided lawyers with most effective means instantly and easily to find relevant legal documents from amongst ever-increasing masses of them throughout the world. For any given legal problem, one can now in little time and in one spot –the screen of one's computer, tablet or smart phone– bring together all relevant law texts and case law. [...]

Where, a century ago, the quantity of documents that could be effectively considered for any legal question was practically bounded by that to which one could have physical access, that constraint has popped today. That development has made viable the unbridled multiplication of law texts we observe today, reinforcing a positivist view of the law that sees it as exhaustively described in

4 Law & Economics is a well-developed theoretical framework (microeconomics); it provides currently the most advanced application of the rational choice model to the law, which is one of the elements unifying the study and research in the social sciences arena. The Law and Economist movement originated amongst economists. Prominent amongst them were the Germans belonging to what came to be known as the 'German Historical School'. The conjunction of political economy and law in the discipline called *Staatswissenschaft* may have stimulated their contribution. There were contributions in many other countries as well: Austria, Belgium, England, France, Italy, the Netherlands, the United States. Pearson lists more than one hundred names of participants in the movement. Only some of these are still remembered today: John R. Commons, Gustave de Molinari, Carl Menger, Gustav Schmoller, Werner Sombart, Adolph Wagner. (MacKaay 2021)

5 For instance, "at the time of their adoption, the statutory or case-based rule presents a legal arrangement that lifts the uncertainty that would paralyse individual action, allowing individuals to go ahead with their projects. Contractual rules prospectively present gains for all contracting parties. For the certainty effect to produce its effect, persons concerned must be able to rely on it for a reasonable time" (MacKaay 2021, 28).

officially adopted written texts. At the same time, it may have led lawyers to move to the background any consideration of the social effects of rules. The social sciences, that should provide lawyers with the tools to assess the social effects of rules, have not evolved at the spectacular pace of information technologies, that would have balanced the different components of lawyering. Speaking of the social sciences, it is important to stress the essential unity underlying them, as Elster has done recently.

[...]

They all seek descriptively, or positively, to understand how humanly created institutions (including laws) affect behavior, and, normatively, to understand how changes in these institutions would affect behavior. (MacKaay 2021)

In a superb article, just out, Schäfer has shown how this has been the European *ius commune* tradition since the revival of Roman law starting in Italy in the 12th and 13th centuries and spreading throughout Europe. (Schäfer 2024) The Codification movement of the 19th and 20th centuries “nationalized” the law, but comparative law and now also law and economics shed light on what unites the national laws. In all cases, civil-law courts felt able to interpret provisions of codes *contra legem* if other readings gave dysfunctional results or went against the principles of the system.

Though the citation analysis suggests Posner’s book was read throughout Europe over the period 1973 to 2014, its acceptance proceeded by no means at the same pace everywhere. My own experience is with the transition to the French-speaking world. I picked up law and economics in Toronto in 1976-1977, where Professor Trebilcock was introducing it, having just picked it up himself in Chicago. In returning to Montreal in 1978, I felt it was incumbent upon me to help present it to a French-speaking readership, and in France, still then the centre of fundamental debates on the French civil-law tradition (Mackaay 2023).

At the time Posner’s book came out, there was in France a treatise on civil law by a well-known civil law scholar and legal sociologist, Jean Carbonnier (1955). At first blush, it seemed to have some similarities with Posner’s book. It presented an overview of all the civil law, in a language and

with a structure familiar to lawyers. It interspersed this presentation with pointers to publications in legal theory, sociology and anthropology of law, political economy, adding depth to one’s understanding. The book had been first published in the 1950s as part of a reform process of legal education in France, after WW II, when voices were raised seeking more input from the social sciences. But the reformers did not get far; French legal education remained relatively formalist. All along his career, Carbonnier was careful in framing his observations not to alienate the mainstream of French legal education. Perhaps his very minimalist endorsement of law and economics should be seen in that light.

One might have hoped that Posner’s ideas would find their way into Carbonnier’s observations on what lawyers could take away from neighboring sciences, but that get-together never happened. In the 1980s, law and economics remained in France the preserve of economists (Harnay 2015). For lawyers, American legal culture seemed too far removed to learn anything useful from.

By the 1990s, perhaps under the influence of movements elsewhere in the EU (and outside Canada) (Mackaay 2021), French legal scholars came around. Here is senior scholar Oppetit:

Essentially, the economic analysis of law provides the lawyer with a method designed to enable him to rethink the functions of legal institutions: it focuses on a dynamic vision of law, envisaged in its historicity and its perfection, as opposed to the statics of a system closed in on itself, in which the lawyer tends only to make an exhaustive inventory of the rules of established law and to seek solutions to new legal problems within his discipline. (1992, 23)

From then on, French legal scholarship joined the fray and took an active part in the European Law and Economics Association. French law and economics association (AFED) was set up in 2016 and is flourishing. In 1992, a then young, now quite senior civil lawyer voiced what might be the leitmotiv for law and economics working in civil law systems:

In fact, many authors seem to us to be a little frightened of the consequences that might result from the introduction, in France, of such a way of thinking, which is so fundamentally different from our own. This is why we have tried to show that economic analysis is in fact not so alien to our traditions and that, very often, the reasoning used by Anglo-Saxon authors is perfectly identical to ours, even if they prefer to give them the label of economic analysis, whereas we prefer to justify them on the grounds of equity. (Fabre-Magnan 1992, 116)

To sum up, law and economics proposes a *functional approach* to law:

- a) Legal institutions serve a *purpose*,
- b) that should contribute to human *wellbeing* and
- c) be amenable to *measurement*.

That approach should be useful in civil law systems as much as in common law systems. The economic analysis of law articulates legal intuitions and thereby helps the

civil law. It can legitimise many civil law concepts that are the core of legal scholarship.⁶

Consider, by way of example, civil liability law (torts). If you wonder what function that law serves and turn to doctrinal works for an answer, you are likely to find that its purpose is to compensate victims of accidents and thereby to re-establish some equilibrium. Now look at that law as aimed not only at indemnifying victims, but also at providing to those who might cause accidents the (financial) incentive to adopt the appropriate care to avoid accidents or reduce their damage where the cost of care is lower than the cost of the accident, discounted by the probability of its occurrence. In this light, the concepts of fault (*faute*), causality, damage done and others make eminent sense. With this conceptual apparatus in hand, you are now equipped to tackle such matters as products liability and other no-fault liabilities, punitive damages, etc.

For the civil law, let us use the economic analysis of law to trace the economic sense we can make of the grand principles and concepts underlying our Codes.

THE CHALLENGE FOR ECONOMICS: Explaining the Great Enrichment

Over the course of the last century, economic science has made great strides in explaining the functioning and role of markets, through equilibrium models, the workings of money and inflation, entrepreneurship and modest growth. For a closer look at it during the first half of that century, turn to Caldwell's superb biography of Hayek (Caldwell 2022) and follow up with Burns' biography of Friedman (Burns 2023). Are there important puzzles it has not solved? In a new book, McCloskey argues there are: What economics needs to

explain properly is The Great Enrichment, how over the past two centuries, starting in Western Europe and then spreading to other parts of the world, wealth available to citizens has been multiplied by a factor of 30 to 100. (McCloskey 2022)

The question of what can stimulate growth started to be seriously debated during the Great Crisis of the 1930s, with some arguing that capitalist economies were no longer viable and should be replaced by planned

⁶ Also, as I explained in an earlier contribution: "with respect to the earlier attempts at law and economics, it should be observed that they had declined by the 1930s and find no clear echo in the current movement, outside the work of modern institutionalists such as Samuels and Schmid. Various reasons are given: their methodology became increasingly fuzzy; in the end they failed to convince lawyers, in the absence of a straightforward methodology and telling insights into the nature of legal phenomena. Perhaps, too, the problems they addressed and the solutions they proposed—generally more government intervention—no longer appeared relevant to the legal community. These observations feed into the second finding, the astounding variety of viewpoints now represented within law and economics broadly written. Will this cacophony drive law and economics into oblivion? It ought not to, since law and economics of whatever stripe still offers insights into a broad range of legal phenomena from contracts, torts and property to commercial law, constitutional law, criminal law and even family law. The task is to convince lawyers that this is a useful, indeed an essential, supplement to traditional lawyering skills. Where law changes rapidly, as it does in our day, lawyers are inevitably involved in policymaking of some sort. The record of lawyers managing such change on the strength of legal skills and legal practice alone is disappointing at best." (Mackaay 1999, 92)

economies. Against this view, Mises and Hayek, on the contrary, argued that no central planner could ever have access to all the knowledge of time and place of the individual participants in a market. That debate was definitively settled only 1989 ... After World War II, an urgent demand appeared for “recipes” to create the institutions and other conditions for rapid economic growth in the decolonized countries.⁷ Many formulas were tried: socialism, state planning, protectionism, foreign aid. Most had mixed if not outright disastrous effects. In a broad scale 2019 study comparing growth rates, encompassing a significant number of countries, Acemoglu and Robinson conclude that differences in wealth are not due to culture, climate, geography or colonial heritage, but are due to institutional differences. Countries where government can be made to abstain from despoiling citizens (security of property rights) will outperform those with “extractive” governments; in the former, conditions are met for the accumulation of capital, risk-taking and innovation. (Acemoglu 2019) The institutional factors are surely essential *enabling* factors for growth. But do they explain *jump growth*?

In a massive trilogy the concluding volume of which appeared in 2016, McCloskey returns to what caused jump growth in North-Western Europe just two centuries ago. (McCloskey 2016) It was not accumulation of capital, as Marx thought and as “capitalism” implies; nor was it a variety of technical advances: China has for centuries been way ahead of Europe on this score; nor could it be explained by “material matters of race, class, gender, power, climate, culture, religion, genetics, geography, institutions, or nationality” (McCloskey 2016, 11); nor by:

deeply erroneous pseudo-discoveries of the nineteenth century– Benthamite utilitarianism, Comtean positivism, nationalism, socialism,

historical materialism, social Darwinism, scientific racism, theorized imperialism, eugenics, geographic determinism, institutionalism, social engineering, progressive regulation, the rule of experts, and a cynicism about the force of ethical ideas. (McCloskey 2016, 14)

Nor can the protection of property rights be the explanation, since cities and states have always provided it, the alternative being chaos and disintegration of realms (McCloskey 2016). Stable property rights and enforceable contracts are essential *enabling* conditions.

The critical difference lies, in her view, at the level of ideas. Through fortuitous circumstances, first in Holland, then England, then North America, it became accepted and respectable to make a fortune through innovation and trade in the market –you needn’t be an aristocrat, a politician or a clergyman, everyone could have a go at it– bourgeois equality. In her 2022 book, McCloskey labels these ideas *liberty* and *dignity* (McCloskey 2022). Once their virtues were there for all to see, they could be –and were– imitated elsewhere.

Besides the institutions that frame a market economy (Cooter 2012, Prado 2021), what needs to be done is to liberate the inventive and innovative forces of all individuals, by ensuring people’s dignity and space to improve their lot (within bounds of legality), McCloskey’s (2022) liberty and dignity. These are the very factors that Fabre-Magnan studies in a recent book (2023).

Human rights ensure the liberty and dignity that will allow people to change beliefs and aim for innovative activities that may disturb existing patterns of doing things but help jump growth. Here we have an area of the law which may have been left somewhat in the shadows in the law and economics research but now

⁷ Moreover, it is necessary to link the following thought. To understand what an institution is, start with the neoclassical model. The model supposes that agents are informed about potential trades, that profitable agreements are reached without delay or posturing and that deals are faithfully performed. These are, to be sure, simplifying assumptions to make the model manageable. They allow one to construct arguments about how social optimal arrangements (efficiency) come about. In this model there is no need for the fixity that institutions provide: “Because most of the formal economic models of competition, exchange, and equilibrium have ignored ignorance and lack of costless full and perfect information, many institutions of our economic system, institutions that are productive in creating knowledge more cheaply than otherwise have been erroneously treated as parasitic appendages. The explanation of use of money, expertise with dealing in a good as a middleman specialist with a trademark or brand name, reputability or goodwill, along with advertising of one’s wares (and even unemployment) is often misunderstood. All these can be derived from the same information cost factors that give rise to use of an intermediary medium of exchange’. ‘If human beings were omniscient, most markets would make no sense. After all, there’s no reason to trade stocks if everyone knows the true value of every company. But people are not omniscient. And markets are the best way yet devised to overcome human limitations in deciding what to build, buy, or sell”. (Mackaay 1999, 82)

needs our attention. Let us investigate precisely how it may help to enable the factors that made the essential difference for jump growth.

For law and economics scholarship, there are several implications. Besides the study of market enabling legal institutions, we must now also look at those that ensure the critical soft factors that clear the deck for jump growth. As jumps in growth can now be observed in a host of Asian countries, do we see a change in ideology

that must have been necessary, if McCloskey is right, for that creative surge to take place?

What happens if the ideological factor comes to be questioned, as Ferguson fears is happening in the West, where jump growth started? (Ferguson 2012). He takes as indices the public debt crisis (free riding at the expense of future generations) and the inability of Congress and the US President to agree on how to fund public expenditures.

CONCLUSION

Our deliberations lead to two three conclusions. The first is that there are no good reasons to think that law and economics has anything less to offer to civil law scholars than it does to their common law colleagues. Law and economics should go here hand in hand with comparative law.

Besides taking insights from economics, law can also offer some to economists. McCloskey emphasizes “soft” factors (ideas, ideology) as driving forces behind the jump growth of the last two and a half centuries, unique to human history. If that thesis is right, legal scholarship can point to the legal institutions that support those soft factors of liberty and dignity: human rights. That area of law should now be pulled into the limelight.

To properly understand the law, it is not sufficient only to know all the legislative texts, international treaties and the associated case law, and to ensure that they form a seamless web without internal contradictions. The function of the law is to articulate non-violent solutions to disputes and conflicts that may arise in the interaction amongst individuals in society, and to define the institutions whose mission it is to make those solutions prevail. Then, it is important to know whether legal rules in fact fulfil that function. Law and Economics as a functional approach helps to determine the social effects of existing rules and to predict those of planned reforms.

REFERENCES

- Acemoglu, Daron and James Robinson. 2019. *The Narrow Corridor: States, Societies, and the Fate of Liberty* New York: Penguin Random House.
- Burns, Jennifer. 2023. *Milton Friedman: The Last Conservative*. Farrar, Straus and Giroux. ISBN: 978-1250338204.
- Calabresi, Guido. 2016. *The Future of Law and Economics: Essays in Reform and Recollection*. Yale University Press. DOI: <https://doi.org/10.12987/yale/9780300195897.001.0001>
- Caldwell, Bruce and Hansjoerg Klausinger. 2022. *Hayek—A Life—1899-1950*. Chicago: Chicago Press.
- Carbonnier, Jean. 1955. *Droit civil*. Paris: Presses Universitaires de France.
- Cooter, Robert. and Hans-Bernd Schäfer. 2012. *Solomon's Knot: How Law Can End the Poverty of Nations*. Princeton: Princeton U. P.
- Fabre-Magnan, Muriel. 2023. *L'institution de la liberté (2nd ed.)*. Paris : Presses Universitaires de France.
- Fabre-Magnan, Muriel. 1992. De l'obligation d'information dans les contrats—Essai d'une théorie. Paris: L.G.D.J.
- Ferguson, Niall. 2012. *The Great Degeneration: How Institutions Decay and Economies Die*. Allen Lane. ISBN 10: 1846147433
- Mackaay, Ejan. 1999. "0200 History of Law and Economics". University of Montreal. Accessed June 8, 2025. <https://www.sfu.ca/~allen/history.pdf>
- Mackaay, Ejan; Rousseau, Stéphane; Larouche, Pierre and Alain Parent. 2021. *Analyse économique du droit (3rd ed.)*. Montreal: Éditions Thémis.
- Mackaay, Ejan. 2023. "Posner's green book and how it opened windows, including the French one, over the past fifty years". *History of Economic Ideas*, 31: 77-85.
- Mackaay, Ejan. 2021. "Introduction to Law and Economics for Civil Law Systems". University of Montreal, Faculty of Law. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=3804995>
- McCloskey, Deirdre. 2016. *Bourgeois Equality: How Ideas, Not Capital or Institutions, Enriched the World*. Chicago: University of Chicago Press.
- McCloskey, Deidre. 2022. *Beyond Positivism, Behaviorism, and Neo-Institutionalism in Economics*. Chicago: University of Chicago Press.
- Oppetit, Bruno. 1992. "Droit et économie". *Archives de philosophie du droit*, 37: 17-26.
- Prado Prado, Mariana and Michael Trebilcock. 2021. *Advanced Introduction to Law and Development (2nd ed.)*. Cheltenham: Edward Elgar Publishing.
- Posner, Richard. 1973. *Economic Analysis of Law*. New York: Little Brown and Company.
- Rose, Carol Marguerite. 2010. "Game Stories". *Yale Journal of Law and the Humanities*, Vol. 22, No. 369: 10-38. SSRN: <https://ssrn.com/abstract=1701397>
- Schäfer, Hans-Bernd. 2024. *Civil Law as a Common European Heritage, Challenges for Law and Economics and for Comparative Law*. Accessed June 8, 2025. SSRN: https://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=4709299
- Twining, William. 1973. *Karl Llewellyn and the Realist Movement*. London: Weidenfeld and Nicolson.

PROYECCIÓN ECONÓMICA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA Un caso práctico de investigación en sociología jurídica

ECONOMIC PROJECTION OF THE PUBLIC FUNCTION A Practical Case of Research in Legal Sociology

PROJEÇÃO ECONÔMICA DO SERVIÇO PÚBLICO Um caso prático de pesquisa em sociologia jurídica

*José Miguel Amado Balaguera**

Recibido: 27/I/2025

Aceptado: 1/VI/2025

Resumen

Este ensayo analiza temas relativos a la modernidad, como los retos en términos de avances de ley internacional y su afectación en la formulación legal contractual. El desarrollo del multilateralismo ha integrado herramientas que facilitan los procesos de intercambio. Estos se expanden más allá de las fronteras para incursionar en una esfera conjunta de intereses, entre ellos, los económicos. El desarrollo de las legislaciones domésticas en materia contractual, para el sector público, han estatizado las dinámicas comerciales, derivando en esquemas rígidos que llevan a la burocratización, el encarecimiento de los bienes y servicios, la falta de efectividad del gasto público, el acceso limitado a tecnología, etc. En este contexto, es necesario analizar las dinámicas para suplir las necesidades estatales bajo la definición de variables de acceso a los mercados internacionales cuando la oferta nacional es restringida o limitada. Esta investigación es descriptiva y documental, y analiza el caso colombiano.

Palabras clave: Contratación; Apertura económica; Marco jurídico internacional; Globalización; Adquisiciones

Abstract

This essay analyzes topics related to modernity, such as the challenges in terms of advances in international law and their impact on contractual legal formulation. The development of multilateralism has integrated tools that facilitate exchange processes. These processes expand beyond borders to enter a shared sphere of interests, including economic ones. The

development of domestic contractual legislation for the public sector has nationalized commercial dynamics, resulting in rigid frameworks that lead to bureaucratization, rising prices for goods and services, ineffective public spending, limited access to technology, and so on. In this context, it is necessary to analyze the dynamics of meeting state needs under the definition of variables for access to international markets when national supply is restricted or limited. This research is descriptive and documentary and analyzes the Colombian case.

Keywords: Contracting; Economic openness; International legal framework; Globalization; Acquisitions

Resumo

Este ensaio analisa temas relacionados à modernidade, como os desafios em termos de avanços no direito internacional e seu impacto na formulação jurídica contratual. O desenvolvimento do multilateralismo integrou ferramentas que facilitam os processos de troca. Esses processos se expandem para além das fronteiras, adentrando uma esfera compartilhada de interesses, incluindo os econômicos. O desenvolvimento da legislação contratual doméstica para o setor público nacionalizou a dinâmica comercial, resultando em estruturas rígidas que levam à burocratização, ao aumento de preços de bens e serviços, à ineficiência dos gastos públicos, ao acesso limitado à tecnologia, etc. Nesse contexto, é necessário analisar a dinâmica de atendimento

* Contador Público por la Universidad Pedagógica y Tecnológica de Colombia, especialista en Finanzas y Administración Pública y magister en Gestión de Organizaciones por la Universidad Militar Nueva Granada, doctorando en Derecho en la Universidad de Buenos Aires. Actualmente se desempeña como Jefe del Módulo Financiero del Sistema de Información Logística para el sector Defensa de la República de Colombia.
Correo electrónico: josemiguel8403@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-9667-6423>

Cómo citar este artículo: Amado Balaguera, José Miguel. 2025. "Proyección económica de la función pública". *Revista de Estudios Jurídicos Cálamo*, núm 23: 36-47. DOI: <https://doi.org/10.61243/calamo.23.462>

às necessidades estatais sob a definição de variáveis para acesso aos mercados internacionais quando a oferta nacional é restrita ou limitada. Esta pesquisa, de caráter descritivo e documental, analisa o caso colombiano.

Palavras-chave: Contratação; Abertura econômica; Enquadramento jurídico internacional; Globalização; Aquisições

INTRODUCCIÓN

La complejidad de los desafíos nacionales, regionales y mundiales que hoy enfrenta el planeta, como la profundización de la crisis climática, las dificultades en el ámbito económico y social causadas por la pandemia de COVID-19, y la crisis social que enfrentan diversos países (acentuadas por la guerra entre la Federación de Rusia y Ucrania, Israel y Palestina, entre otros), incrementa la necesidad de una gestión pública de calidad, con una mirada integral a largo plazo y una administración eficaz y eficiente de los recursos del Estado (Naciones Unidas – Comisión Económica para América Latina y el Caribe CEPAL, 2024). La responsabilidad que se gesta en su administración, desde cualquier posición, amerita un análisis de la relevancia que esta toma para el cumplimiento de la función. Definirla puede brindar una breve ilustración de las implicaciones que acarrea. La función o gestión pública es toda actividad ejercida por los órganos del Estado para la obtención de sus fines, la cual podrá, por expresa delegación legal o por concesión, ser desarrollada temporalmente por particulares, ello acontece cuando la labor del particular sobrelleva la asunción de prerrogativas propias del poder público (Departamento Administrativo de la Función Pública, 2020). La función y gestión pública se materializan, desde una visión técnica, a partir de la ejecución de las apropiaciones derivadas del Presupuesto General de la Nación. Un instrumento de ejecución corresponde a la celebración de contratos regidos por un marco regulatorio en virtud de las atribuciones que se le otorgan al poder legislativo.

Desde el inicio de la vida republicana, como en el caso colombiano, la legislación se ha preocupado por regular la escogencia de contratistas y el establecimiento de algunas cláusulas de los contratos estatales, pero sin pretender sustituir el ordenamiento general de los contratos, los códigos Civil y de Comercio, ni modificar lo relacionado con el nacimiento, perfeccionamiento,

vida y muerte de los acuerdos de voluntad en aquellos estatutos contenidos (Congreso de la República de Colombia 1993). A pesar de ello, ha sido constante la crítica a los estatutos contractuales y a la definición de contrato administrativo para justificar su diferenciación del contrato de derecho privado. Se percibe a la legislación contractual estatal como causante de mayores costos y de obstáculos para el cumplimiento de los fines estatales (Bendeck 1992). La moralidad y la pulcritud administrativa no resultan de la aplicación de un régimen especial que amerite un desarrollo jurídico particular. La creación de mecanismos administrativos se ha centrado en cumplir normas, perdiendo de vista su verdadera esencia, que debería ser más dinámica y flexible.

En Colombia, el 73% de los casos de corrupción involucran al sector público (Transparencia por Colombia 2019). Dentro de esos casos, 46% están relacionados con la contratación pública. Las prácticas más comunes son la adjudicación irregular de contratos, con el 29%, y el incumplimiento de los principios de transparencia e idoneidad, con el 17%. Los sobrecostos han sido revelados en múltiples expedientes de contratación estatal en Colombia. Casos fallados, en procesos de responsabilidad fiscal, alertan y ponen de manifiesto riesgos en el desarrollo social y económico del país, requiriendo cambios en los esquemas contractuales. Se estima que en el desarrollo de la obra de infraestructura conocida como proyecto Hidroituango, los sobrecostos llegaron al 114,94% (Contraloría General de la República 2021). Además, en el proyecto de infraestructura de la Refinería de Cartagena, los sobrecostos ascendieron a los 2,9 billones de pesos (Contraloría General de la República 2021). Otro ejemplo corresponde a la construcción de la Ruta del Sol II. En su ejecución se detectaron sobrecostos de hasta \$1,2 billones de pesos, atribuibles a pagos de sobornos y modificaciones

injustificadas en los contratos¹. Los casos descritos por sí solos sustentan la necesidad de abordar con

rigurosidad el papel que cumple la contratación estatal en la gestión pública.

TESIS Y ESTRATEGIA ARGUMENTATIVA

La contratación estatal no se percibe como un acto de justicia y responsabilidad que involucre tanto a la entidad pública que contrata como al contratista (este último definido como contraparte en un proceso contractual). Se trata de una regulación que impide la flexibilidad, esta debe estar presente en el actuar contractual (Amado 2023). ¿Son garantistas² los modelos de contratación que ofrecen, por ejemplo, la Ley 80 de 1993 -solo por citar una referencia- y todo su marco jurídico para cumplir los fines del Estado? La respuesta se puede determinar en la viabilidad de desplazar el orden jurídico nacional, en materia contractual, al derecho privado internacional. El cúmulo de responsabilidades correlativas de las entidades estatales, plasmadas en los estatutos contractuales, se opone a la búsqueda de un sentido de justicia vinculado a la construcción de un progreso de equilibrio internacional. Los efectos también dan como resultado una relación costo-beneficio que depare balances favorables a los intereses nacionales y a la creciente cualificación de la presencia nacional dentro de las diversas esferas de acción que comprende el acontecer internacional (Congreso de la República de Colombia, 1993).

Los hechos requieren un análisis dinámico, crítico, riguroso y científico para la comprensión de este tipo de fenómenos sociales y/o jurídicos (Tirado 2010). Se trata de una sinergia entre una disciplina específica

que, para el caso, corresponde al Derecho³ y a otros elementos de la vida social; ocupándose del terreno ético, económico, político y, en sentido más amplio, filosófico (Ferrari 2010). Alfredo Ves Losada (1967) argumenta que el sociólogo investiga y estudia el Derecho y sus funciones en la sociedad para la que fue creado; también verifica su eficiencia, el grado de correlación entre las conductas que las normas prescriben y la conducta real de los miembros del cuerpo social.

De los aportes de Bordeaux (1890-1900) y Sorbonne (1904), Durkheim (1894) propone un método de análisis de hechos sociales y/o jurídicos a partir del planteamiento de dos circunstancias: ¿Cómo se han constituido históricamente las reglas jurídicas? Es decir, ¿cuáles son las causas que las suscitaron y los fines o necesidades que deben satisfacer? Seguido de, inquirir la manera cómo funciona la sociedad y cómo son aplicables por los individuos (Ves 1967). El método de análisis sociológico está fundamentado en cinco variables u elementos, cada uno de ellos aborda, en complemento, el contexto del objeto de estudio. Por último, se habla de la necesidad de estudiar los fenómenos desde los subtemas de la Sociología del Derecho (Ves 1967), encontrando dentro de los intereses sociales los relativos a los intereses políticos⁴ y económicos⁵.

1 Diario El Tiempo. 22 de marzo, 2018. <https://www.eltiempo.com/justicia/investigacion/retrasos-en-ruta-del-sol-ii-le-cuesta-al-pais-808-mil-millones-al-ano-196994>. Acceso el 2 de junio de 2025.

2 Ferrajoli se interesa principalmente por las referencias a: i) El Estado de Derecho y sus niveles de deslegitimación; ii) a la teoría del derecho y a la crítica jurídica; y iii) a la filosofía del derecho y la crítica de la política; como elaboración de modelos de justicia y garantistas de legalidad.

3 El Derecho se erige como una ciencia que, a diario, se renueva, se replantea, asume proyecciones a través de sus sistemas frente a la mutabilidad de los comportamientos humanos (Tirado 2011).

4 Estudiar el Derecho en su vinculación con grupos cuya actividad es el ejercicio del poder político y la función de crear y aplicar normas jurídicas en forma favorable a sus propios intereses y objetivos, la representatividad de esos grupos entre otros (Ves 1967).

5 Alfredo Ves (1967), estima que una de las perspectivas económicas corresponde al control de los medios de adquisición. El Derecho legitima cierto tipo de ordenamiento económico, y será útil para investigar en qué medida ese control funciona eficazmente, evitando fricciones y problemas, y qué alcance y consecuencia tiene para la conducta social general.

Tabla 1: Método de análisis de hechos jurídicos de Durkheim

Ítem	Variable	Aplicación al caso de estudio
1	Descartar sistemáticamente todas las nociones previas	Analizar la contratación estatal sin prejuicios ideológicos o dogmáticos, considerando las realidades empíricas y los contextos históricos (Durkheim 2001, 48).
2	Centrarse en un grupo determinado de fenómenos que responden a una misma definición	Hay que reconocer que la contratación estatal es un fenómeno social colectivo, dotado de coercitividad y exterioridad respecto a los individuos (Durkheim 2001, 56).
3	Considerar el hecho social desde el plano en que se presentan aislados de sus manifestaciones individuales	Identificar y delimitar qué constituye el objeto de estudio (por ejemplo, el contrato estatal como mecanismo de satisfacción de necesidades colectivas).
4	Rastrear las condiciones que han determinado esta generalidad en el pasado, así como su posible materialización en el presente, a fin de determinar si el hecho social es normal o se debe negarle este carácter	Investigar los factores históricos y económicos que dieron origen a los marcos normativos de contratación y la función social que estos cumplen actualmente (Durkheim 2001).
5	Investigar separadamente la causa eficiente que la produce y la función que viene a llenar (Durkheim, 1894).	

Elaboración: autor

En cuanto a la Sociología de la modernidad, Émile Durkheim (2001) presenta una perspectiva desde dicho paradigma. Para el autor francés, las sociedades modernas son el siguiente paso en el desarrollo social después de las sociedades tradicionales. En este sentido, las primeras se basan en la solidaridad mecánica, que es el consenso en los valores y creencias tradicionales; y, las segundas, son aquellas que se basan en la solidaridad orgánica. Estas últimas corresponden a la diversificación entre los individuos (Durkheim 2001). La transición de un tipo de sociedad a otra se debe a la disminución de la fuerza de los lazos tradicionales. Es así que las normas son “hechos sociales”; por tanto, están reguladas y restringen el comportamiento de los miembros de la sociedad. La legislación estatal

contractual no solo consiste en un conjunto de reglas técnicas, también actúa como un mecanismo que refleja y perpetúa las demandas de integración funcional en las sociedades contemporáneas. Durkheim advierte sobre los peligros de una rigidez normativa excesiva: en las sociedades modernas, la burocratización puede convertirse en una patología del sistema, donde una formalización extrema puede obstaculizar la eficacia y la adaptabilidad de las instituciones. Esto se relaciona directamente con las críticas al reglamentarismo excesivo en la contratación estatal colombiana (Santaella 2017), que puede llevar a la ineficiencia y la corrupción, además de perder de vista el contrato como una herramienta para satisfacer las necesidades colectivas.

LA CONTRATACIÓN ESTATAL, EN EL MARCO DE LA LEY 80 DE 1993 Y LA INCIDENCIA EN LA GESTIÓN PÚBLICA COLOMBIANA

El Estatuto General de Contratación Pública no solo ha perdido el rasgo de identidad nacional (más correctamente su talante principalista) -identificación del problema-; sino que, ha desatado un verdadero meramágnun reglamentario (Santaella 2017). Esta perspectiva, en términos de Tomás Herrera (2013), requiere la identificación de variables que, como lo estima Durkheim (1894), responden a una misma definición. Eberhard Schmidt-Assmann (2017) en su tratado sobre la contractualización del derecho administrativo, las identifica en tres categorías. La primera corresponde a la preponderancia del órgano administrativo; el cual, como una gran organización burocrática, es superior al ciudadano. La segunda, corresponde a la venta de derechos soberanos. Se teme que la administración sea compelida por actores poderosos. Por último, se encuentra la cooperación entre la colusión y corrupción, contrario a la planeación del contrato estatal; en tal sentido, se parte de la premisa de que el exceso de dinero y poder puede generar patologías en las personas, convirtiéndolas en perversos sociópatas. Un buen ejemplo de esta dinámica es el fenómeno de la para-economía que Héctor Olásolo A. (2002) describe como un sistema paralelo e ilegal de acumulación de poder económico. Este sistema se financia a través de actividades ilícitas y se conecta con actores tanto privados como públicos, buscando influir o capturar decisiones estatales mediante mecanismos de corrupción y violencia.

La agilidad, la libertad, la transparencia y la autonomía son principios del desarrollo. El excesivo detallismo y la asfixiante reglamentación son aspectos que dificultan el actuar contractual en un marco caracterizado por la rapidez y por lo expedito de las decisiones⁶. No deben encasillarse en la ley las mecánicas administrativas, por esencia cambiantes, como tampoco resulta prolongar la vida de requisitos que incrementan el costo de los servicios estatales (Congreso de la República de Colombia, 1993). El órgano administrador debe contar

con mayor autonomía, con el fin de cumplir los fines del Estado, satisfacer el interés público o las necesidades colectivas, defender los derechos del administrado contratista, retornar el contrato a su noción original, despojar el cúmulo de privilegios y facultades omnímodas e innecesarias; incursionando, para tal efecto en escenarios ajenos a aquellos que limitan el territorio nacional⁷ o, lo que en términos del maestro Jorge Carvajal (2011) corresponde a una nueva política jurídica. Los Estados no pueden ser ajenos al desarrollo de la actividad mercantil internacional. La dinámica mundial exige la adaptación de nuevos paradigmas arraigados a la globalización, el desarrollo de las comunicaciones, los medios de transporte, la sociedad de riesgo, la fragmentación social, las privatizaciones, desregulaciones y liberaciones experimentadas, per se, que afectan a los procesos económicos mundiales (Tobar 2016).

Sustento argumentativo de la contratación estatal en Colombia a partir de Durkheim

La miopía jurídica en el proceso de contratación pública (causa eficiente, en términos de Durkheim) se deriva de la omisión, por parte de la política liberal hegemónica, de las dimensiones local y transnacional –vocación universalista– que no acompañaron la concepción del Estado-nación en el sistema mundial (De Sousa Santos, 1998). Agustín Basave Fernández del Valle (2001), en sus estudios sobre la Filosofía del derecho, sostiene esta posición argumentando: i) el internacionalismo es compatible con el respeto a la persona humana, como última depositaria del orden y como fin postrero del universo visible; ii) aceptar la supeditación del derecho interno al Derecho Internacional es aceptar la unidad del sistema jurídico y propugnar por una política interestatal pacífica y justa; iii) las personas colectivas con modalidades culturales propias no tienen por qué desaparecer, pero tampoco tienen por qué obstaculizar un sistema jurídico para toda la humanidad –principio de

6 Congreso de la República de Colombia. Exposición de Motivos. L. 80 de 1993.

7 Corte Constitucional. C-249/2004. <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2004/c-249-04.htm>

complementariedad⁸– y, iv) lo nacional y lo internacional pueden cohonestarse en sus legítimas aspiraciones, en una federación cosmopolita. Immanuel Kant (1781), en el marco del Derecho cosmopolita⁹; arguye la necesidad de superar el estado de naturaleza entre las naciones, a partir de la garantía que otorga la federación de estados libres, regida por reglas comúnmente acordadas, que además de favorecer el desarrollo del derecho de gente para la paz (razón práctica), hacen posible el desarrollo del Derecho (interestatal) (Beade 2016). Federico Carlos de Savigny, en la formulación de los principios del derecho internacional privado, indica que la comunidad de Derecho entre estados independientes explica la tendencia a la reciprocidad en la apreciación de las relaciones jurídicas (Parra-Aranguren 1994). La manifestación de los derechos humanos de tercera generación. relativos, entre otros, al consumo, apelan a la necesidad de una autoridad real que se encuentre por encima de la autoridad del Estado (Fraguas 2015). Desde el abordaje que efectuara el profesor Misael Tirado (2010), el teórico clásico Émile Durkheim manifiesta que la sociedad tiende naturalmente hacia un estado de integración funcional.

El modelo jurídico que sustenta la noción contractual vigente (rastreo histórico de las condiciones del hecho social) da cuenta de un desarrollo desde los orígenes de la vida republicana. Los antecedentes parten, por ejemplo, para el caso colombiano, desde el Código Fiscal de 1873; la Ley 53, de 1909; la Ley 110, de 1912; la Ley 130, de 1913; la Ley 105, de 1931; la Ley 167, de 1941; el Decreto-ley 528, de 1964; los Decretos-ley 1050 y 3130, de 1968; la Ley 2ª, de 1973; la Ley 28, de 1974; el Decreto-ley 1670, de 1975; el Decreto-ley 150, de 1976; el Decreto-ley 222, de 1983; la Ley 80, de 1993, y demás normas que válidamente las modifican, sustituyen o derogan. Si bien, el motivo previo jurídico ha sido la determinación de reglas relacionadas con la selección del contratista, y cláusulas especiales a los contratos estatales, se observa la tendencia a imponer el derecho público en las actuaciones de la administración, sin argumento, más allá de diferenciarlo de las nociones generales de contratación (Congreso de la República, 1993). Cualesquiera de las nociones previstas, estas no

se alejan de la esencia en el respeto de la autonomía de la voluntad, principal postulado del derecho privado e, en términos interestatales, internacional. En vista de los argumentos expuestos (identificación del problema, causa eficiente y rastreo de condiciones), el fenómeno social (adquisición de bienes y/o servicios para entidades estatales en términos del modelo jurídico de la ley doméstica contractual) puede ser catalogado como normal.

Esta última catalogación se debe a las corrientes opuestas al Derecho Internacional, así como a la hipótesis que ha sido formulada –antítesis– (voluntarismo e intelectualismo iusnaturalista), que va dirigida al sentido amplio de una corriente y, de otro lado, a la visión primitiva de autonomía de la voluntad en la formulación del Estado. Adolfo Sánchez Hidalgo (2017), en su análisis al derecho internacional en el tránsito a la modernidad cita a Vitoria (1960), habiendo definido la república perfecta como aquella que no se encuentra sometida a otra, y tiene sus propias leyes; es decir, se define el Estado por su autonomía (no estar sometido) y por su autoridad (poder dictar leyes y hacerlas valer). En el marco legal colombiano se estará hablando de una presunta vulneración del artículo 150 de la Constitución, en el cual se ha dejado constancia la competencia exclusiva del Congreso para expedir el estatuto general de contratación de la administración pública y, en su defecto, también del artículo 4; esto en el sentido de que todas las conductas, hechos y acontecimientos que ocurran en el territorio (por nacionales y extranjeros) deben someterse al imperio de la Constitución y la Ley (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Un análisis adicional requiere el sentido del artículo 100, el cual contempla el llamado principio de igualdad de derechos civiles y garantías entre nacionales y extranjeros. El artículo 25 de la Constitución, que garantiza el derecho al trabajo, ha sido interpretado de una manera que amplía las oportunidades de contratación para extranjeros. Sin embargo, esta interpretación reduce de manera significativa e injustificada las oportunidades laborales para los ciudadanos colombianos, lo que va en contra de lo que establece el inciso segundo del artículo 2 de la Constitución, que exige a las autoridades

8 Definido desde el punto de vista penal (Estatuto de Roma, art. 1, 17, 18, 19 y 20), tiene como fundamento un sistema de soberanía compartida entre la Corte Penal Internacional CPI y las jurisdicciones nacionales (Olasolo 2012).

9 Derecho público de la humanidad, libertad de intercambio económico y entre culturas.

proteger a todas las personas que residen en Colombia, especialmente a los nacionales.

Conforme los postulados de Durkheim, la conexión entre la modernidad y la contratación estatal se hace evidente en la tensión que existe entre la formalización, normativa, y la eficacia. Un ejemplo, para el caso colombiano, se puede observar en los resultados de la evaluación al sistema de contratación pública durante la pandemia de COVID-19. La contratación estatal enfrentó el desafío de equilibrar la necesidad de control y regulación (una manifestación de la solidaridad orgánica durkheimiana) con la flexibilidad necesaria para responder a necesidades urgentes y apremiantes propiciadas por la coyuntura. El Departamento Nacional de Planeación (2020) documentó que la rigidez de los marcos normativos tradicionales llevó a la implementación de mecanismos excepcionales de contratación directa¹⁰, tal como se prevé en el Estatuto de Contratación Colombiano, para asegurar la provisión de bienes y servicios esenciales. El hecho reveló vulnerabilidades estructurales en el sistema. La falta de controles efectivos permitió que se dieran prácticas corruptas en varios niveles de la administración. La Contraloría General de la República (2020) reportó numerosos casos de sobrecostos y falta de transparencia en la adquisición de insumos médicos y contratos de alimentación escolar.

La emergencia de la modernidad en la forma de la formalización normativa tendía a entrar en conflicto con la rapidez y eficacia con la que se necesitaba reaccionar a las crecientes necesidades. (Durkheim 2001). Un estudio específico sobre estos riesgos fue realizado por Olásolo (2012), quien examinó cómo el exceso de normas formales en la contratación puede dar lugar a “patologías” en la función pública, generando incentivos perversos. Esto se alinea con la advertencia de Durkheim sobre la necesidad de que las normas jurídicas mantengan un equilibrio entre la estabilidad social y la capacidad de respuesta ante nuevas demandas (Durkheim 2001).

En el ámbito de la contratación internacional, un ejemplo puede ser la construcción del túnel de la línea¹¹ (2020). Es un megaproyecto de infraestructura en Colombia que recibió financiamiento parcial de recursos internacionales. La rigidez del marco contractual nacional y la falta de flexibilidad para adaptarse a las exigencias técnicas y financieras del proyecto provocaron retrasos y costos adicionales millonarios, según lo establecen los análisis de medios y partes interesadas¹². Esta experiencia pone de manifiesto cómo la burocratización, una característica de la modernidad, puede llevar a resultados ineficientes si no se adapta a las necesidades concretas de la sociedad (Santaella 2017).

Los hechos descritos, si bien pueden fundamentar un punto de retorno a la jurisdicción proteccionista, no definen la tendencia del país en el marco global. El 16 de marzo de 2004, mediante sentencia C-249, la Corte Constitucional Colombiana dio un primer paso al reconocer en la soberanía nacional el propósito integrado que debe nutrir las relaciones del país con otras naciones, así como la celebración de tratados que salvaguarden la equidad, la igualdad y la reciprocidad. La carta autoriza la participación del Estado en la creación de organismos supranacionales; que, de una parte, implican una jerarquía a respetar y acatar; y de otra, la sujeción recíproca de todos los Estados a los acuerdos que se formalicen en dichos organismos, lo cual deriva en una lógica adecuada de la legislación nacional a los lineamientos de las cláusulas supranacionales pactadas (Amado 2023).

Internacionalización de las relaciones políticas, económicas, sociales y ecológicas: un caso práctico para Colombia

Mediante sentencia C-249/04, la Corte Constitucional de Colombia se pronuncia declarando exequible el artículo 13 de la Ley 80, de 1993, examinando temas como: i) la soberanía nacional, ii) el valor vinculante de los tratados internacionales, iii) el principio de aplicación territorial de la ley en materia de contratación y

¹⁰ En términos generales, se refiere a una modalidad de contratación que habilita al Estado o a sus delegatarios a contratar sin acudir a la licitación que promueva la pluralidad de ofertas.

¹¹ Obra de infraestructura colombiana que une dos departamentos, a través de sistemas de túneles al enfrentar el relieve de la cordillera central andina en territorio colombiano.

¹² El Espectador, 26 de agosto de 2020. <https://www.elespectador.com/economia/por-que-tardo-tanto-la-construccion-del-tunel-de-la-linea-articulo/>. Acceso el 2 de junio de 2025.

iv) los contratos celebrados por entidades del Estado. La sentencia ha establecido que, respecto a la celebración y ejecución de contratos estatales, se ofrecen dos interpretaciones; a saber, la celebración de un contrato y su ejecución parcial en Colombia se someten al derecho extranjero. La segunda situación analizada por la Corte plantea la celebración de contratos en Colombia y la ejecución, o parte de ella, en el territorio nacional, se sujetan a la ley nacional. La primera interpretación es inconstitucional, por cuanto en el territorio de un Estado los actos jurídicos celebrados o ejecutados, se someten a la Constitución y las leyes de ese Estado (artículo 4 de la Constitución). No existe soberanía de un Estado si su Constitución y leyes no rigen en su propio territorio.

Advierte la Corte Constitucional que corresponde al operador jurídico, delegatario, funcionario público con competencia¹³, realizar una labor de interpretación sistemática en orden a la aplicación de las reglas pertinentes, que bien pueden corresponder simultáneamente a las de la Ley 80 de 1993 y a las de los códigos de comercio y civil. Cada hipótesis contractual es susceptible de gobernarse por principios y reglas, tanto de orden público como de orden privado. La intensidad de la preeminencia del primero sobre el segundo dependerá del grado de regulación normativa que el estatuto contractual estatal establezca para el respectivo caso, sin que, por otra parte, ello pueda llegar a propiciar algún tipo de intangibilidad o dispensa frente a los controles estatales que la Constitución y la Ley estipulan en torno al gasto público¹⁴. Algunos casos puntuales de la influencia internacional para Colombia se originan desde diferentes escenarios que inciden en la afectación de su reglamentación. En términos del inciso 4° del artículo 13 de la Ley 80, de 1993, los contratos o convenios firmados en su totalidad o en sumas iguales o superiores al 50 % con fondos de los organismos de cooperación, asistencia o ayudas internacionales, podrán someterse a los reglamentos de tales entidades. La aplicación de tratados internacionales de libre comercio se pone de presente en el manual elaborado por Colombia Compra

Eficiente para el manejo de los acuerdos comerciales en procesos de contratación¹⁵.

El ofrecimiento busca responder a la necesidad de hacer la contratación estatal más abierta a soluciones que sean flexibles, eficientes y que se alineen con la actualidad (Amado 2023). Desde Durkheim (2001) la idea se alinea con el principio de solidaridad orgánica: las sociedades modernas necesitan marcos legales que se adapten y fomenten la cooperación y el intercambio internacional. El Derecho privado internacional, que pone énfasis en la autonomía de la voluntad y la flexibilidad contractual, puede ser una herramienta para superar la rigidez de los sistemas existentes. Agustín Basave Fernández del Valle (2001) señala que el internacionalismo jurídico no significa que las soberanías nacionales desaparezcan; por el contrario, se adaptan y coordinan dentro de un sistema jurídico global. Esto se relaciona con el concepto de “federación cosmopolita” que propuso Immanuel Kant (1781), el cual sostiene que los contratos entre Estados, o con partes extranjeras, deben regirse por principios de equidad y racionalidad internacional (Basave 2001).

La aplicación de las normas de contratación internacional, para el caso colombiano, se puede evaluar de manera práctica. La construcción del Metro de Bogotá (líneas 1 y 2)¹⁶ incorporó cláusulas de arbitraje internacional, normas de derecho privado internacional y la banca multilateral (Banco Interamericano de Desarrollo 2023), a fin de manejar disputas y alinearse con estándares globales (metro de Bogotá 2024). El resultado ha arrojado herramientas para abordar las complejidades técnicas y financieras de los contratos, superando los procedimientos establecidos para el marco contractual nacional. La Corte ha señalado que la aplicación del Derecho privado internacional debe realizarse siempre dentro de los límites establecidos por la Constitución y la soberanía nacional. Aunque es posible la adopción de estos principios internacionales en contratos, no puede comprometer los principios fundamentales del ordenamiento jurídico (Congreso de la República

13 En términos del legislador y la Ley 80 de 1993 (artículo 11), la celebración de cualquier género contractual exige como requisito de validez la necesaria aptitud legal de los sujetos para obligarse por sí mismos. Esa aptitud, cuando se predica de un ente estatal, se denomina “competencia”; en tanto que se denominará “capacidad”, cuando alude al particular.

14 Corte Constitucional, C-249/2004.

15 José Luis Benavides. *Op. Cit.*, p. 827.

16 Proyecto de transporte ferroviario de personas en la capital del país y su área metropolitana.

1993). Podría, por tanto, incentivar la participación del Estado en mercados internacionales y atraer inversión extranjera, lo que fortalecería la capacidad adaptativa y la competitividad del país (Santaella 2017).

Conexión entre los aportes de Émile Durkheim y Colombia

El presupuesto evidencia que las normas jurídicas son, en esencia, hechos sociales que reflejan y organizan la solidaridad en las sociedades modernas (Durkheim 2001). Se comprendería que la contratación estatal no es un proceso aislado, sino una manifestación de la sociedad y de la división del trabajo (Ibidem). El método proporciona, enfocado en el análisis de las causas históricas y las funciones actuales de los fenómenos sociales (Ibidem), insumos valiosos para investigar cómo los estatutos contractuales han dado lugar a procesos burocráticos que complican la satisfacción de las necesidades o fines del Estado (Santaella 2017). El resultado

revela que, aunque estas normas buscan asegurar transparencia y equidad, su complejidad puede impedir la agilidad y la eficacia en la gestión administrativa.

Se resalta la importancia de incluir elementos del Derecho privado internacional como una solución para superar estas limitaciones. Una de las condiciones, conforme exposición de argumentos en el caso colombiano, es el respeto por la supremacía constitucional y el interés general (Amado 2023, Basave 2001). Ejemplos como la construcción del metro de Bogotá muestran cómo la formulación de cláusulas internacionales para resolver disputas ayudó a sortear obstáculos técnicos y financieros. La perspectiva de Boaventura de Sousa Santos (1998) complementa la teoría de Durkheim, enfatizando que los sistemas legales nacionales deben alinearse con estándares globales para abordar las dinámicas que definen la modernidad. Se observa una alternativa que fortalece la integración y la cooperación internacional en el ámbito de la contratación estatal.

CONCLUSIÓN

El análisis del caso colombiano, basado en el trabajo de Émile Durkheim (2001), concluye que la contratación pública refleja tensiones en la sociedad que lo compone. Se observa una búsqueda de los fines del Estado; sin embargo, existe el riesgo de caer en la burocracia excesiva y en una rigidez normativa. El exceso de formalismos y normas puede obstaculizar la efectividad de la contratación pública. La situación abre la puerta a la corrupción y a la ineficiencia administrativa (Santaella 2017). El fenómeno, como Durkheim advirtió, ocurre cuando las normas pierden su capacidad de adaptarse a las condiciones variables de la sociedad y se convierte en patologías sociales.

La actividad contractual se debe caracterizar por encontrarse definida, consagrando de forma sistematizada y ordenada. Su definición consagra las reglas y principios básicos que deben encaminar la realización y ejecución de todo contrato que celebre el Estado (Congreso de la

República, 1993). Esta perspectiva se ve truncada con la existencia de marcos legales estatales que cobijan un sistema protector, limitado en un espectro geográfico, ajeno a los intereses colectivos y fines que persigue el Estado. El principio de Territorialidad de la Ley advertiría que este es consensual con la soberanía que ejercen los Estados dentro de su territorio; de este modo, pueden expedir normas y hacerlas aplicar dentro de los confines de su territorio¹⁷. Esta posibilidad, de manera alguna, afectará la concepción de la “función pública”; toda vez que, como se arguye, se fundamenta la celebración de contratos estatales en el reconocimiento de la autonomía de la voluntad, recogiendo así los principios y postulados consagrados en el Derecho Internacional Privado. En concordancia, el profesor Misael Tirado manifiesta que, “el tema de la verdad en la investigación científica [...], gira en cómo podemos pensar múltiples posibilidades, [...] para entender las realidades polisémicas y complejas del mundo actual” (2011, 17).

¹⁷ Corte Constitucional, C-249/04.

La contratación estatal en Colombia necesita evolucionar hacia un modelo que logre un equilibrio entre la seguridad jurídica y la flexibilidad, para adaptarse a las dinámicas de la sociedad moderna. Se proponen varias recomendaciones para fortalecer la función pública y optimizar la contratación estatal en el marco de la globalización y la modernidad: una flexibilización normativa controlada¹⁸, el fortalecimiento de la capacidad técnica y la profesionalización¹⁹, el impulso de la transparencia y el control social²⁰, el fomento de la

cooperación internacional y regional²¹, entre otros. Estas sugerencias están diseñadas para asegurar la viabilidad y funcionalidad del sistema de contratación pública, alineándose con las exigencias de la modernidad y los principios de solidaridad orgánica que demanda la sociedad actual (Durkheim 2001). La modernización de la contratación estatal, siempre respetando el interés general y la soberanía, permitirá a Colombia establecer un modelo de gestión pública más eficiente, transparente e inclusivo.

18 Se recomienda avanzar hacia una flexibilización normativa que permita la incorporación progresiva de principios del Derecho privado internacional en los contratos estatales. Esta flexibilización debe respetar la supremacía constitucional y los principios fundamentales del ordenamiento jurídico colombiano (Amado 2023, Basave 2001). La adopción de estándares internacionales fortalecerá la capacidad de respuesta del Estado ante la complejidad de los contratos transnacionales.

19 Es esencial dotar a los responsables de la contratación estatal de herramientas y conocimientos en Derecho comparado e Internacional. La creación de unidades especializadas dentro de las entidades estatales garantizará una mejor gestión de contratos complejos y fomentará la eficiencia en la administración pública (Olásolo 2012).

20 Se insta a profundizar en mecanismos de control social y transparencia, mediante el uso de plataformas digitales de acceso público y la implementación de sistemas de monitoreo preventivo (Contraloría General de la República 2020). Estas herramientas fortalecerán la confianza ciudadana en la gestión pública y reforzarán la dimensión ética de la contratación estatal.

21 Se sugiere impulsar la firma de acuerdos bilaterales y multilaterales que permitan la armonización de normas y estándares de contratación pública en el ámbito internacional. Esta estrategia, coherente con la perspectiva de la globalización jurídica (De Sousa Santos 1998), contribuirá a la inserción competitiva de Colombia en los mercados internacionales y a la satisfacción de las necesidades colectivas con altos estándares de calidad y eficiencia.

BIBLIOGRAFÍA

- Amado, José. 2023. *Influencia internacional en la contratación estatal; un llamado a la reflexión desde Argentina y Colombia. Integración Jurídica Latinoamericana. Unión Chileno – Argentina por la Integración Jurídica UCAIJ*. Santiago de Chile: Ediciones Jurídicas de Santiago.
- Basave, Agustín. 2001. *Filosofía del Derecho Internacional. Iusfilosofía y Politosofía de la Sociedad Mundial*. México DF: Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Bendeck, Jorge. 1992. “Exposición de Motivos 80 de 1993 Nivel Nacional”. Gaceta del Congreso 75 del 23 de septiembre de 1992. Acceso el 2 de junio de 2025. <https://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=7148>
- Carvajal, Jorge. 2011. “La Sociología Jurídica y el Derecho”. Revista Prolegómenos – Derechos y Valores, Volumen XIV, No. 27: 109-119. Universidad Militar Nueva Granada.
- De Sousa Santos, Boaventura. 1998. *La globalización del Derecho. Los nuevos caminos de la regulación y la emancipación*. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia; Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales; Instituto Latinoamericano de Servicios Legales Alternativos.
- Durkheim, Émile. 2001. *Las reglas del método sociológico*. México D.F.: Fondo de Cultura Económica.
- Ferrari, Vincenzo. 2010. *Derecho y Sociedad. Elementos de la Sociología del Derecho*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Fraguas, Lourdes. 2015. “El concepto de Derechos Fundamentales y las Generaciones de Derechos”. Anuario del centro de la Universidad Nacional de Educación a Distancia en Calatayud, No. 21: 117-136.
- Herrera, Francisco. 2013. “El sociólogo entre los guardianes del Derecho”. Artículo no publicado.
- Olásolo, Hector. 2012. “El principio de complementariedad y las estrategias de actuación de la Corte Penal Internacional en la fase de examen preliminar”. En: *La Corte Penal Internacional y sus primeros 10 años*. 361-418. Bogotá: Universidad del Rosario.
- Organización de las Naciones Unidas, CEPAL. 2024. “Panorama de la Gestión Pública en América Latina y el Caribe, 2023”. <https://www.cepal.org/es/publicaciones>
- Parra-Aranguren, Gonzalo. 1994. “El ‘Sistema de Derecho Romano Actual’ de Federico Carlos de Savigny y sus antecedentes doctrinarios en Alemania”. Revista de la Facultad de Derecho, No. 49: 259-268.
- Santaella, Héctor. 2017. *El doble nivel, vinculante y no vinculante, de la reglamentación en la contratación pública en Colombia; documento integral de Contratos Públicos: Problemas, perspectivas y prospectivas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Dgp Editores S.A.S.
- Schmidt-Assmann, Eberhard. 2017. *Contractualización del Derecho Administrativo. Documento integral de Contratos Públicos: Problemas, perspectivas y prospectivas*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Dgp Editores S.A.S.

- Sánchez Hidalgo, Adolfo. 2017. "Vitoria y Suárez: The International Law in the Transit Towards the Modernity". *Anales de Cátedra Francisco Suárez*, 51: 163-182. <https://revistaseug.ugr.es/index.php/acfs/article/view/6252/5566>
- Tobar, Jenner. 2016. "La autorregulación normativa de los actores privados en el comercio internacional: el caso de los Principios sobre los Contratos Comerciales de UNIDROIT". Tesis de Doctorado, Facultad de Derecho Universidad de Buenos Aires.
- Tirado, Misael. 2010. "La sociología jurídica desde sus fundamentos sociológicos". *Prolegómenos. Derecho y Valores*, vol. XIII, núm. 25. DOI: <https://doi.org/10.18359/prole.2458>
- Tirado, Misael. 2011. "Verdad, prueba e indagación en el mundo del derecho y de la sociedad". *Prolegómenos. Derecho y Valores*, vol. XIV, núm. DOI: <https://doi.org/10.18359/prole.2396>
- Ves, Alfredo. 1967. "La Sociología del derecho: su temática actual". *Revista Mexicana de Sociología*, Vol. 29, No. 3: 497-512.

Normativa

- Congreso de la República de Colombia. 1993. Exposición de motivos artículo 150, Constitución Política de Colombia (Asamblea Nacional Constituyente, 1991). Fuente de expedición Ley 80 de 1993 –Estatuto de Contratación Estatal- Bogotá D.C.
- Contraloría General de la República. 2020. Informe sobre la contratación en pandemia: hallazgos y recomendaciones. Bogotá: Contraloría General.
- Departamento Administrativo de la Función Pública. Concepto No. 469331 de 21 de septiembre de 2020.
- Departamento Nacional de Planeación (DNP). 2020. Balance de la contratación pública durante la pandemia COVID-19. Bogotá: DNP.

TAXATION IN THE DIGITAL SECTOR: CHALLENGES AND OPPORTUNITIES FOR TAX AND ECONOMIC LAW

LA TRIBUTACIÓN EN EL SECTOR DIGITAL: DESAFÍOS Y OPORTUNIDADES PARA EL DERECHO FISCAL Y ECONÓMICO

TRIBUTAÇÃO NO SETOR DIGITAL: DESAFIOS E OPORTUNIDADES PARA O DIREITO TRIBUTÁRIO E ECONÔMICO

*Daniel Alberto Garza de la Vega** y *Fabián Alejandro Romero Jarrín***

Recibido: 17/I/2025

Aceptado: 24/V/2025

Abstract

Digital economy has reshaped business models and exposed significant gaps in traditional tax systems rooted in physical and territorial principles. This article explores core challenges in digital taxation, including tax residency, aggressive planning, avoidance, evasion, and the influence of blockchain and cryptocurrencies. It examines international regulatory efforts by the OECD and the EU, as well as developments in Latin America, with emphasis on Ecuador. Based on qualitative doctrinal and regulatory analysis, the study underscores the need for fairer, more effective tax frameworks and recommends digital services taxes, greater international coordination, and blockchain integration to improve transparency and revenue collection.

Keywords: Tax law; Economic law; Digital law; Tax-digital interconnectivity; Latin America; Ecuador

y territoriales. Este artículo analiza los principales desafíos de la tributación digital, como la residencia fiscal, la planificación agresiva, la evasión y elusión, y el impacto de tecnologías como *blockchain* y las criptomonedas. Examina respuestas regulatorias internacionales impulsadas por la OCDE y la UE, así como desarrollos en América Latina, con énfasis en Ecuador. A partir de un enfoque cualitativo, doctrinal y normativo, el estudio destaca la necesidad de marcos fiscales más justos y eficaces, y recomienda impuestos a los servicios digitales, mayor coordinación internacional y el uso de *blockchain* para fortalecer la transparencia y la recaudación.

Palabras clave: Derecho tributario; Derecho económico; Derecho digital; Interconectividad fiscal-digital; América Latina; Ecuador

Resumen

La economía digital ha transformado los modelos de negocio y evidenciado importantes vacíos en los sistemas tributarios tradicionales, concebidos para realidades físicas

Resumo

A economia digital transformou os modelos de negócios e revelou lacunas significativas nos sistemas tributários tradicionais, concebidos para realidades físicas

* He holds two doctorates: one in Alternative Dispute Resolution from the Faculty of Law and Criminology at the Autonomous University of Nuevo León (Magna Cum Laude), and another in Human Rights from the University of Multinational Studies. He also holds a Master's in Tax Law (with honours) and a Law degree (academic merit distinction) from UANL. He is a Level I Researcher in Mexico's National System of Researchers (CONACyT) and a researcher at UANL's Centre for Legal and Criminological Technology Research. He serves as President-Rector of the College of Specialists in Digital Law, Cybersecurity and Cybercriminology; Vice-President of the Mexican Academy of Cybersecurity and Digital Law (Nuevo León Chapter); and Director of IT Law Commissions in several national legal associations. He is also the legal representative of VALF-CONTI, a consultancy in international business and IT, a senior lecturer in Tax Law and Public Finance, and a tax advisor based in Monterrey, Mexico.
Correo electrónico: mdf.dgarza@gmail.com; doclex86@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-0430-5202>

** Abogado por la Universidad Católica Santiago de Guayaquil, con un máster en Derecho Tributario por la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador, y candidato a doctor por la Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), México. Es socio principal de MPR Abogados y profesor investigador en la Universidad Católica de Cuenca. Correo electrónico: fabian.romero@ucacue.edu.ec. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1132-2008>

Suggested citation format: Garza de la Vega, Daniel Alberto y Fabián Alejandro Romero Jarrín. 2025. "Taxation in the Digital Sector: Challenges and Opportunities for Tax and Economic Law". *Revista de Estudios Jurídicos Cálamo*, núm. 23: 48-64. DOI: <https://doi.org/10.61243/calamo.23.465>

e territoriais. Este artigo analisa os principais desafios da tributação digital, como residência fiscal, planejamento tributário agressivo, evasão e elisão fiscal, além do impacto de tecnologias como blockchain e criptomoedas. Examina respostas regulatórias internacionais lideradas pela OCDE e pela UE, bem como desenvolvimentos na América Latina, com foco no Equador. Com base em uma abordagem qualitativa, doutrinária e normativa, o estudo destaca

a necessidade de marcos fiscais mais justos e eficazes, recomendando impostos sobre serviços digitais, maior coordenação internacional e o uso de blockchain para promover transparência e aumentar a arrecadação.

Palavras-chave: Direito Tributário; Direito Econômico; Direito Digital; Conectividade fiscal e digital; América Latina; Equador

INTRODUCTION

Over the past decade, the global economy has undergone a profound transformation driven by the rise of digital technologies. E-commerce platforms, cloud services, mobile applications, social media, and the increasing use of cryptocurrencies have redefined traditional business models, giving rise to a new economic paradigm. In this context, the digital sector has emerged as a key driver of economic growth, while also challenging traditional tax frameworks, which were originally designed for a physical and territorially confined economy.

Taxation in the digital environment presents significant challenges due to the transnational nature of digital businesses, the dematerialization of operations, and the absence of physical presence in jurisdictions where income is generated. This situation raises concerns about tax fairness, tax competition, and the effectiveness of traditional tax systems in addressing new forms of value creation. Moreover, the development of emerging technologies –such as artificial intelligence, blockchain, and cryptocurrencies– adds further complexity, making it increasingly difficult for legislators and tax administrations to regulate and enforce tax compliance effectively.

Tax law and economic law must face the challenge of adapting fiscal regulations to an ever-evolving

reality. Core concepts such as tax residency and profit attribution –fundamental to international taxation– have become outdated or difficult to apply in this new digital landscape. Failure to adapt could lead to loss of state revenue and increased incentives for tax evasion and avoidance, ultimately undermining tax equity and fair competition.

In response, there is a growing need to innovate in tax collection systems by leveraging technology to close regulatory gaps and enhance transparency. The automation of tax processes, the implementation of digital services taxes (DSTs), and the application of blockchain technologies may contribute to greater efficiency and fairness. This issue has gained international attention, as shown by initiatives such as the OECD's Inclusive Framework on BEPS, which aims to reform international taxation in line with the realities of the digital economy.

Against this backdrop, the central research question arises: How can tax systems effectively adapt to the digitalization of the economy without compromising tax equity or encouraging tax avoidance? This article explores the main challenges and opportunities of taxation in the digital sector, offering strategies to ensure an effective and equitable regulatory framework for this evolving economic ecosystem.

CONCEPTUAL AND THEORETICAL FRAMEWORK

Definition of the Digital Economy

Technological advancements have profoundly transformed the structure of sciences and economic models, generating new dynamics of production, exchange, and consumption. In this regard, Rincón de Parra states:

Technology reshapes the structure of sciences and creates a new space for knowledge generation through the design of solutions to specific problems. Thus, when referring to technology, it implies a representation of the world based on the design of social, political, economic, cultural, and ecological relationships, alongside conditions that generate both scientific and technological knowledge. (Rincón de Parra 2007,184)

Within this framework, the digital economy is based on the generation, processing, and utilization of digital data as the central element in value creation. In this context, Armijos-Orellana et al. (2023, 76) emphasize that digital data is the critical element of the digital economy, as its transformation into useful information enables economic agents to optimize processes and enhance real-time decision-making.

The digital economy is closely linked to the information society, a concept that describes socio-economic systems in which information is widely employed across all areas of activity (Joel 2001, 80). However, while the information society emphasizes the dissemination and access to knowledge, the digital economy extends this notion by integrating digital technologies into the production and commercialization of goods and services. Consequently, its scope is not limited to communication and information exchange but also redefines market structures and global economic dynamics.¹

In this regard, Choi and Kim (2016, 49) define the digital economy as follows:

The digital economy refers to the economic ecosystem in which digital technologies, such as the Internet, mobile devices, artificial intelligence, blockchain, and Big Data, are fundamental to the production, distribution, and consumption of goods and services. This economic model is characterized by the digitization of processes and the interconnection of actors through online platforms, transforming traditional sectors and giving rise to new forms of business, employment, and trade. The digital economy drives innovation, the creation of new markets, and efficiency improvements, but it also poses challenges in terms of regulation, privacy, and equitable access to technology. (Choi and Kim 2016, 49)

In light of the above, the digital economy refers to the economic activities that arise from the integration of digital technologies into the production, distribution, and commercialization of goods and services. Its impact extends beyond the mere adoption of technological tools, as it fundamentally transforms the relationships between businesses, consumers, and governments. This economic model is characterized by the use of digital platforms, communication networks, Big Data, artificial intelligence, e-commerce, and cryptocurrencies, among other elements, generating both new opportunities and significant regulatory challenges, particularly in the realm of digital taxation and fiscal equity.

Key Actors in the Digital Sector

The digital sector has assumed a central role in the evolution of the global economy, transforming the way goods and services are produced, exchanged, and consumed. The sustained growth of the information technology (IT) sector has driven productivity, employment generation, and economic competitiveness worldwide (Leal Güemez & Porras Duarte 2019, 20). However, this development has not been homogeneous. According to a 2006 report by the United Nations

¹ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), "Digital Economy Report 2019: Value Creation and Capture – Implications for Developing Countries" (Geneva: UNCTAD, 2019). https://unctad.org/es/system/files/official-document/der2019_overview_es.pdf

Conference on Trade and Development (UNCTAD), significant inequalities persist in access to, and participation in, the digital economy between developed and developing countries.² Castells (2001, 522) warns of this phenomenon, stating:

Countries and regions may effectively be marginalized from the global economy by lacking the means to participate in Internet use and value creation for the global market, as evidenced by the unequal spatial pattern of the rapid worldwide diffusion of the Internet. (Castells 2001, 522)

In this context, the digital sector is structured as an interconnected ecosystem of businesses, governments, and users, where each actor plays a crucial role in innovation, connectivity, and economic growth. Given the significance of its function, it is essential to analyze its characteristics and contributions within this environment.

Technology companies such as Google, Apple, Microsoft, Amazon, and Meta lead the development of digital infrastructure, artificial intelligence, cloud computing, and social networks. They dominate technological innovation and control vast digital ecosystems that connect millions of users worldwide. Their market power concentration has sparked debates over competition in digital markets and the need for antitrust regulations.

Software developers and tech startups, including independent creators, play a fundamental role in generating innovative solutions, ranging from productivity platforms to automation tools. In numerous instances, these entities have successfully challenged the dominance of major corporations, contributing to greater sectoral diversification.

Telecommunications providers such as AT&T, Verizon, Telefónica, and Vodafone are essential to global connectivity, as they provide the network infrastructure required for digitalization. The deployment of 5G technology presents both opportunities and regulatory

challenges, given its impact on the speed, coverage, and accessibility of digital services.

E-commerce platforms such as Amazon, eBay, and Alibaba have transformed global trade by enabling cross-border transactions and redefining traditional distribution models. Beyond facilitating the exchange of goods, they have developed proprietary financial ecosystems that integrate digital payment systems, intelligent logistics, and data-driven market strategies to optimize the user experience.

Governments and regulatory bodies, while not directly involved in technology creation, play a central role in regulating the digital sector. Initiatives such as the General Data Protection Regulation (GDPR) in Europe have set global precedents for privacy and digital rights. Nonetheless, important challenges persist in balancing regulation, innovation, and fiscal oversight of digital activities.

End users and consumers, though often overlooked, directly shape the evolution of digital platforms. Their interaction with social networks, applications, and cloud services determines market trends and influences industry dynamics through data consumption and service personalization.

The digital sector, through the integration of these interdependent actors, constitutes a dynamic and ever-evolving environment. Its regulation and development not only affect the global economy but also shape the equity and sustainability of the future digital ecosystem.

Evolution of Taxation in Digital Environments

The rapid expansion of the digital economy has transformed the global landscape, generating new business models, transactions, and commercial relationships that transcend physical borders. In this context, taxation in digital environments has emerged as a major challenge for tax systems around the world. Traditional tax structures, originally designed for localized and physical economies, have proven insufficient to address the global

² United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD), "Information Economy Report 2006: The Development Perspective," Geneva, 2006.

and often intangible nature of digital activities. One of the primary concerns is that many digital enterprises can shift profits to low-tax jurisdictions, thereby avoiding fiscal obligations in the countries where economic value is created. As e-commerce platforms, cloud-based services, social networks, and cryptocurrencies become increasingly prominent, tax authorities face the complex task of adapting their regulatory frameworks to ensure both fairness and efficiency in taxation.

New digital business models, along with the complexity of certain e-commerce operations, have found on the Internet an ideal medium for relocating profits to jurisdictions with minimal or no taxation—and in some cases, for avoiding tax liabilities entirely. The difficulty in monitoring such transactions and the lack of effective control mechanisms have facilitated aggressive tax planning strategies that erode the tax base in jurisdictions where value is genuinely produced. As Borrego Zabala notes:

The rapid evolution of new technologies often exposes the limitations of legislators, who, at times, fall behind in addressing the complex operations emerging almost daily in the virtual world. This forces tax administrations to engage in a continuous exercise of updating and adapting tax regulations to align with the new realities brought by the digital economy. (Borrego Zabala 2014, 51)

From a tax perspective, tax systems have had to reconsider how e-commerce transactions are classified to ensure proper taxation. One of the most common classification methods is based on the type of transaction. In this regard, three primary models are commonly distinguished: B2B (business-to-business), involving transactions between enterprises; B2C (business-to-consumer), where companies sell directly to end users; and C2C (consumer-to-consumer), in which consumers exchange goods or services through digital platforms such as eBay or Mercado Libre.

Another significant classification criterion is the nature of the good or service involved. While some goods are tangible—such as electronics or clothing—others are intangible, including software, music, and multimedia content. This distinction is critical, as many countries

apply different tax regimes to physical goods and digital services, creating asymmetries in tax burdens.

From a territorial perspective, tax administrations have also had to reassess digital commerce based on the presence or absence of physical operations. In domestic models, businesses maintain a physical establishment or branch in the country where goods or services are consumed, enabling the application of traditional income and value-added tax (VAT) rules. By contrast, cross-border models involve digital transactions in which the platform lacks physical presence in the destination country, raising substantial challenges for enforcement and effective taxation.

E-commerce, due to its flexibility and cross-jurisdictional reach, presents a unique challenge for contemporary tax systems. Adapting tax regulations to this evolving landscape is essential to prevent base erosion and tax avoidance in the digital domain.

Key Concepts in Tax and Economic Law

Tax law and economic law are foundational branches of the legal system that regulate the relationship between the state, individuals, and businesses within the fiscal and economic spheres. These disciplines are closely interconnected, as tax regulation directly influences economic policymaking and the equitable allocation of public resources.

One of the core concepts in tax law is taxation, understood as the set of taxes, fees, and contributions that individuals and corporations are obligated to pay to the state to finance public administration. Taxes serve as the primary means of public funding and are generally categorized into direct taxes, such as income tax, and indirect taxes, such as the value-added tax (VAT). Two essential elements of any tax system are the tax base, which refers to the amount subject to taxation, and the tax rate, which determines the applicable percentage.

Another fundamental principle is the ability-to-pay principle, which holds that taxation should be proportional to the economic capacity of taxpayers. This concept is intrinsically linked to the principle of tax justice, which aims to ensure that the tax system does

not impose disproportionate burdens on vulnerable sectors. Recently, various courts in Latin America have reaffirmed the relevance of this principle. For example, in Mexico, the Supreme Court has held that taxation must not only ensure public revenues but also promote a more equitable redistribution of national income (Villalobos López 2023, 27).

From a legal perspective, the principle of tax legality establishes that no tax may be levied without a formal legal provision, thereby guaranteeing transparency and legal certainty in the implementation of the tax system. This principle protects taxpayers from potential state arbitrariness and strengthens the predictability of the fiscal framework.

In contrast, economic law governs market operations and state intervention in the economy, aiming to balance economic development with the protection of consumer and business rights. A central concept in this domain is economic competition, which seeks to prevent monopolistic practices or anti-competitive behavior that could distort markets and harm consumers. Economic regulation also encompasses rules overseeing strategic sectors such as energy, telecommunications, and the financial system, ensuring that these operate under principles of equity and efficiency.

The relationship between tax law and economic law is so close that the former can be understood as the set of rules governing how the state secures financial resources through citizen contributions. In this regard, Sedeño López (2021, 26) affirms that both disciplines are interdependent, as tax regulations can shape public policies that support a specific economic model within a country or region.

In this context, new economic models have emerged that prioritize sustainability and social innovation, such as the social economy, the collaborative economy, and the economy of the common good. These models have not only been examined from an economic standpoint but also require an interdisciplinary legal analysis that incorporates sociological, environmental, and normative considerations, particularly within the scope of tax law (Sedeño López 2021, 52).

The evolution of taxation in the digital economy necessitates a reconsideration of these key concepts to develop regulatory frameworks that ensure the fair taxation of new forms of wealth generation and foster an efficient tax system in a globalized and digitalized environment.

CHALLENGES OF TAXATION IN THE DIGITAL SECTOR

The digital economy has assumed a central role in global economic activity, posing unprecedented challenges for international taxation. The transnational nature of digital services has created the need for coordinated regulatory efforts among countries to prevent tax distortions and ensure a fair distribution of tax revenues. In this context, major technology companies—such as Google, Amazon, and Meta—have generated substantial income from digital services provided to users in various jurisdictions, without such revenues necessarily being taxed in the countries where their consumers reside (Quimbayo Díaz 2022, 297). This situation has intensified the debate on the urgent need to reform the international tax system to effectively capture the value created in the digital economy.

The challenges of digital taxation stem from the rapid expansion of digital commerce and the globalization of business operations. One of the core issues is the lack of physical presence of digital companies in the jurisdictions where they operate, which complicates the application of traditional tax rules. E-commerce platforms, cloud-based services, and mobile applications can operate across multiple countries without falling under local tax regimes, thereby creating regulatory gaps and contributing to market fragmentation.

Another significant challenge is the taxation of digital services, whose intangible nature complicates classification and the application of conventional taxes. Value-Added Tax (VAT) and corporate income tax are

not always applied uniformly to these transactions, resulting in regulatory inconsistencies and potential competitive advantages for companies that exploit jurisdictional differences to minimize their tax burdens.

Aggressive tax planning and tax avoidance have also become increasingly prominent. Many digital enterprises shift their profits to low-tax jurisdictions, thereby eroding the tax base of the countries where economic value is generated. The absence of harmonized tax regulations enables companies to structure their operations to be taxed in more favorable jurisdictions, weakening state revenue collection and creating unfair competition for local businesses.

The collaborative economy and platform-based business models—such as Uber, Airbnb, and other digital marketplaces—introduce further complexities. By facilitating transactions between users without requiring a centralized physical presence, these platforms hinder tax enforcement and the identification of liable taxpayers. This phenomenon compels governments to develop innovative control mechanisms and withholding tax schemes to ensure the effective taxation of digital transactions.

Additionally, the lack of harmonization in international tax regulations has led to the proliferation of unilateral measures, such as digital services taxes (DSTs) implemented in various jurisdictions across Europe and Latin America. These measures have sparked controversy and conflict among countries, as well as tensions with technology companies that have questioned the fairness of such regulations.

In the absence of a global consensus on tax system reform, the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) has played a key role in seeking coordinated solutions. Through its Inclusive Framework on Base Erosion and Profit Shifting (BEPS), the OECD has engaged 137 countries in a consultative process aimed at designing a comprehensive reform of international taxation. This initiative is structured around two fundamental pillars:

1. Reallocation of taxing rights: Aims to redistribute the profits of multinational corporations, allowing

the countries where consumers are located to tax a portion of these revenues.

2. Global Anti-Base Erosion (GloBE) Rule: Proposes the implementation of a global minimum tax for multinational enterprises, intended to reduce tax competition among jurisdictions and limit tax base erosion.

On May 31, 2019, the OECD published a work program aimed at reaching a global agreement on the taxation of multinational enterprises. Although a final solution was expected in 2020, the COVID-19 pandemic delayed its implementation until 2021 (Quimbayo Díaz 2022, 298).

Taxation in the digital sector faces structural challenges, including issues of territoriality, service classification, tax evasion, and the lack of global harmonization. Addressing these challenges requires coordinated efforts among governments, international organizations, and businesses to develop fairer and more adaptable tax frameworks suited to the evolving dynamics of the digital market. International cooperation and the modernization of tax systems are essential to ensure an efficient, equitable, and sustainable tax environment in the digital era.

Globalization and Localization of Digital Operations

Globalization and localization of digital operations have profoundly transformed the economy and present significant challenges for tax regulation. Globalization has allowed digital companies to operate without geographical boundaries, offering products and services worldwide without the need for a physical presence in the countries where their consumers are located. This has created a misalignment with traditional tax frameworks, as many national tax systems continue to rely on physical presence to establish tax liability. Consequently, income can be easily shifted to low-tax jurisdictions, undermining states' revenue collection capacity and generating inequities in competition between local and global enterprises.

The expansion of economic globalization has been closely linked to technological progress in areas such as microelectronics, robotics, biotechnology, artificial

intelligence, data processing, and computing. These innovations have fueled large-scale digital production and trade while contributing to the concentration of wealth in specific markets and job losses in traditional sectors. At the same time, trade liberalization and the removal of restrictions on capital flows have been promoted by multilateral organizations such as the World Trade Organization (WTO), and through regional agreements such as the North American Free Trade Agreement (NAFTA) and the Southern Common Market (Mercosur). However, these dynamics have also exposed tensions in the harmonization of tax regulations, underscoring the need for a more coordinated international regulatory framework (Jiménez 2013, 124).

Conversely, the localization of digital operations presents a critical regulatory challenge, as many income-generating economic activities in a jurisdiction lack any physical presence there. This has prompted various states to adopt alternative mechanisms for taxing digital transactions, such as digital services taxes (DSTs) or new income allocation criteria based on the consumer's location. However, the absence of international coordination in these efforts has led to tax disputes and the risk of double taxation, affecting both businesses and tax administrations.

Regulating the intersection of globalization and localization in digital operations is essential to prevent market distortions and ensure a fair competitive environment. The lack of fiscal harmonization may encourage regulatory arbitrage, enabling certain companies to artificially reduce their tax burdens by shifting profits to low-tax jurisdictions. Moreover, an inefficient regulatory framework can generate uncertainty for investors and hinder the growth of the digital sector.

To address these challenges, it is imperative to develop balanced tax policies that allow for the effective taxation of digital companies without hampering innovation. International cooperation plays a key role in this process, as a coordinated approach would facilitate the implementation of fairer tax mechanisms and prevent cross-border disputes. Measures such as the adoption of common rules for allocating digital income, the creation of global tax registries, and the strengthening

of information exchange between tax administrations could contribute to more efficient and equitable regulation of digital trade.

The development of tax policies tailored to this new reality will allow for enhanced revenue collection without hindering the growth of the digital sector. Ensuring that technology companies fairly contribute to the public resources of the countries where they generate value constitutes an urgent challenge that demands state collaboration and the modernization of regulatory frameworks.

Difficulties in Determining Tax Residency in the Digital Era

E-commerce and, more broadly, the business models of the digital economy have intensified challenges in international and domestic tax law, as a company may generate profits in a country without maintaining a taxable physical presence within its territory. This situation has facilitated the implementation of aggressive tax planning strategies, including tax avoidance and evasion practices, which reduce the tax burden of large corporations without substantial economic justification.

In response to this issue, international organizations have promoted initiatives to ensure greater fairness and efficiency in tax collection. In 2013, at the request of the G20, the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD) introduced the BEPS (Base Erosion and Profit Shifting) Action Plan, aimed at restructuring the international tax system and countering tax optimization strategies used by multinational corporations to artificially shift their profits to low- or zero-tax jurisdictions (Gutiérrez Taborda 2015, 3).

The determination of tax residency is a crucial aspect of international tax law, as it establishes the tax obligations of individuals and entities within a specific jurisdiction. However, the lack of uniform criteria among countries has created difficulties for both taxpayers and tax administrations, particularly in a digital and globalized context. Discrepancies in residency rules have led to scenarios of double taxation or, conversely, to instances where income is not taxed in any jurisdiction, thereby undermining tax equity and revenue efficiency.

The absence of harmonization in tax residency criteria has resulted in disputes among jurisdictions and increased legal uncertainty for businesses and individuals. In some cases, multinational enterprises have leveraged these regulatory differences to establish tax structures in jurisdictions with favorable tax regimes, thereby minimizing their tax burden without maintaining a genuine economic presence. This situation disadvantages local businesses, which are unable to access similar tax optimization strategies and are obliged to pay taxes in full in their countries of operation.

For this reason, it is essential to develop clear and coordinated regulatory frameworks at the international level. A well-structured legal system would not only provide greater transparency in international transactions but also reduce unfair tax competition and prevent double taxation conflicts among countries. Furthermore, a consistent regulatory framework would reduce administrative costs for both taxpayers and tax authorities, thereby optimizing the efficiency of the tax system and fostering a fairer and more predictable tax environment.

In this context, there has been growing support for the establishment of uniform international standards—or, at a minimum, closer cooperation among countries—to clearly define tax residency criteria in the digital era. Regulating this aspect has become a priority to ensure a fairer tax system, one that is adapted to the increasing mobility of individuals, capital, and services in the global economy.

The Limited Physical Presence of Digital Service Providers

The increasing digitalization of the global economy has created significant tax challenges, particularly regarding the taxation of digital services. One of the most pressing issues is the difficulty of taxing digital service providers due to their lack of physical presence in the countries where they operate. The absence of tangible infrastructure and personnel in the jurisdictions where they generate revenue has allowed many digital companies to minimize their tax burden or even avoid taxation in certain territories. This situation has created a fiscal gap that affects state revenue collection and leads to

unfair competition with local businesses, which remain subject to full taxation.

The lack of an updated regulatory framework adapted to the digital economy has enabled these platforms to structure their operations in a way that allows them to be taxed in jurisdictions with more favorable tax regimes, regardless of where the actual value is created. This phenomenon not only impacts tax revenues but also undermines confidence in the tax system and hinders economic development in emerging economies.

Given this scenario, it is crucial for countries to establish legal frameworks that adapt taxation to the realities of digital services, incorporating mechanisms to tax income generated within their territories without requiring a physical presence. Among these measures, the creation of specific digital services taxes, the implementation of withholding tax mechanisms, and the strengthening of multilateral agreements to prevent tax avoidance are particularly relevant.

Additionally, international cooperation is essential to prevent tax arbitrage and promote a global tax system aligned with the principles of tax equity and economic competitiveness. The work of organizations such as the OECD in developing a global tax framework has been key to enhancing coordination among countries and avoiding the fragmentation of tax regulations.

In this context, asymmetric information constitutes a key factor in generating transaction costs within the digital economy. This problem arises when participants in a transaction do not have the same access to relevant information, generating imbalances in decision-making. As Salas Fumás (2001, 6) states: “The most immediate consequence of asymmetric information is that low-quality products or services ‘drive out’ high-quality ones from the market, preventing potentially beneficial transactions for both parties from being completed”.

This issue is exacerbated in the digital environment, where the lack of information about service quality or provider identity creates uncertainty among consumers and complicates the accurate valuation of goods and services offered. Often, users must base their purchasing

decisions on factors such as price or delivery speed rather than the actual quality of the product or service.

Nevertheless, digitalization also offers tools to mitigate problems arising from asymmetric information. The more accessible and transparent the information is to economic agents, the lower the transaction costs and the more efficient the market exchanges become. The development of information technologies has improved the collection, transmission, and processing of data in digital markets, facilitating informed decision-making and reducing the risks of uncertainty in transactions (Rodríguez López et al. 2003, 9).

Tax evasion and aggressive tax optimization have become increasingly relevant in the context of digital platforms, given the ease with which these entities operate across multiple jurisdictions, complicating tax oversight. While tax evasion involves the use of illegal strategies to avoid paying taxes, tax optimization refers to the application of legal mechanisms to reduce tax liabilities, often by exploiting regulatory loopholes and inconsistencies between national tax laws. The digital environment has facilitated both practices, leading to competitive imbalances and affecting countries' tax revenues.

Large technology platforms have developed tax structures that allow them to shift profits to low- or zero-tax jurisdictions, thereby avoiding taxation in the territories where they actually generate economic value. This phenomenon, known as Base Erosion and Profit Shifting (BEPS), has raised concerns among international organizations, particularly the OECD, which seeks to mitigate the impact of these strategies on global fiscal stability.

The lack of regulatory harmonization across jurisdictions has allowed these companies to minimize their tax burden without engaging in illegal activities, placing local businesses at a disadvantage, as they are required to fully comply with tax obligations in their respective countries of operation. Beyond reducing fiscal revenues, this situation undermines confidence in the tax system, fostering perceptions of inequality and unfair taxation.

To address these challenges, it is essential for governments to adopt regulatory frameworks that

combat both tax evasion and aggressive tax optimization without discouraging investment and innovation. Legislation should focus on strengthening tax transparency mechanisms and promoting international cooperation, ensuring the detection and penalization of abusive tax practices. It is necessary to develop legal tools that effectively tax income generated in the digital environment, regardless of a company's physical location.

Tax evasion and avoidance have been persistent concerns for governments, as they significantly reduce the fiscal resources needed to finance essential public services and infrastructure investments. The cost of recovering these lost revenues is often high, requiring states to allocate substantial resources to audits, enforcement, and litigation. However, the deployment of advanced technologies has proven to be an effective strategy for enhancing tax fraud detection and improving revenue collection capabilities.

The use of computerized tools, big data analytics, and cloud-based systems has allowed tax administrations to significantly strengthen their oversight functions. These technologies facilitate the collection and real-time processing of large volumes of data, enabling the identification of suspicious patterns and enhancing the detection of tax irregularities. Additionally, the automation of administrative procedures has lowered compliance costs and optimized tax monitoring and recovery efforts.

In this regard, forensic computing has emerged as a key tool in the fight against tax evasion. Regional forensic computing laboratories have proven to be an effective solution for decentralizing tax enforcement while preserving centralized investigative oversight. Their capacity to store and process data across multiple jurisdictions facilitates the identification of transnational tax evasion networks. As González-Robayo et al. (2019, 326) note:

Regional forensic computing laboratories would be the most relevant in a country's tax framework, as they allow for the decentralization of tools for use across multiple geographic regions while maintaining control over investigative procedures,

leveraging more efficient and persuasive forensic skills in different tax offices, and benefiting from enhanced processing and storage capacities that facilitate forensic analysis. (González-Robayo et al. 2019, 326)

The combination of effective legislation and the use of advanced technologies will strengthen efforts to combat tax evasion and aggressive tax optimization in the digital environment. Ensuring fair and transparent taxation in the digital economy represents an urgent challenge for governments, requiring a comprehensive approach that integrates international cooperation, technological innovation, and regulatory reforms tailored to the evolving dynamics of the digital economy.

Impact of Emerging Technologies on Taxation

Emerging technologies, such as blockchain and cryptocurrencies, have radically transformed the way transactions are conducted, and assets are managed globally. While these innovations have created new economic and financial opportunities, they also pose significant challenges for traditional tax systems, which were not designed to regulate decentralized digital assets.

Blockchain, as a decentralized and frequently pseudonymous transaction system, complicates the traceability of financial flows and the determination of taxpayers' tax residency. This limitation affects governments' capacity to monitor and enforce tax compliance in operations carried out through distributed networks, where conventional financial intermediaries do not report information to tax authorities. Likewise, cryptocurrencies operate in a borderless global market, which hinders the effective application of traditional tax rules, increases the risk of tax evasion, and complicates revenue collection.

Given this scenario, it is crucial for legislators to implement regulatory frameworks adapted to these new realities. An adequate legal framework should establish clear guidelines on the taxation of cryptocurrency transactions, including criteria for tax residency, valuation of digital assets, and reporting obligations. Furthermore, enhancing

interoperability between national and international tax systems is essential to prevent double taxation issues or the complete absence of taxation in certain jurisdictions.

Despite these challenges, emerging technologies also offer opportunities to enhance the efficiency and transparency of tax collection. Blockchain could serve as a tool for tax auditing and control, allowing for immutable transaction records and automated tax payments through smart contracts. These innovations could optimize tax oversight and reduce administrative costs in tax management, enabling a more efficient and less fraud-prone tax system.

The cryptocurrency ecosystem is structured around three key elements: mining, financing platforms, and exchanges. Mining is the process by which transactions are validated and new crypto-assets are issued within the blockchain network. This process requires high computational power, which is compensated through cryptocurrency transaction fees.

On the other hand, Initial Coin Offerings (ICOs) emerged as an alternative financing model for cryptocurrency-based projects. In this framework, investors provide capital by purchasing crypto-assets or stakes in blockchain startups. However, the lack of regulation has led to a rise in fraudulent activities within this sector.³

Exchanges are platforms where cryptocurrencies are traded for other digital currencies or traditional fiat currencies. These intermediaries play a fundamental role in crypto market liquidity, but they also pose critical regulatory and tax compliance challenges. The absence of uniform regulations has allowed some exchanges to operate in jurisdictions with lax regulatory frameworks, facilitating tax evasion and money laundering practices.

According to Cabrera Soto and Lage Codorniu, "mining ensures the issuance of cryptocurrencies, ICOs finance their operations, while exchanges enable their interconnection with other markets" (2022, 2).

Given the impact of these technologies on taxation, governments must advance the design of regulations

³ Bank for International Settlements (BIS), *Annual Economic Report 2018* (Basel: BIS, 2018). <https://www.bis.org/publ/arpdf/ar2018e.htm>.

that not only prevent tax abuse but also promote a fair and balanced digital economy. Striking an equilibrium between crypto market oversight and preserving the

sector's dynamism and innovation is crucial for fostering a sustainable digital financial ecosystem.

OPPORTUNITIES FOR TAXATION IN THE DIGITAL SECTOR

The expansion of the digital sector has created a wide array of opportunities for taxation, enabling governments to improve tax collection without stifling innovation. Nevertheless, these opportunities also entail challenges related to tax fairness and the adaptation of existing legal frameworks. Taxation in the digital environment must ensure that companies contribute equitably to the economies where they generate value, while preventing distortions in competition between digital and traditional business models.

E-commerce platforms, cloud services, and mobile applications have given rise to new business models that generate substantial revenue. However, national tax systems are frequently ill-equipped to address the transnational and decentralized nature of these activities, complicating effective tax enforcement and leaving room for tax evasion.

In this regard, digitalization has transformed payment methods, with significant implications for tax oversight and revenue collection. Transactions may be classified based on their context—either in-person or online—and the payment method employed—cash or electronic. The key distinction lies in whether the transaction occurs within a physical or virtual space, which affects access to broader markets and alters logistical cost structures. Furthermore, the payment method used influences transaction costs and may have specific tax consequences.

Although all payment instruments entail costs, those associated with cash handling are often underestimated, as they depend on sales volume and are less visible compared to electronic payment methods. The use of cash entails operational expenses, including infrastructure for cash counting, transaction recording, and risks associated with theft, errors, or counterfeiting (Arango-Arango et al. 2017).

Conversely, electronic payment methods involve additional transaction costs, such as commissions, account maintenance fees, and equipment rental. Some digital platforms require supplementary administrative processes to track received funds, whereas payment tools like credit cards or QR codes may reduce administrative burdens. Moreover, tax withholdings imposed by card issuers, virtual wallet providers, or banks constitute another relevant factor. Although these withholdings generate tax credits, they may also lead to financial costs due to the temporary immobilization of the retained funds (Pedroni et al. 2022, 172).

An effective tax framework could leverage the potential of digital technologies to optimize tax collection, creating more practical mechanisms for taxing digital transactions without imposing an excessive burden on taxpayers. Regulating the digital sector would not only enhance transparency and reduce tax evasion but also enable a fairer distribution of tax revenues between developed and developing countries (Pedroni et al. 2022, 173).

The creation of a tax framework adapted to the digital era would strengthen the global economy, ensuring that digital services contribute equitably to public finances without stifling innovation or slowing the sector's growth.

International Cooperation and Tax Harmonization

In a globalized world where economies are increasingly interconnected, international cooperation and tax harmonization have become crucial elements for ensuring a fair and efficient tax system. Differences in tax policies between countries have led to issues such as tax evasion, regulatory arbitrage, and unfair competition among businesses, affecting both tax

revenues and fiscal equity. In this context, cooperation among governments is essential to establish common tax rules that enable more effective taxation of transnational economic activities.

Strengthening international cooperation in taxation would enhance global efforts to combat tax fraud and evasion. A key mechanism for achieving this is the exchange of information between tax administrations, which would improve transparency and facilitate compliance with tax obligations. Moreover, tax harmonization would contribute to reducing disparities in tax burdens across jurisdictions, promoting a fairer tax environment—particularly for developing countries, which often face greater challenges in taxing multinational entities.

The adoption of multilateral agreements, such as those promoted by the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD), represents a key step toward building a common tax framework that prevents the abuse of tax avoidance strategies. These agreements aim to foster more balanced tax competition, preventing companies from artificially shifting profits to low-tax jurisdictions.

The implementation of international tax standards would not only enhance the efficiency of national tax

systems but also contribute to the stability of the global economic environment. Greater fiscal cooperation among countries would allow for the creation of a coherent regulatory framework, mitigating the negative effects of regulatory fragmentation and reducing the impact of base erosion and profit shifting (BEPS).⁴

In this regard, the OECD/G20 Inclusive Framework reached a historic political agreement in October 2021 to reform international tax rules. This consensus, endorsed by over 130 countries, is structured around two key pillars. Pillar One reallocates part of the taxing rights over multinational enterprises to jurisdictions where users and consumers are located, regardless of physical presence. Pillar Two establishes a global minimum corporate tax rate of 15%, aimed at reducing tax competition among countries and limiting the shifting of profits to low-tax jurisdictions.⁵

Regulating international tax cooperation and harmonization constitutes a crucial step toward consolidating a fair, transparent, and sustainable tax system in the digital economy. Achieving this objective requires effective coordination between governments and international organizations to ensure that tax reforms are implemented consistently and equitably, without creating trade barriers or hindering technological innovation.

NEW TAXATION STRATEGIES AND ECONOMIC SUSTAINABILITY

The development of taxation strategies aimed at economic sustainability has become essential in a global context marked by urgent environmental and economic challenges. Economic sustainability not only entails ensuring long-term growth but also strengthening the capacity of countries and businesses to finance the transition toward more responsible and sustainable models. Within this framework, taxation plays a key role in funding public policies that foster economic practices

with lower environmental impact and promote social equity.

Tax systems can serve as instruments to incentivize or discourage specific economic activities, making them pivotal in the transition toward a greener economy.⁶ Fiscal strategies should align with the Sustainable Development Goals (SDGs), ensuring that tax revenues not only address immediate needs but also

⁴ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). 2013. "Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting". https://www.oecd.org/es/publications/2013/07/action-plan-on-base-erosion-and-profit-shifting_g1g30e67.html

⁵ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). 2021. "Statement on a Two-Pillar Solution to Address the Tax Challenges Arising from the Digitalisation of the Economy". <https://www.oecd.org/en/about/news/announcements/2021/10/statement-on-a-two-pillar-solution-to-address-the-tax-challenges-arising-from-the-digitalisation-of-the-economy-october-2021.html>

⁶ Bank for International Settlements. 2018. "Annual Economic Report 2018". https://www.bis.org/publ/arpdf/ar2018_es.htm

drive investment in renewable energy, sustainable infrastructure, and clean technologies.

The shift to a low-carbon economy requires a revision of existing tax policies. Key measures include the introduction of carbon taxes, tax incentives for companies that adopt sustainable practices, and compensation mechanisms to mitigate economic and environmental inequalities. These tools contribute to correcting negative externalities, promoting more equitable economic development that is environmentally respectful.

The design of taxation strategies adapted to economic sustainability will allow governments to manage resources more efficiently and improve social equity. Moreover, these strategies can act as catalysts for innovation, facilitating the adoption of sustainable business practices. The implementation of sustainability-focused tax policies can reshape the global economic model while enhancing economies' resilience to environmental and financial crises.⁷

Future research can analyze the impact of sustainable tax policies across various industries and regions, helping to identify factors that influence the adoption of responsible

practices in different economic sectors. This approach would contribute to identifying the most effective fiscal strategies based on context and their alignment with the SDGs.

Additionally, longitudinal studies can provide evidence on the relationship between sustainability and corporate financial performance. Examining corporate performance before and after the implementation of sustainable practices would offer a better understanding of the link between sustainability and long-term profitability. Furthermore, exploring the barriers and enablers of adopting sustainable fiscal strategies is crucial, as their success depends not only on existing regulations but also on the incentives and constraints businesses face in implementing them (Roffé & González 2024, 219).

This study is limited to open-access articles and two databases; thus, expanding the research to additional sources and a broader range of databases would provide a more comprehensive understanding of the relationship between sustainability and financial performance. Such studies would contribute to the development of more effective global taxation strategies, promoting a balance between economic growth and environmental sustainability (Roffé & González 2024, 220).

CONCLUSIONS

The digitalization of the economy has profoundly transformed global markets, challenging traditional tax frameworks and demanding a substantive reformulation of regulatory strategies. This article has shown that digital business models—characterized by their cross-border reach, lack of physical presence, and increasing reliance on intangible assets—require tax systems capable of capturing the value generated in jurisdictions where users, data, and consumption are located.

In this regard, the updating of domestic tax regulations must be accompanied by the development of international consensus. Unilateral, isolated measures

have proven insufficient to address the complexity of digital transactions and frequently generate legal uncertainty or risks of double taxation. Initiatives such as the OECD/G20 Inclusive Framework on BEPS and the implementation of Pillars One and Two represent fundamental progress toward a coordinated global response. These efforts seek to reallocate taxing rights and ensure a minimum level of corporate taxation, thereby reducing harmful tax competition and reinforcing fiscal equity.

Technological innovation, in turn, has opened new possibilities for tax enforcement and oversight.

⁷ Organisation for Economic Co-operation and Development (OECD). 2015. "Aligning Policies for a Low-carbon Economy". <https://www.oecd.org/environment/Aligning-Policies-for-a-Low-carbon-Economy.pdf>

The integration of technologies such as blockchain, artificial intelligence, and big data analytics into tax administrations has strengthened their capacity to detect patterns of evasion, process large volumes of transactional information, and automate auditing procedures. These innovations not only improve efficiency but also reduce compliance costs and enhance transparency, provided they are applied with clear legal safeguards.

Moreover, the digital transformation of the economy is closely linked to sustainability objectives. Tax policy must support the transition toward environmentally responsible models by correcting negative externalities and promoting investment in clean technologies and inclusive development. The alignment of tax systems with the Sustainable Development Goals (SDGs) thus

emerges not only as a fiscal necessity but also as a global ethical responsibility.

Looking ahead, the evolution of digital taxation will depend on states' institutional capacity to adapt their legal frameworks, the international community's commitment to advancing harmonized solutions, and the ability of tax administrations to incorporate emerging technologies without undermining the dynamism of the digital sector. Future research should continue exploring the fiscal implications of new technologies, the effectiveness of digital tax instruments, and the long-term impacts of sustainability-oriented tax strategies. A tax system suited to the digital age must be not only efficient and enforceable but also fair, transparent, and globally coherent.

REFERENCES

- Arango-Arango, Carlos, Hernando Zárate-Solano & Nelson Suárez-Ariza. 2017. "Determinantes del acceso, uso y aceptación de pagos electrónicos en Colombia". Borradores de Economía 999. Banco de la República. DOI: <https://doi.org/10.32468/be.999>
- Armijos-Orellana, Ana, María González, Juan Maldonado-Matute & Pedro Guerrero. 2023. "Un acercamiento teórico a la economía digital como alternativa de recuperación pospandemia en Latinoamérica". Estudios de la Gestión: Revista Internacional de Administración, núm. 14 (julio-diciembre): 75-100. DOI: <https://doi.org/10.32719/25506641.2023.14.5>
- Borrego Zabala, Blanca. 2014. "La necesaria adaptación de los tributos a las nuevas tendencias de los negocios electrónicos". Revista de los Estudios de Derecho y Ciencia Política, no. 18: 51-59. DOI: <https://doi.org/10.7238/idp.v0i18.2218>
- Cabrera Soto, Miguel & Carmen Lage Codorniu. 2022. "Criptomonedas: ¿Qué son y qué pretenden ser?". Economía y Desarrollo, 166 (1): e8. DOI: <https://www.redalyc.org/journal/4255/425577478008/html/#B3>
- Stein, Guido. 2002. "Manuel Castells (2001), *La galaxia Internet. Reflexiones sobre Internet, empresa y sociedad*". Revista Empresa y Humanismo, 5(2): 521-526. DOI: <https://doi.org/10.15581/015.5.34572>
- Choi, Soon-Yong and Jin Kim. 2016. "Digital Economy and Its Impact on Business Models". International Journal of Economics and Management Engineering, 10 (1): 47-55. <https://www.jstor.org/stable/24467004>
- González-Robayo, Fabián G., Jorge S. González-Sanabria & Laura Téllez-Hernández. 2019. "Laboratorios de informática para mejorar el proceso de cumplimiento fiscal de Colombia". Revista Científica, 36 (3): 325-340. DOI: <https://doi.org/10.14483/23448350.14958>
- Gutiérrez Taborda, Luis. 2015. "La tributación en el comercio electrónico: Perspectivas desde la teoría del establecimiento permanente y su incidencia en el sistema tributario colombiano". Undergraduate thesis submitted to the University of the Andes. <https://repositorio.uniandes.edu.co/server/api/core/bitstreams/3f8b6be5-8c4f-4962-80a6-12b8a7d9e668/content>
- Jiménez, Alfredo. 2013. "Desarrollo tecnológico y su impacto en el proceso de globalización económica: Retos y oportunidades para los países en desarrollo en el marco de la era del acceso". Visión Gerencial, no. 1: 123-150. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=465545895010>
- Estudillo, Joel Enrique. 2001. "Surgimiento de la sociedad de la información". Biblioteca Universitaria, vol. 4, no. 2: 77-86. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=28540203>
- Leal Güemez, Regina & Salvador T. Porras Duarte. 2019. "Desarrollo digital en México". Denarius, no. 37: 13-47. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=695678712002>
- Pedroni, Florencia Verónica; Pesca, Gabriela & Anahí Briozzo. 2022. "Inclusión financiera, medios de pago electrónicos y evasión tributaria: análisis económico y aplicación en Argentina". Apuntes del Cenes, 41 (73): 171-202. DOI: <https://doi.org/10.19053/01203053.v41.n73.2022.13053>

- Quimbayo Díaz, Paola Andrea. 2022. "Tributación directa de los servicios digitales: propuestas y expectativas". *Revista de Derecho Fiscal*, no. 20: 297-324. DOI: <https://doi.org/10.18601/16926722.n20.09>
- Rincón de Parra, Haydeé Cecilia. 2007. "Economía digital: ¿Se requieren nuevos fundamentos teóricos que la definan?". *BASE – Revista de Administração e Contabilidade da UNISINOS*, 4 (2): 182-191. <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=337228632009>
- Rodríguez López, Nuria; Vázquez Abad, Jesús & Manuel Martínez Carballo. 2003. "El comercio electrónico y la asimetría de la información: una aproximación de los costes de transacción". *Revista Galega de Economía*, 12 (1). <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=39112109>
- Roffé, Mariano Andrés & Fernando Antonio Ignacio González. 2024. "El impacto de las prácticas sostenibles en el desempeño financiero de las empresas: Una revisión de la literatura". *Revista Científica Visión de Futuro*, 28 (1): 195-220. DOI: <https://doi.org/10.36995/j.visiondefuturo.2023.28.01.006.es>
- Salas Fumás, Vicente. 2001. "La dimensión de la empresa en la economía de la información". *Papeles de Economía Española*, n. 89-90: 2-17. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=65506>
- Sedeño López, José. 2021. "Derecho tributario y economía circular: Propuestas para un modelo económico sostenible". Doctoral dissertation, Universidad de Málaga. <https://hdl.handle.net/10630/23678>
- Villalobos López, José Antonio. 2023. "Relaciones en materia fiscal entre el derecho tributario y la economía pública". *Revista Economía y Política*, no. 38: 27-53. DOI: <https://doi.org/10.25097/rep.n38.2023.02>

FISCAL RULES: SOME NORMATIVE THOUGHTS FROM CHILE, COLOMBIA AND ECUADOR

REGLAS FISCALES: ALGUNAS REFLEXIONES NORMATIVAS DESDE CHILE, COLOMBIA Y ECUADOR

REGRAS FISCAIS: ALGUNAS REFLEXÕES NORMATIVAS DO CHILE, COLÔMBIA E EQUADOR

*Jaime Gallegos Zúñiga**, *Rubén C. B. Méndez Reátegui*** y *Fabián Alejandro Romero Jarrín****

Recibido: 17/I/2025

Aceptado: 25/IV/2025

Abstract

Through a dogmatic and revisionist review of the literature, this article analyzes, in its first part, the implications of fiscal discipline. In the second section, it develops a conceptual distinction between the notions of fiscal control and disciplinary control, with particular emphasis on notable aspects of the experiences of Chile, Colombia, and Ecuador. Finally, it addresses the concept of disciplinary control, which is legally understood in various Latin American jurisdictions as the oversight exercised by States over their public officials, who are entrusted with serving the community.

Keywords: Fiscal discipline; Fiscal control; Disciplinary control; Comparative law; Economic law

Resumen

A través de una caracterización dogmática y revisionista de la literatura, este aporte explora, en una primera parte, aspectos vinculados con la incidencia de la disciplina fiscal. Posteriormente, en una segunda sección, se realiza un ejercicio de diferenciación conceptual entre las nociones de control fiscal y control disciplinario, con énfasis en elementos destacados de las experiencias chilena, colombiana

y ecuatoriana. Asimismo, se aborda la noción de control disciplinario, entendido jurídicamente en distintas jurisdicciones latinoamericanas como la vigilancia que ejercen los Estados sobre sus servidores públicos, quienes se encuentran al servicio de la comunidad.

Palabras clave: Disciplina fiscal; Control fiscal; Control disciplinario; Derecho comparado; Derecho económico

Resumo

Por meio de uma revisão dogmática e revisionista da literatura, este artigo analisa, em sua primeira parte, as implicações da disciplina fiscal. Em seguida, desenvolve uma distinção conceitual entre as noções de controle fiscal e controle disciplinar, com ênfase em aspectos relevantes das experiências do Chile, Colômbia e Equador. Por fim, aborda o conceito de controle disciplinar, juridicamente compreendido, em diversas jurisdições latino-americanas, como a supervisão exercida pelos Estados sobre seus servidores públicos, que estão a serviço da comunidade.

Palavras-chave: Disciplina fiscal; Controle fiscal; Controle disciplinar; Direito econômico; Direito comparado

* Associate Professor and Director of the Department of Economic Law at the University of Chile. PhD in Law from the Complutense University of Madrid. Email: jgalle-go@derecho.uchile.cl. ORCID: 0000-0002-4112-2229.

** Research Professor of Law at the Autonomous University of Chile. Email: ru-ben.mendez@uautonoma.cl. ORCID: 0000-0001-8702-5021. Scopus Identifier: 57439724600. Web of Science (WOS) Identifier: AAT-2990-2021.

*** Lawyer from Universidad Católica Santiago de Guayaquil, with a master's degree in Tax Law from Universidad Andina Simón Bolívar; Ph.D. candidate at Universidad Autónoma de Nuevo León (UANL), Mexico. He is a senior partner at MPR Abogados and a research professor at Universidad Católica de Cuenca. Email: fabian.romero@ucacue.edu.ec. ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-1132-2008>

Suggested citation format: Gallegos Zúñiga, Jaime; Méndez Reátegui, Rubén y Fabián Alejandro Romero Jarrín. 2025. "Fiscal Rules. Some Normative Thoughts from Chile, Colombia, and Ecuador". *Revista de Estudios Jurídicos Cálamo*, núm. 23: 65-81.

DOI: <https://doi.org/10.61243/calamo.23.453>

INTRODUCTION

The COVID-19 pandemic generated profound health, social, and economic disruptions, leading to rising levels of extreme poverty and other consequences for Latin America¹ and beyond. In response to the crisis, governments implemented a range of fiscal stimulus measures (Valenzuela and Soza 2024, 65) aimed at mitigating the economic downturn. These interventions, compounded by supply chain constraints, contributed to a significant surge in inflation (Zapata, Pérez, Muñoz, and Cortés 2022, 4)—a complex combination of factors that continues to challenge economic authorities.

At the same time, two ongoing armed conflicts and the resurgence of protectionist policies in the United States intensified global economic uncertainty. These developments have particularly affected open economies such as those in Latin America, especially Chile and Colombia. In response, Latin American states have adopted not only fiscal discipline measures—such as fiscal control—but also more foundational instruments, including disciplinary control and disciplinary law.

Within this broader regional context, Ecuador offers a particularly illustrative case. Its legal framework has aimed to institutionalize fiscal rules through instruments such as the Organic Code of Planning and Public Finances (COPLAFIP), designed to promote fiscal sustainability and enhance the management of public resources.² However, the country's structural dependence on oil revenues, combined with the absence of stabilization mechanisms—such as a sovereign fiscal stabilization fund—has constrained its ability to respond to fiscal contingencies and ensure long-term macroeconomic stability. Although fiscal control is not formally recognized as an autonomous legal category, Ecuador's disciplinary regime incorporates provisions

intended to uphold legality, efficiency, and probity in public administration, thereby contributing to the protection of state assets.

From a normative perspective, this article undertakes a dogmatic and revisionist engagement with the literature to explore two core dimensions. First, it examines the scope and institutional implications of fiscal discipline. Second, it develops a conceptual distinction between the notions of fiscal control and disciplinary control, identifying their legal contours and points of intersection. The analysis begins by reviewing the definition of fiscal control, commonly described in the literature as a public function tasked with overseeing the use of public funds or assets by state or delegated actors.

The discussion then turns to disciplinary control, legally understood across multiple Latin American jurisdictions as the oversight exercised by the State over public officials who are bound to serve the State and the community.³ These officials operate within a legal framework grounded in principles such as constitutionality, legality, and due process, and are expected to act with discipline, integrity, and efficiency in the exercise of public functions.

By drawing on legal experiences from Chile, Colombia, and Ecuador, this contribution aims to reflect on how the principle of fiscal sustainability has—or has not—been effectively institutionalized in distinct Latin American contexts. Through this comparative framework, the article offers normative insights into the relationship between fiscal responsibility, public oversight, and administrative integrity.

1 United Nations Economic Commission for Latin America and the Caribbean (ECLAC). 2024. "Panorama Social de América Latina y el Caribe, 2024: desafíos de la protección social no contributiva para avanzar hacia el desarrollo social inclusivo". <https://www.cepal.org/es/publicaciones/80858-panorama-social-america-latina-caribe-2024-desafios-la-proteccion-social>

2 Organic Code of Planning and Public Finances (COPLAFIP), Ecuador. Official Register, Second Supplement No. 306, October 22, 2010.

3 In Latin American legal systems, the notion of disciplinary control may also be shaped by constitutional doctrines such as the "constitutional block," particularly in the Colombian jurisdiction, where international human rights instruments acquire binding legal effect. In practical terms, states exercise disciplinary oversight in two main ways: (a) through internal disciplinary control offices, typically represented by the hierarchical superior (nominator), who is responsible for investigating the conduct of subordinates; and (b) through the sanctioning authority of public prosecutor's offices, which may also investigate the conduct of nominators themselves.

CHILE

Fiscal Discipline and Legislation

In 2006, Law No. 20,128 on fiscal responsibility was enacted, formalizing a practice that had already been implemented for years by progressive governments. These administrations, committed to fiscal discipline, consistently accumulated surplus resources during periods of economic expansion. The law introduced a framework requiring the preparation of annual budgets based on structural revenues, which serve as the basis for estimating either surplus or deficit positions.

The structural balance of the Public Sector—or Cyclically Adjusted Balance—is calculated by the Budget Office and represents the financial position that the Central Government would have achieved had the economy operated at its trend level. This estimate excludes the effects of cyclical fluctuations in economic activity, copper prices, and other similar factors on public revenues and expenditures for the given period. Although this mechanism received legal recognition, its implementation was delegated to the Executive Branch, which, with advice from expert councils appointed by presidential decree, established two sovereign funds: the Pension Reserve Fund and the Economic and Social Stabilization Fund.⁴

The Chilean fiscal framework is considerably more flexible than those found in several European (Gallegos 2018a, 600) and Latin American countries (Gallegos 2018b, 332), where constitutional provisions set maximum debt levels or explicitly prohibit the submission of deficit budgets. In some cases, these restrictions involve the participation of supranational institutions, as is the case within the European Union (Queralt et al. 2016, 30).

Against this background, various national emergencies—such as the 2010 earthquake,⁵ the 2019 social unrest, and the health crisis brought by the COVID-19 pandemic

in 2020—have significantly affected Chile’s fiscal scenario. In response, voices have increasingly called for the adoption of a more robust fiscal rule capable of ensuring greater discipline and stability (Fuentes, Schmidt-Hebbel, and Soto 2022, 61).

About the Fiscal Policy Decree: Law No. 20.128

One of the responsibilities concerning the communication and public articulation of the President of the Republic’s fiscal policy—particularly relevant in Chile, where instruments like national development plans are not constitutionally mandated as they are in other Latin American jurisdictions—is established in Article 1 of Law No. 20,128.⁶ This provision requires the Head of State, within the first ninety days of taking office, to issue a fiscal policy decree that sets out “the foundations of the fiscal policy to be applied during the administration,” including “an explicit statement on the implications and effects that such policy will have on the Structural Balance” over the term in office.

In recent administrations, this duty has been carried out through administrative decrees. During the government of President Sebastián Piñera (2018–2022), the Ministry of Finance issued Decree No. 743 (2018), which recognized a structural deficit of 1.8% of GDP as the starting point and set a goal to reduce this figure by approximately one-fifth of a percentage point annually, aiming to reach a structural deficit of 1.0% of GDP by 2022.⁷

However, this trajectory was later revised through Decree No. 253 (2020), which redefined the fiscal objective. Under the new plan, the administration sought to reduce the structural deficit by approximately 1.2% of GDP from 2020 to 2022, beginning with a deficit of 3.2% of GDP in 2020, followed by 2.5% in 2021, and concluding with 2.0% in 2022. This adjustment

⁴ Law No. 20,128 on Fiscal Responsibility. Chile. Published in Official Gazette, September 2006.

⁵ Ministry of Finance (Chile), Executive Monthly Report on the Economic and Social Stabilization Fund, December 2008. Available at: <https://www.hacienda.cl/areas-de-trabajo/finanzas-internacionales/fondos-soberanos/fondo-de-estabilizacion-economica-y-social/informes-mensuales/informe-diciembre-2008>

⁶ Law No. 20,128 on Fiscal Responsibility. Chile. Published in Official Gazette, September 2006.

⁷ Decree No. 743, 2018. Issued by the Ministry of Finance of Chile.

effectively doubled the initially projected deficit, marking a substantial deviation from the original fiscal commitment.⁸

President Gabriel Boric, upon assuming office in 2022, also complied with the duty established by Law No. 20,128 by issuing Decree No. 755 (2022).⁹ This decree acknowledged a structural deficit of 3.3% of GDP as the starting point, a prudent debt level of 45% of GDP, and a mandate to implement the government program. It outlined an ambitious goal: to reduce the structural deficit to 0.3% of GDP by 2026. By contrast, President Piñera had aimed to conclude his term with a 2.0% deficit. President Boric emphasized that he inherited a significantly higher deficit and, therefore, committed to a more aggressive fiscal adjustment.

Nonetheless, as in the previous administration, this target was later revised. Decree No. 1,384 (2024) modified the original goal, establishing a new trajectory: a structural deficit of 1.9% of GDP by the end of 2024, 1.1% in 2025, and 0.5% in 2026. The new estimate increased the final projected figure by 0.2%, underscoring the degree of flexibility inherent in Chile's fiscal rule framework.¹⁰

Indeed, some years ago, Gallegos Zúñiga (2018c, xx) warned that the duty prescribed in Article 1 did not amount to a true fiscal rule, and that the Executive retained broad discretion to modify the fiscal policy decree without having to justify the adjustment.

In the years preceding the 2019 social unrest, several experts had already warned of the need to strengthen Chile's fiscal rule framework through the incorporation of more robust, enforceable mechanisms¹¹. Shortly before the October 2019 protests, Law No. 21,148 was enacted, creating the Autonomous Fiscal Council, a technical body responsible for issuing independent evaluations and opinions on the performance of fiscal policy.¹² As noted by Aguilera and Espinoza (2022, 6),

this institutional innovation responded to growing demands for transparency, accountability, and technical oversight in public finance.

According to González and Riquelme, Law No. 21,148 assigns the Council the following functions:

- a) Evaluate and monitor the calculation of the cyclical adjustment of actual revenues made by the Budget Directorate.
- b) To participate as an observer in the procedures established to obtain the opinion of independent experts on the factors that determine the trend level of the Central Government's revenues and expenditures, to review such calculations, and to express its opinion on them.
- c) Formulate observations and propose to the Ministry of Finance methodological and procedural changes for the calculation of the Structural Balance.
- d) Express its opinion on possible deviations from structural balance targets and propose mitigation measures.
- e) Evaluate the medium and long-term sustainability of public finances and disseminate the results of its evaluations.
- f) Propose to the Ministry of Finance, once a year, the names of the members of the advisory committees for the copper reference price and the trend Gross Domestic Product that will occupy the seats that for some reason have become vacant. (González and Riquelme 2019, 136-137)

With regard to its composition, the Council consists of five advisors—experts of recognized professional or academic prestige in fiscal and budgetary matters—appointed by the President of the Republic, with prior approval by a two-thirds majority of the Senate.¹³ This institutional configuration is intended to ensure both independence and technical authority in the oversight of Chile's fiscal policy framework.

⁸ Decree No. 253, 2020. Issued by the Ministry of Finance of Chile.

⁹ Decree No. 755, 2022. Issued by the Ministry of Finance of Chile.

¹⁰ Decree No. 1,384, 2024. Issued by the Ministry of Finance of Chile.

¹¹ "Propuestas para perfeccionar la regla fiscal: informe final". Access: May 3, 2025. https://www.dipres.gob.cl/598/articles-74665_doc_pdf1.pdf

¹² Law No. 21,148 Creating the Autonomous Fiscal Council. Chile. Published in Official Gazette, June 2019.

¹³ Law No. 21,148 Creating the Autonomous Fiscal Council. Chile. Article 3. Published in Official Gazette, June 2019.

Recent Legislative Developments in Chile: Law No. 21,683 on Accountability and Transparency

In August 2024, Chile enacted Law No. 21,683, a statute that strengthens accountability and transparency in public financial management. The law introduces several amendments to the existing regulatory framework, including detailed content requirements for the fiscal policy decree mandated by Article 1 of Law No. 20.128. Specifically, the President of the Republic is now required, within 90 days of assuming office, to issue a fiscal policy decree that sets out “the bases of the fiscal policy, for each year of government and a medium-term debt anchor, measured through the total gross debt of the Central Government as a percentage of the Gross Domestic Product.”¹⁴

This obligation introduces the requirement of an explicit annual pronouncement and codifies the debt anchor as a central fiscal reference. Moreover, the law stipulates that the Autonomous Fiscal Council must issue a reasoned opinion on the appropriateness of the fiscal sustainability targets included in the decree, within 60 calendar days of its publication.

Following the issuance of the fiscal policy decree, the Budget Office is required to publish a methodological section detailing how the projected structural balance aligns with the Central Government’s gross debt anchor. In addition, the Public Finances Report must include a dedicated chapter on the asset policy of the Public Treasury during the administration’s term.

Upon the final closing of each fiscal year, and together with the corresponding Public Finances Report, the Ministry of Finance must report on compliance with the structural balance and debt path established in the fiscal policy decree. Furthermore, the Public Finances Report issued in the second quarter of the second year of the presidential term must be submitted to both the Congressional Finance Committee and the Autonomous Fiscal Council for evaluation of progress toward the goals outlined in the decree.

Amendments to the fiscal policy decree are permitted only under exceptional circumstances—specifically, when the government activates an escape clause¹⁵ or invokes other extraordinary events that justify adjustments to the structural balance targets and/or the Central Government’s gross debt anchor. The escape clause authorizes the Executive to temporarily deviate from its fiscal targets for up to two years, allowing for more expansive deficits and increased borrowing, measured as a percentage of GDP.

This mechanism may only be invoked under exceptional and transitory circumstances that lie beyond the control of the administration and result in significant deterioration of economic activity, employment, the national financial situation, or the country’s economic and/or social sustainability. In such cases, the required fiscal response would exceed the thresholds established by the structural balance and public debt rules. The legislation identifies the following events as potential justifications for activating the escape clause, provided that the applicable conditions are met: a) the occurrence of one or more natural disasters; and b) national or international events that substantially worsen macroeconomic conditions.

To activate the escape clause, the President of the Republic must issue a new fiscal policy decree that includes a detailed justification demonstrating compliance with the activation criteria, the maximum duration of the deviation, and the correction and convergence mechanisms intended to restore fiscal sustainability in line with the structural balance rule. The Public Finances Report following the publication of this decree must include a methodological section explaining how the revised structural balance trajectory will ensure convergence toward a sustainable level of total Central Government gross debt within the stated period, along with forward projections covering at least four years from the decree’s issuance.

The Autonomous Fiscal Council is required to issue a formal opinion on whether the conditions for activating the escape clause have been met, within a maximum of

¹⁴ Law No. 21,683 Promoting State Accountability and Transparency. Chile. Official Gazette, August 2024.

¹⁵ William Gboghui and Paulo Medas, Fiscal Rules, Escape Clauses, and Large Shocks, Special Series on Fiscal Policies to Respond to COVID-19, Fiscal Affairs Department, International Monetary Fund, April 2020, 3–4.

30 calendar days from the publication of the new fiscal policy decree.

If, by the end of the established correction period, the fiscal targets have not been met, the Minister of Finance must appear before the Finance Committees of the National Congress to explain the causes of non-compliance and propose remedial measures to reestablish a sustainable fiscal path. In parallel, the Minister must notify the Autonomous Fiscal Council, which is likewise required to issue an opinion within 30 calendar days of being informed.

The law also codifies a measure previously contained in a presidential instruction, elevating it to legal status: the obligation of the Budget Office to prepare financial reports for all bills and international agreements submitted by the President of the Republic for legislative deliberation. These reports must include a clear and precise statement of the expected expenditures or potential reductions in tax revenue resulting from the proposed legislation during its first year of enforcement and over the full duration of the Financial Program. When applicable, they must also indicate the source of the funds required to implement the initiative.¹

In addition, a long-term fiscal analysis is required for proposals whose implementation could have a substantial impact on future revenues or expenditures. All financial reports and their underlying sources must be published on the Budget Office's official website no later than the business day following the bill's submission or amendment in Congress. Once enacted, the legislation must be accompanied by a consolidated financial report summarizing the overall net fiscal impact, incorporating all reports produced during the legislative process. This consolidated report must be made publicly available within 30 days of the law's publication. When possible, the actual fiscal impact of laws with significant budgetary effects should be monitored and compared

with the original projections. The Budget Office must also submit an annual report to the Congressional Finance Committees detailing completed program evaluations and providing background information on the strategic planning of public entities. These reports must be made available on the institution's website.

Furthermore, the Budget Office is now required to publish a quarterly fiscal update including projections for revenue, expenditure, effective and cyclically adjusted balances, public debt, and net financial position, covering the current fiscal year, the subsequent year, and the entire period of the financial program. These new responsibilities strengthen fiscal transparency and allow for continuous monitoring of the State's financial management.¹⁶

Planning and Fiscal Sustainability in Ecuador

In Ecuador, there is no specific fiscal policy decree issued by each government at the beginning of its term, as is the case in Chile under Law No. 20,128. Instead, fiscal and economic planning is articulated through the National Development Plan (PND), which serves as the main instrument for resource allocation and fiscal sustainability in accordance with the elected president's government program. According to the Organic Code of Planning and Public Finances (COPLAFIP) and Article 280 of the Constitution of the Republic of Ecuador, the PND is binding on public sector institutions and sets the guidelines for budget programming, public investment, and resource allocation. The plan also includes a monitoring and evaluation cycle to track the implementation of fiscal goals and the impact of public policies, ensuring a participatory planning framework led by the National Planning Council.¹⁷

Although the regulatory framework in Ecuador establishes principles of fiscal sustainability and multi-year budget planning, there is no formal instrument

¹⁶ Law No. 21,683 Promoting State Accountability and Transparency. Chile. Article 1, Official Gazette, August 2024.

¹⁷ This fund was created with Law No. 20,128, and its purpose is to provide financial stability to the Treasury, allowing it to save part of the fiscal surpluses, which can then be converted into higher spending to support the budget in years when the economic cycle is down. Taking as a reference the most recent data available at the time of writing this report, it is evident that the fund's value has declined significantly over time. In December 2008, it reached more than US\$20.2 billion (Ministry of Finance 2008); today, it amounts to less than one-fifth of that figure. A substantial reduction occurred in 2021, due to a series of stimulus measures implemented by the government of President Piñera in the context of the COVID-19 pandemic. As such, the tool designed for countercyclical interventions appears to be either vanishing or, at the very least, severely weakened—an especially concerning trend given the high levels of uncertainty characterizing today's global economy.

equivalent to an economic stabilization fund to manage surplus resources during boom periods. This institutional shortcoming—exacerbated by Ecuador’s high dependence on oil revenues—became especially evident during the COVID-19 pandemic, when the lack of accumulated fiscal savings limited the State’s ability to respond effectively to emerging needs and to finance economic stimulus measures. The absence of a specific stabilization mechanism reflects a structural weakness in Ecuador’s fiscal management that could be addressed through the adoption of instruments aimed at promoting greater macroeconomic stability during periods of volatility and crisis.

Institutional Design and Fiscal Oversight in Colombia

Unlike Chile, where the fiscal policy framework is anchored in structural balance rules and executive decrees, and Ecuador, where fiscal policy is integrated into centralized development planning, Colombia has developed a hybrid institutional model. This model combines constitutional, legislative, and administrative instruments that aim to ensure fiscal sustainability while maintaining flexibility in economic management.

The cornerstone of Colombia’s fiscal framework is the Medium-Term Fiscal Framework (*Marco Fiscal de Mediano Plazo*), introduced by Law 819 (2003). This planning tool, updated annually, defines fiscal targets and macroeconomic projections over a six-year horizon. It serves as the executive’s principal instrument for articulating fiscal strategy and is presented to Congress as part of the annual budget process.¹⁸ Although it does not take the form of a legally binding fiscal policy decree as in Chile, the Medium-Term Fiscal Framework performs a similar function in practice, allowing for continuity, transparency, and coordination in fiscal decision-making.

Colombia’s Constitution does not require newly elected presidents to issue a fiscal policy decree upon taking

office. However, since the 2011 constitutional reform, the principle of fiscal sustainability has been elevated to constitutional status.¹⁹ This principle mandates that all branches of government ensure responsible and coordinated use of public resources. It also empowers the executive to adopt corrective measures when fiscal sustainability is under threat. In this respect, Colombia differs from Ecuador, where the commitment to fiscal sustainability is present at the statutory level but not enshrined constitutionally.

Additionally, fiscal oversight in Colombia includes institutional actors with varying degrees of autonomy. The General Comptroller’s Office (*Contraloría General de la República*) exercises ex post control over the use of public funds, while the National Planning Department and the Ministry of Finance and Public Credit jointly coordinate fiscal strategy and public investment. Although there is no single stabilization fund equivalent to Chile’s Economic and Social Stabilization Fund, Colombia’s General System of Royalties incorporates saving mechanisms aimed at smoothing regional fiscal volatility derived from extractive industries.

This institutional configuration reflects Colombia’s approach to fiscal governance: emphasizing medium-term planning, coordination between executive and legislative branches, and a normative framework that blends constitutional obligations with flexible operational tools. It also highlights the country’s commitment to aligning macroeconomic stability with democratic accountability—an objective shared, though differently operationalized, by Chile and Ecuador.

Having reviewed Chile’s institutional framework and its recent legislative reforms, we now turn to the Ecuadorian case, which reveals a distinct regulatory evolution shaped by structural dependencies and fiscal constraints.

¹⁸ Law 819 of 2003. Colombia. Diario Oficial No. 45.231, July 9, 2003.

¹⁹ Constitution of the Republic of Colombia. Article 334, amended by Legislative Act No. 3 of 2011.

EVOLUTION OF TAX RULES IN ECUADOR

Ecuador has implemented various fiscal rules aimed at improving macroeconomic management in a context of high dependence on oil revenues. The Organic Law of Fiscal Responsibility, Stabilization, and Transparency²⁰ (LOREYTF), enacted in 2002, introduced measures to reduce public debt, including the creation of the Fund for Stabilization, Social and Productive Investment, and Reduction of Public Indebtedness (FEIREP). This fund allocated surplus oil revenues toward the repurchase of internal and external debt and toward investment in strategic sectors such as health and education (Paredes & Saltos 2018, 221).

In 2005, the country's fiscal strategy shifted with the integration of oil revenues into the general budget through the creation of the Productive and Social Reactivation Account (CEREPS). This reform diluted the original savings objectives and increased the country's exposure to oil price volatility (Paredes & Saltos 2018, 222).

In 2010, the Organic Code of Planning and Public Finances²¹ (COPLAFIP) replaced LOREYTF with a more comprehensive regulatory framework. Key provisions included the requirement that permanent expenditures be financed exclusively with permanent revenues, and the establishment of a ceiling of 40% of GDP for public debt. These measures aimed to strengthen fiscal sustainability and ensure medium-term financial stability. However, recent reports point to ongoing difficulties in complying with debt thresholds and fiscal targets, with persistent deviations in key indicators (Ministerio de Economía y Finanzas 2023, 15–16).

The evolution of Ecuador's fiscal rules reflects a sustained effort to establish a more resilient and rule-based framework in response to macroeconomic vulnerabilities. Nonetheless, the implementation of these rules continues to face challenges—particularly regarding their effective enforcement and the need

to adapt them to an increasingly volatile global environment.

Impact of Fiscal Rules on Fiscal Sustainability

The fiscal rules implemented in Ecuador have yielded mixed outcomes in terms of promoting long-term fiscal sustainability. Carlos de la Torre (2021) analyzes the influence of dollarization on Ecuador's fiscal architecture, emphasizing how frameworks such as LOREYTF and COPLAFIP were originally designed to reinforce fiscal discipline. However, he notes that these mechanisms have encountered persistent structural constraints—particularly the country's heavy reliance on oil revenues and the absence of effective countercyclical tools (de la Torre 2021, 45–46).

From a different perspective, Requelme Paladines (2017) argues that fiscal rules must be tailored to the specific economic and institutional features of each country. In the case of Ecuador, he highlights how regulatory rigidity and external vulnerability—mainly stemming from oil dependency—have undermined the effectiveness of existing rules, reinforcing the need for stronger institutional frameworks to ensure resilience in the face of macroeconomic shocks (Requelme Paladines 2017, 27).

Although COPLAFIP was intended to address these weaknesses by establishing a stricter regime for fiscal deficit and debt management, recent official data suggest that public indebtedness has exhibited significant volatility. At various points, debt levels have approached the 40% of GDP ceiling established by the Code (Ministerio de Economía y Finanzas 2023, 14).

Moreover, the current regulatory model has proven insufficient in adapting to the high degree of economic volatility that characterizes Ecuador's fiscal environment. This highlights the pressing need to diversify revenue streams and develop institutional

²⁰ Organic Law of Fiscal Responsibility, Stabilization, and Transparency (LOREYTF), Ecuador. Official Register No. 586, October 2, 2002.

²¹ Organic Code of Planning and Public Finances (COPLAFIP), Ecuador. Official Register Supplement No. 306, October 22, 2010.

mechanisms capable of absorbing external shocks. Among these, the establishment of fully operational stabilization funds—similar to those implemented in countries like Chile—remains a critical institutional gap.

The current provisions set forth in COPLAFIP—such as the public debt ceiling—aim to ensure fiscal sustainability over the medium term. However, these rigid constraints have also limited the State's capacity to respond flexibly to economic crises or external shocks. Moreover, the lack of effective countercyclical mechanisms, combined with persistent dependence on oil revenues, continues to heighten Ecuador's vulnerability to fluctuations in international markets.

To address these structural limitations, it is essential to pursue reforms that introduce greater flexibility into the fiscal framework. Potential measures include

the incorporation of escape clauses that temporarily relax debt thresholds during periods of crisis, and the creation of a stabilization fund to accumulate savings in times of economic expansion for use in adverse contexts. At the legislative level, any revision of fiscal sustainability parameters should be accompanied by enhanced transparency and improved public access to fiscal information—key elements for reinforcing trust in the management of public finances.

Although Chile and Ecuador were addressed through dedicated sections, the Colombian case—equally significant in the regional context—is analyzed in detail within the comparative discussion that follows. This integrated approach reflects Colombia's dual configuration of fiscal and disciplinary control and allows for a cohesive legal analysis across jurisdictions.

COMPARATIVE REFLECTIONS ON FISCAL AND DISCIPLINARY CONTROL: LEGAL APPROACHES IN CHILE, COLOMBIA, AND ECUADOR

Although Chile and Ecuador were addressed through dedicated sections, the Colombian case—equally significant in the regional context—is analyzed in detail within the comparative discussion that follows. This integrated approach reflects Colombia's dual configuration of fiscal and disciplinary control and allows for a cohesive legal analysis across jurisdictions.

As a starting point, and in order to clarify the conceptual distinctions between fiscal control and disciplinary control, it is important to note that the notion of fiscal control is not uniform across Latin American legal systems. Broadly speaking, fiscal control refers to the oversight exercised by the State over the use of public funds and assets, typically through specialized audit institutions or constitutionally empowered entities. However, its legal status and institutional design vary considerably from one country to another.

In Colombia, fiscal control constitutes an autonomous legal category vested in the Office of the Comptroller General, which is empowered to determine fiscal

liability in cases involving damage to public assets. By contrast, the Ecuadorian system does not formally recognize fiscal liability as a distinct legal institution, relying instead on administrative and civil mechanisms as articulated in the Organic Law of the Office of the Comptroller General of the State. In Chile, the Comptroller General's Office also exercises oversight functions, but fiscal liability is not recognized as a standalone legal concept in the strict sense.

Disciplinary control, on the other hand, belongs to the domain of administrative sanctioning law. It refers to the State's authority to monitor, investigate, and sanction public officials for violations of their duties. This form of control aims to uphold legality, ethical standards, and efficiency in public service and is grounded in fundamental principles such as typicity, culpability, due process, and proportionality. Although fiscal and disciplinary control mechanisms both serve to safeguard public integrity, they differ markedly in their normative foundations, scope of application, and operational logic.

The Colombian Model: Dual Legal Configuration of Control

Colombia provides a clear example of differentiated institutional development, where fiscal control operates as an autonomous category, while disciplinary liability is articulated through separate legal mechanisms. By contrast, the concept of disciplinary control has a distinct meaning that warrants clarification. It refers, in good faith, to the oversight exercised by the State over public servants who serve the State and the broader community, performing functions established in the Political Constitution, statutory law, and regulations, with the aim of ensuring obedience, discipline, ethical conduct, morality, and efficiency in public service. The State may exercise disciplinary control in several ways—for instance, through internal disciplinary offices, represented by the nominating authority or hierarchical superior, who is responsible for investigating the conduct of subordinates. In systems such as Colombia's, it is also possible for this sanctioning authority to be exercised directly by the Office of the Attorney General (Osorio Sánchez 2018, w/p).

Likewise, at a conceptual level, Restrepo-Medida (2001, 75-76) defines fiscal responsibility as the legal attribution imposed on a public servant or individual, for any act or omission committed in the exercise of the fiscal duties assigned to them, that results in harm to public assets. Furthermore, he asserts:

Among the characteristic features of contemporary democracies, apart from the reduction of the State's sphere of action and its concentration on the provision of services considered essential for the coexistence and welfare of the associates, related to which is the increase in citizen participation in the management of public affairs, is the importance attributed to control mechanisms to oversee the proper exercise of authority by those in charge of formulating public policies and their corresponding execution to ensure a just social order. (Restrepo-Medida 2011, 75-76)

Expanding on the concept of disciplinary liability, Daza Pérez (2020, 20; 2025, 80) argues that it should be understood in both doctrinal literature and soft law instruments as the causal relationship between a public servant's conduct and the violation of constitutional, legal, or regulatory duties in the performance of their functions—whether by action, omission, or abuse of authority.

To this, Bordalí Salamanca adds an important distinction:

Disciplinary liability is concerned with the proper functioning of a given body from an internal perspective. And the disciplinary liability of judges must be understood as referring to sanctioning those unlawful actions of the judge when exercising jurisdiction. It is therefore different from criminal liability since the latter has a social and general projection, external to the public body. Therefore, those conducts that affect the legal assets most valued by the community are sanctioned. (2018, 529)

Bordalí Salamanca (2018, 526-527) draws a clear distinction between disciplinary and ethical control, noting that the latter “establishes very high parameters of conduct, higher than what is legally established, generally with a prospective character, thus providing guidelines for an ideal behavior of the employee towards the future.” He also emphasizes that ethical declarations differ from disciplinary liability in authorship, normative structure, and implementation logic.

According to the same author, ethical codes operate on the basis of self-regulation and professional deontology. They “provide judges with clear answers to questions of professional ethics; inform citizens of the conduct expected of judges; and assure them that justice will be administered independently and impartially” (Bordalí Salamanca 2018, 527). In this sense, they represent aspirational standards of best practice rather than enforceable legal norms.

ON THE EXERCISE OF FISCAL AND DISCIPLINARY CONTROL

In countries such as Chile, fiscal control is exercised by the Office of the Comptroller General of the Republic, which serves as the highest oversight authority within the public administration. In Colombia, the Office of the Comptroller General of the Republic (Contraloría General de la República, CGR) holds the equivalent position, defined as the public function responsible for supervising the fiscal management of the administration and of individuals or entities that manage public resources.

The Ecuadorian Case: Constitutional Principles Without a Sanctioning Regime

Unlike Colombia, where fiscal responsibility has been shaped as an autonomous legal category with clearly established procedural and sanctioning implications, Ecuador recognizes fiscal responsibility as a constitutional principle guiding public financial management, but not as a distinct legal mechanism for attributing individual liability. Articles 285 and 286 of the Constitution of the Republic of Ecuador (2008) establish fiscal sustainability and financial responsibility as binding standards for public finance and public debt policies.²² However, these provisions do not constitute a differentiated regime of fiscal liability comparable to that of Colombia.

Within the Ecuadorian legal system, there is no independent category of fiscal responsibility that allows the State to attribute personal liability for patrimonial damage to public assets. Instead, oversight is exercised through administrative and civil liability frameworks as provided in the Organic Law of the Office of the Comptroller General of the State (Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, LOCGE).²³ While fiscal rules have been incorporated into statutory instruments such as the Organic Code of Planning and Public Finances (COPLAFIP), and although the

Constitution promotes the principle of responsible fiscal conduct, the Ecuadorian legal framework lacks a specific sanctioning regime that would enable the formal declaration and enforcement of fiscal liability against individual public officials.

As noted in recent technical literature, proposals have emerged to introduce spending rules that incorporate debt anchors and countercyclical elements—such as the so-called “debt brake”—to enhance fiscal sustainability (Londoño et al. 2021, 20). However, these proposals remain largely programmatic in nature and have not been codified as a legally institutionalized mechanism of fiscal liability. As a result, Ecuador exemplifies a model in which fiscal responsibility is embedded within the constitutional and policy framework of the State but is not implemented as a distinct and enforceable legal institution.

Within this framework, the Office of the Comptroller General of the State (Contraloría General del Estado, CGE) retains the authority to determine both administrative and civil liabilities arising from the mismanagement of public resources, as stipulated in the LOCGE.²⁴ Administrative liability, established in Article 45 of the LOCGE, is applicable when public officials fail to comply with legal norms, duties, or functions.²⁵ Civil liability for negligence, governed by Article 52, addresses the need to repair economic damage inflicted on public assets through negligent acts or omissions.²⁶

Regarding ex ante control, the LOCGE does not assign this function directly to the CGE. Instead, it mandates that officials within each public institution must themselves assess the legality and pertinence of administrative actions prior to execution. This internal preemptive oversight is complemented by the CGE's ex post control, which is focused on evaluating and auditing actions once they have been completed.

22 Constitution of the Republic of Ecuador, 2008, Articles 285 and 286.

23 Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, Official Register No. 595, May 12, 2002, Article 1.

24 Ibid.

25 LOCGE, Art. 45.

26 LOCGE, Art. 52.

In the case of Chile, Colombia, and Ecuador, disciplinary control is exercised by the competent ministerial and institutional authorities. These forms of oversight operate through differentiated institutional channels, with specialized agencies and procedures in each jurisdiction.

In the Colombian case, the legal literature emphasizes that the ineffectiveness of the control bodies operating before the 1991 Political Constitution led the constituent assembly to adopt an institutional (organic) framework that granted autonomy to key oversight entities, such as the Office of the Attorney General. This shift entailed the formal establishment of internal control offices across public entities, thereby strengthening administrative oversight mechanisms (Osorio Sánchez 2018, w/p; Arboleda Ramírez et al. 2021, 234-236).²⁷

This institutional transformation also marked a departure from earlier configurations in which the power to oversee disciplinary compliance was centralized in the Presidency of the Republic, as was the case under the 1886 Constitution.²⁸

As noted by Arboleda Ramírez et al. (2021, 234), fiscal control was formally incorporated into the Colombian constitutional order through Article 267 of the 1991 Constitution. It is defined as a mechanism for overseeing acts and decisions of the public administration that could affect public assets, and it operates as a specialized task within the broader system of checks and balances. In practice, this control is carried out both *ex post* and concomitantly. While the constituent assembly established *ex post* oversight, the legislative branch later expanded the model to include concomitant control, acting as a derived constituent.

Moreover, the system replaced the *ex-ante* control previously exercised by the Comptroller's Office—prior to the 1991 reform—with a subsequent (*ex post*) model. This change responded to concerns about corruption and inefficiencies attributed to the prior mechanism,

which was seen as obstructing procedural fluidity and hindering the appropriate use of public resources (Osorio Sánchez, 2018, w/p; Arboleda Ramírez et al. 2021, 234-236).

On the Elements of Fiscal and Disciplinary Liability

According to Osorio Sánchez (2018, w/p), in the Colombian legal system, fiscal liability is composed of three essential elements: the conduct of the fiscal agent committed with intent or gross negligence, a patrimonial loss affecting the State, and the existence of a causal nexus between the conduct and the damage. In contrast, disciplinary liability is determined through the analysis of typicity (i.e., whether the conduct fits within the legally defined categories of very serious, serious, or minor misconduct), unlawfulness (defined as the unjustified breach of a functional duty, without necessarily requiring actual harm to a protected legal interest), and culpability (which requires intent or negligence, classified as very serious, serious, or minor). This framework explicitly rejects any form of strict liability: misconduct is punishable only when committed with malice or fault.

In the broader international context, with reference to Chile, researchers Viera-Álvarez, García-Campos, and Velásquez have noted—through a clear yet assertive approach—that:

Fiscal responsibility is a principle of recent incorporation in some constitutions, which is complemented by the registration of fiscal rules, to consolidate an economic policy that maintains macro balances and fiscal discipline. Fiscal responsibility should not be confused with rules, since the former is a principle and the latter, as its name indicates, a rule. (2022, 369)

With specific regard to the Chilean case, the authors further explain that this is:

²⁷ It is worth noting a difference with the Colombian case, where the role of the Office of the Attorney General is emphasized through its Procuradurías Delegadas, Regional Procuradurías, and internal disciplinary control offices.

²⁸ This represented a structural change from earlier institutional formulations, in which disciplinary oversight authority was concentrated in the President of the Republic (Colombian Constitution, 1886).

[A] thematic axis recent among us and there are no principles or rules in the Constitution, notwithstanding some directives aimed at this objective, such as the exclusive initiative of the President of the Republic or the legal reserve for public indebtedness, however, there is no explicit reference on the matter. (Viera Álvarez et al. 2022, 371)

On the Expiration and Statute of Limitations of Fiscal and Disciplinary Action

To deepen the conceptual framework of fiscal and disciplinary oversight, Osorio Sánchez (2018) highlights an important consideration in the Colombian case: the expiration and statute of limitations applicable to these types of proceedings. As noted by the author, under Colombian law:

Fiscal action will expire if, after five years from the occurrence of the event generating the damage to public assets, no order has been issued to initiate the fiscal responsibility process. The term, for instantaneous acts, is counted from the day of the occurrence; for continuous acts, from the last occurrence of the conduct. (Osorio Sánchez 2018, w/p)

Furthermore, fiscal responsibility proceedings are subject to a five-year statute of limitations, counted from the date the responsibility process is formally opened. If a final decision is not issued within that period, the action is extinguished (Osorio Sánchez, 2018). The same author adds:

The disciplinary action will expire if, after five years from the occurrence of the misconduct, no disciplinary investigation has been opened. The term, for instantaneous acts, is counted from the day of the occurrence; for those of a permanent nature, from the last act performed; and, for omissions, from the date when the duty to act

ceased. In addition, disciplinary action shall be barred five years after the initiation order is issued. When multiple infractions are involved, the statute of limitations is applied independently to each. (Osorio Sánchez 2018, w/p)

The Chilean Experience: Fiscal Oversight and Normative Flexibility

Unlike Colombia, where fiscal liability constitutes a formal legal category adjudicated by the Office of the Comptroller General, Chile has not developed an autonomous regime of fiscal responsibility. Instead, fiscal discipline is promoted through oversight functions, audit procedures, and macroeconomic rules—such as the structural balance rule—rather than through a sanctioning framework specifically aimed at fiscal mismanagement. In this context, the Comptroller General in Chile plays a critical role in supervising legality and the proper use of public resources but does not have the authority to issue binding determinations of fiscal liability comparable to those established in the Colombian model. This difference reflects the normative flexibility of the Chilean framework, which prioritizes institutional oversight and policy coherence over the individualized attribution of legal responsibility.

In the Chilean legal system, the statute of limitations applicable to disciplinary matters is generally understood as a condition that extinguishes the right to pursue action in response to administrative infractions. Legal scholarship and case law recognize that the statute of limitations in such cases depends heavily on the manner in which the infraction is executed—whether it is instantaneous, continuous, or permanent. It is also subject to interruption or suspension under specific conditions. Regarding fiscal responsibility proceedings, the legal framework provides that the action shall expire if no formal initiation of the fiscal responsibility process occurs within five years from the date of the event that caused damage to public assets.²⁹

²⁹ Chile, Law No. 21.041, which modifies various legal bodies to strengthen the probity and administrative responsibility regime, Official Gazette, 8 November 2017.

On the Statute of Limitations for Disciplinary Sanctions and the Cessation of Fiscal and Disciplinary Proceedings

The doctrine also addresses the statute of limitations applicable to disciplinary sanctions, as well as the cessation of fiscal and disciplinary action. Under the Colombian regulatory framework, disciplinary sanctions prescribe after a term of five years from the execution of the judgment. As Osorio Sánchez explains, “when the sanctions imposed (dismissal and disqualification or suspension and special disqualification) are fulfilled, the rights of the sanctioned person will be restored” (2018, w/p). In the Chilean case, the relevant provisions

establish that disciplinary action prescribes “in four years from the date on which the personnel incurred in the infraction.”³⁰

Finally, it is worth noting a shared procedural safeguard in both jurisdictions: the possibility that fiscal and disciplinary action may cease at any time. As Osorio Sánchez (2018, p. w/p) clarifies, this occurs “when it is established that the action should not have been initiated because the expiration or prescription has operated, when it is demonstrated that the fact did not exist, or that an exemption of fiscal responsibility operated.

CONCLUSIONS

The sound management of public finances is a critical prerequisite for sustainable economic and social development, as it enables the State to respond effectively to crises, stabilize macroeconomic expectations, and reduce borrowing costs. Fiscal rules, as legal instruments designed to constrain discretion in budgetary management, play a strategic role within this framework—provided they are embedded in coherent normative architectures and reinforced by robust institutional oversight mechanisms.

In Ecuador, there is an explicit normative aspiration to promote fiscal sustainability, as evidenced in instruments such as the Organic Code of Planning and Public Finances (COPLAFIP) and the relevant constitutional provisions. However, the absence of operational stabilization mechanisms—such as sovereign savings funds or effective escape clauses—combined with the country’s structural dependence on oil revenues, has significantly constrained the government’s capacity to respond to critical scenarios. This diagnosis underscores the importance of technically revisiting the existing regulatory framework, in light of comparative practices that have proven more institutionally resilient. In this regard, recent contributions have proposed the

adoption of an expenditure rule anchored to public debt as a viable alternative to stabilize medium-term spending and reduce the procyclical bias of fiscal policy (Londoño et al. 2021, 8).

Chile’s system reflects a more advanced level of fiscal institutionalization, characterized by the implementation of structural balance rules and the establishment of an Autonomous Fiscal Council charged with evaluating the sustainability of fiscal policy. Nevertheless, the Executive’s discretion to revise fiscal targets by decree reveals a level of normative flexibility that, while potentially justified in exceptional circumstances, may erode the integrity of the framework if not accompanied by rigorous transparency and oversight requirements. In this respect, the debate on soft law in fiscal governance—particularly as developed by Méndez and Sumar (2020, 190) invites further examination of the risks inherent in fiscal arrangements lacking a firm constitutional or statutory foundation.

In Colombia, the existence of a legally consolidated regime of fiscal liability provides an institutional mechanism to address the mismanagement of public resources. Yet, its effectiveness faces practical obstacles,

³⁰ Chile, Law No. 21.041, which amends various legal bodies to strengthen the regime of probity and administrative responsibility, Official Gazette, 8 November 2017.

including procedural delays, enforcement difficulties, and tensions in the coordination of fiscal and disciplinary authorities. The comparative legal reflection presented in this article underscores the need to maintain a clear analytical and normative distinction between fiscal and disciplinary control, without overlooking the fact that certain functional conduct may trigger liability under both frameworks.

Based on the doctrinal and legal analysis developed herein, this paper highlights the importance of achieving greater conceptual clarity in jurisdictions –such as Ecuador– where fiscal liability has not yet been consolidated as an autonomous legal category. This type of precision is not only theoretically relevant, but also essential for designing public policy measures that integrate fiscal sustainability, institutional integrity, and administrative efficiency.

REFERENCES

- Aguilera, Carolina y Vicente Espinoza. 2022. "Chile despertó: los sentidos políticos en la revuelta de octubre". *Polis* 21(61): 10-31. https://www.scielo.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-65682022000100013
- Arboleda, Paulo, Milton Jiménez y Carolina López. 2021. "El control fiscal y su incorporación al sistema de pesos y contrapesos en Colombia". *Revista de Derecho (Valdivia)* 34 (1): 233-253. DOI: <https://doi.org/10.4067/S0718-09502021000100233>
- Bordalí, Andrés. 2018. "El régimen de responsabilidad disciplinaria de los jueces chilenos y su inadecuación a las exigencias constitucionales". *Ius et Praxis* 24 (2): 513-548. DOI: <https://doi.org/10.4067/S0718-00122018000200513>
- Daza Pérez, Mario. 2020. *La responsabilidad disciplinaria de los servidores públicos a la luz de las normas de derecho blando*. Bogotá: Editorial Universidad Externado de Colombia.
- Daza Pérez, Mario. 2025. *La génesis del derecho disciplinario (de la edad primitiva a la edad contemporánea)*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- De la Torre, Carlos. 2021. "El manejo fiscal: revisión técnica de su realidad en el Ecuador, 2000-2019". *Estudios de la Gestión* 9 (1): 45-79. DOI: <https://doi.org/10.32719/25506641.2021.9.3>
- Fuentes, J. Rodrigo, Klaus Schmidt-Hebbel, and Raimundo Soto. 2021. *Fiscal Rule and Public Investment in Chile*. DOI: <https://doi.org/10.18235/0003105>
- Gallegos Zúñiga, Jaime. 2018. "Análisis normativo crítico de la regla fiscal en Chile". *Revista Chilena de Derecho* 45 (3): 597-619. DOI: <https://doi.org/10.4067/S0718-34372018000300597>
- Gallegos Zúñiga, Jaime. 2018. "Normativa sobre Reglas Fiscales a Nivel Europeo y las Disposiciones Nacionales sobre la Materia, Dictadas en España y Otros Países de la Eurozona". *Revista Paraguaya de Derecho, Economía y Política* 4. <https://py.ijeditores.com/pop.php?option=articulo&Hash=e58a18d41f51e9df731a6c38c07d0191>
- Gallegos Zúñiga, Jaime. 2018. "Las reglas fiscales en los países de la Alianza del Pacífico". *Cadernos de Dereito Actual* 9: 331-352. <https://repositorio.uchile.cl/handle/2250/152555>
- Gbohoui, William y Paulo Medas. 2019. *Fiscal rules, escape clauses and large shocks*. IMF, Fiscal Affairs Department.
- González, Hermann y José Riquelme. 2019. "Institucionalización legal del Consejo Fiscal Autónomo en Chile". *Actualidad Jurídica* 19(40): 129-147. Access: May 3, 2025. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/articulos/institucionalizacion-legal-del-consejo-fiscal-autonomo-en-chile/>
- Londoño Espinosa, Sebastián, Edison Reza, Lady León y Birmania Jiménez. 2020. "Regla fiscal de gasto como alternativa para la sostenibilidad fiscal en Ecuador". *Revista Inclusiones* 8 (1): 8-24. <https://revistainclusiones.org/index.php/inclu/article/view/176>
- Méndez, Rubén, and Oscar Sumar. 2020. "Rule of Law versus Soft Rule of Law". *Revista de Derecho Político* 109: 373-397. <https://revistas.uned.es/index.php/derechopolitico/article/view/29065/22363>
- Osorio Sánchez, M. de P. (2018). *Responsabilidad fiscal vs. responsabilidad disciplinaria-Parte IV*. Asuntos Legales. <https://www.asuntoslegales.com.co/consultorio/responsabilidad-fiscal-vs-responsabilidad-disciplinaria-parte-iv-2782521>

- Paredes, Gonzalo y Karolyne Saltos. 2018. "La deuda pública en Ecuador: ¿Se cumplió la regla fiscal?". *Revista Killkana Sociales* 2(3): 219-228. https://killkana.ucacue.edu.ec/index.php/killkana_social/article/view/342
- Requelme Paladines, Francisco. 2017. "Gasto público y la dicotomía de las reglas fiscales en Ecuador a partir del dólar". *Revista Académica-Investigativa De La Facultad Jurídica, Social y Administrativa*, 4(7): 27-33. <https://revistas.unl.edu.ec/index.php/suracademia/article/view/476>
- Queralt, Juan Martín; Lozano Serrano, Carmelo; Tejerizo López, José Manuel; Casado Ollero, Gabriel y Germán Orón Moratal. 2016. *Curso de Derecho Financiero y Tributario*. 27a ed. Madrid: Editorial Tecnos.
- Restrepo-Medina, Manuel Alberto. 2001. "Responsabilidad fiscal". *Revista Estudios Socio-Jurídicos*, 3(2): 75-95. <https://revistas.urosario.edu.co/index.php/sociojuridicos/article/view/196>
- Valenzuela, Manuel y Sergio Soza. 2024. "Protección social en pandemia: Chile y el caso del ingreso familiar de emergencia". En *Nuevas respuestas a viejos desafíos en América Latina y el Caribe: un análisis comparativo de las políticas públicas de protección social y mercado laboral en el contexto de la emergencia sanitaria*, editado por Sergio Rivero y Stella Sáenz, 65-89. San José: FLACSO.
- Viera Álvarez, Christian; García Campos, Gonzalo y Francisca Velásquez Torres. 2023. "Responsabilidad fiscal y reglas fiscales: una política económica constitucionalizada". *Revista de Ciencias Sociales (Valparaíso)*, 82: 369-403. DOI: <https://doi.org/10.22370/rcs.2023.82.3691>
- Zapata, Ignacio; Pérez, Daniel; Muñoz Karlla y Valentina Cortés. 2022. "Documento de Trabajo N° 947: Relatos de inflación: percepción y expectativas de los hogares chilenos durante la pandemia de Covid-19". Santiago: Banco Central de Chile. <https://www.bcentral.cl/contenido/-/detalle/documento-de-trabajo-n-947>

Legal Norms

- Ley 734. Colombia. Diario Oficial No. 44.708, 13 de febrero de 2002.
- Ley 1474. Colombia. Diario Oficial No. 48.128, 12 de julio de 2011.
- Ley N.º 21.041. Chile. Diario Oficial de la República de Chile, 31 de octubre de 2017.
- Ley N.º 21.148. Chile. Diario Oficial de la República de Chile, 16 de febrero de 2019.
- Constitución de la República del Ecuador. Ecuador: Registro Oficial, 449, 20-X-2008.
- Ley Orgánica de Responsabilidad Fiscal, Estabilización y Transparencia. Ecuador. Registro Oficial No. 589, 4 de junio de 2002 [derogada].
- Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado. Ecuador. Registro Oficial Suplemento No. 595, 12 de junio de 2002.
- Ley Orgánica de Planificación y Finanzas Públicas. Ecuador. Registro Oficial Segundo Suplemento No. 306, 22 de octubre de 2010.

CONFIDENCIALIDAD Y DERECHO A LA DEFENSA EN DERECHO DE COMPETENCIA

CONFIDENTIALITY AND THE RIGHT TO DEFENSE IN COMPETITION LAW

CONFIDENCIALIDADE E DIREITO DE DEFESA NO DIREITO DA CONCORRÊNCIA

*Carlos Trujillo Viteri**

Recibido: 27/I/2025
Aceptado: 20/V/2025

Resumen

Este artículo, desde un enfoque analítico-deductivo, examina la tensión entre el derecho a la defensa y el derecho a la confidencialidad de la información en los procedimientos llevados a cabo por la Superintendencia de Competencia Económica del Ecuador. Se analizan las atribuciones de dicha institución, su marco normativo y la manera en que ambos derechos se materializan en la práctica. A partir del análisis de casos concretos, se argumenta que, si bien ambos derechos son reconocidos por el ordenamiento jurídico ecuatoriano, ninguno es absoluto. En consecuencia, se defiende la primacía del derecho a la defensa, lo que implica que las empresas investigadas deben tener acceso integral a la información del expediente, incluida aquella calificada como confidencial. Finalmente, se propone el establecimiento de directrices claras que la Superintendencia debería adoptar para garantizar este acceso sin comprometer indebidamente la protección de datos sensibles.

Palabras clave: Superintendencia de Competencia Económica; Derecho Administrativo; Debido proceso; Información confidencial; Formulación de cargos; Acceso al expediente

Abstract

This article, through an analytical-deductive approach, examines the tension between the right to defense and the right to confidentiality of information in the proceedings conducted by the Superintendency of Economic Competition of Ecuador. It analyzes the powers of the institution, its regulatory framework, and how both rights are implemented in practice. Based on the analysis of concrete cases, the article argues that although both rights are recognized by the Ecuadorian legal system, neither is absolute. Consequently,

it defends the primacy of the right to defense, implying that investigated companies should have full access to the case file, including confidential information. Finally, it proposes the establishment of clear guidelines that the Superintendency should adopt to ensure such access without unduly compromising the protection of sensitive data.

Keywords: Superintendence of Economic Competition; Administrative Law; Due process; Confidential information; Statement of objection; Access to the file

Resumo

Este artigo, com base em uma abordagem analítico-dedutiva, examina a tensão entre o direito à defesa e o direito à confidencialidade da informação nos procedimentos conduzidos pela Superintendência de Concorrência Econômica do Equador. Analisa-se as competências da instituição, seu marco normativo e a forma como ambos os direitos são implementados na prática. A partir da análise de casos concretos, argumenta-se que, embora ambos os direitos sejam reconhecidos pelo ordenamento jurídico equatoriano, nenhum deles é absoluto. Consequentemente, defende-se a primazia do direito à defesa, o que implica que as empresas investigadas devem ter acesso integral ao processo, inclusive às informações confidenciais. Por fim, propõe-se o estabelecimento de diretrizes claras que a Superintendência deve adotar para garantir esse acesso sem comprometer indevidamente a proteção de dados sensíveis.

Palavras-chave: Superintendência de Concorrência Econômica; Direito Administrativo; Devido processo legal; Informações confidenciais; Formulação de acusações; Acesso ao arquivo

* Abogado por la Universidad San Francisco de Quito, especialista superior en Derecho de la Empresa por la Universidad Andina Simón Bolívar, LLM en Derecho de Competencia por la University College London UCL, especialista superior en Economía para Derecho de Competencia por el Kings College London, y máster en Derecho Procesal Administrativo y Litigación por el Instituto de Altos Estudios Nacionales, Ecuador.
Correo electrónico: carlostrujilloviteri@gmail.com

Cómo citar este artículo: Trujillo Viteri, Carlos. 2025. "Confidencialidad y derecho a la defensa en Derecho de Competencia". Revista de Estudios Jurídicos Cálamo, núm. 23: 82-96. DOI: <https://doi.org/10.61243/calamo.23.460>

INTRODUCCIÓN

El Derecho de Competencia nace en los Estados Unidos, hace más de 100 años, con la expedición de la Sherman Act. Por su parte, en la Unión Europea (en adelante, UE), su génesis se da en 1957, con la expedición del Tratado Constitutivo de la Comunidad Económica Europea. En cambio, en Ecuador, este tipo de regulación es reciente: la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante, LORCPM) no tiene más de trece años, pues fue expedida a finales de 2011.

Si bien en Ecuador es una rama relativamente nueva, al momento, el estado del arte en esta materia ha tenido un desarrollo considerable con respecto a cómo aplicar la información confidencial y el derecho a la defensa. Por ejemplo, en la UE, al menos desde 1997, ya se había desarrollado la comunicación relativa a las solicitudes de acceso y el derecho de acceso a los expedientes, la cual ha sido modificada en diversas ocasiones, hasta llegar a su versión actual, que data de 2005¹. En la misma línea, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (en adelante, TJUE), en el año 1999, expidió la Sentencia Hércules, la cual marca el paradigma de lo que la UE entiende, hasta la actualidad, sobre cómo se debe tratar la información confidencial.

Con respecto al Ecuador, no existe mayor avance: el único caso en concreto que ha tratado el tema se dio en el marco de la Acción de Protección 09292-2022-00977. Se debe indicar que se ha revisado exhaustivamente

la existencia, o no, de precedentes ecuatorianos que puedan ser aplicables, y se ha encontrado que no hay más desarrollo del tema. Es decir, no existe desarrollo doctrinario o jurisprudencial; de hecho, hasta donde llega nuestro conocimiento, esta es la primera investigación acerca de la confidencialidad de la información y el derecho a la defensa en Derecho de Competencia en Ecuador.

Ahora bien, para que la Agencia de Competencia pueda tutelar de manera eficiente las instituciones principales del Derecho Administrativo, vamos a analizar uno de los puntos de conflicto que se dan en el Derecho de Competencia; específicamente: cómo se debe manejar la información confidencial en los procedimientos sancionadores frente al derecho a la defensa. Para ello, vamos a analizar las facultades de la Superintendencia de Competencia Económica (en adelante, SCE), explicar los procedimientos sancionatorios que lleva a cabo, analizar el derecho de defensa en dichos procedimientos sancionatorios, y finalmente analizar cómo funciona el derecho a la confidencialidad de la información en los mentados procedimientos. Una vez que se tengan dilucidados los puntos indicados, se abordará en qué consiste la tensión entre ambos derechos. El análisis de la aproximación europea a dicha tensión nos permitirá abordarla en nuestra legislación nacional y hacer una propuesta para el Ecuador.

DE LAS FACULTADES DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA

Por regla general, la información que manejan las instituciones públicas es pública. La excepción a este principio está en el artículo 18, numeral 2, de la CRE. En Derecho de Competencia, aplica la excepción a la regla. La LORCPM en sus artículos 47 y 56.1, otorga a la SCE la facultad para calificar a la información,

obtenida en sus investigaciones, como confidencial; y, por ende, solo puede ser conocida por la SCE y quien la entregó. Lo indicado no debería generar mayor problema, por cuanto la SCE maneja información sensible de todas las empresas del Ecuador en sus investigaciones, a saber: *know how*, cantidades vendidas, costos,

¹ Comunicación relativa a las normas de acceso al expediente de la Comisión.
[https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:02005XC1222\(03\)-20150806&from=FR](https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:02005XC1222(03)-20150806&from=FR)

listas de clientes; es decir, información de carácter económico. Dicha información únicamente debería ser conocida por la SCE y la empresa que la presentó, no por su competencia. La información solicitada, en muchos casos, es confidencial, y al tener esta consideración, la SCE obligatoriamente debe declararla con este carácter y protegerla. Caso contrario, las empresas rivales de las que entregaron la información podrían acceder a la misma.

El requerir información confidencial en los diversos procesos sancionatorios que maneja la SCE es indispensable, ya que con esta se determina el mercado relevante; se conoce en profundidad la conducta desarrollada por el investigado, los efectos de dicha conducta en el mercado y, en específico, si se ha cometido o no una infracción. En este punto es menester mencionar que las empresas entregan su información confidencial en cumplimiento del mandato legal prescrito en el artículo 50 de la LORCPM. Es decir, es una obligación y no es potestativo para el requerido entregar dicha información. Incluso, si se niegan a su entrega, la SCE puede iniciar procesos sancionatorios por dicha negativa. Por tanto, las empresas, al estar compelidas a cumplir con esta obligación legal, lo mínimo que requieren de la SCE es que no revele su información confidencial en ninguna circunstancia, y menos a sus competidores.

Ahora, ¿qué peligro se presenta cuando un competidor conoce la información confidencial de otro? La respuesta parecería sencilla: se pone en riesgo al mercado. Dichos competidores, al conocer mutuamente su información confidencial, podrían coludir; la información podría ser usada para copiar productos en los cuales se invirtieron ingentes cantidades de recursos, o se podría acceder a los clientes de otras empresas. Como se puede apreciar, el mantener información confidencial como confidencial, es un deber primordial de la SCE para proteger el mercado.

Se debe recordar que la SCE sustancia procesos administrativos sancionadores, los cuales siempre tienen un investigado; sobre quien, de ser el caso, si ha violentado lo establecido en la LORCPM, recaerán sanciones. Es decir, estamos en el marco del Derecho Administrativo Sancionador, es justamente porque la SCE al ejercer dichas sanciones, que con base al artículo 76 numeral 7

literal d) de la CRE, se podría entender que el investigado debería tener acceso íntegro a todos los documentos y actuaciones del procedimiento, incluso a la información confidencial de empresas competidoras, esto para ejercer plenamente su derecho a la defensa, caso contrario, se lo podría estar vulnerando.

Esta interpretación de la normativa trae consigo tres problemas principales. El primero es que el régimen de Derecho de Competencia corra peligro, por cuanto, una de sus piedras angulares es el manejar información confidencial, la cual no puede ser conocida por otras empresas, menos por competidores de la que la proporcionó, incluso si estas son las investigadas. El segundo, que se ponga en peligro al mercado; por cuanto, la información confidencial podría ser conocida por su competencia, trayendo consigo los problemas indicados en líneas anteriores. Y, en último lugar, es que de darse una interpretación absoluta del 76 numeral 7 literal d) de la CRE, se pone en riesgo los procesos y sanciones impuestas por la SCE, por cuanto estos siempre van a ser apelables ante el Contencioso Administrativo o pueden ser materia de acciones de protección.

Es decir, la SCE se encontraría ante un problema jurídico: el proteger la información confidencial presentada corriendo el riesgo de que sus procesos y sanciones, por una aplicación absoluta del artículo 76 numeral 7 literal d), sean dados de baja por diversos jueces. O, entregar la información confidencial a los investigados, poniendo en riesgo el régimen de Derecho de Competencia y el mercado.

Los problemas expuestos, a nuestro criterio, tienen su génesis en una colisión de derechos. El derecho a mantener la información confidencial y el derecho a la defensa de los investigados, quienes arguyen que necesitan conocer toda la información y actuaciones del procedimiento para defenderse, incluso si la información es confidencial.

Dicho esto, las agencias de competencia a nivel mundial requieren vasta información económica de todos los actores de la economía nacional, situación que no es ajena a la SCE. A toda luz, el que una entidad estatal tenga la potestad legal de solicitar información

económica a distintos actores de la economía nacional, da cuenta de que la Administración Pública, a través de esta Superintendencia, tiene intervención directa en la economía.

Ahora bien, resulta menester tomar como primera referencia las instituciones más importantes del derecho administrativo sancionador, a saber: el principio de juridicidad, el de interdicción de la arbitrariedad y el de seguridad jurídica. Estas son de tal importancia que han sido tipificadas en el Código Orgánico Administrativo (en adelante, COA), en su Título Preliminar.

Con respecto al principio de juridicidad, a más de someter las actuaciones de la SCE a la CRE y demás instrumentos legales, también “es un elemento primordial que se emplea para reconocer los derechos inherentes a la persona; además para la protección, y aun para el incentivo de tales derechos” (Reyes 1998, 86). En la misma línea, se debe entender que la interdicción de la arbitrariedad prohíbe de manera general manifestaciones subjetivas de la Administración Pública; es decir, que se realicen actuaciones arbitrarias (Arguello 2017), por lo cual, para que sus actuaciones sean válidas y no

adolezcan de vicios de nulidad, deben ser motivadas y perseguir el fin para el cual se dio competencia a la Administración.

Y, finalmente, sobre la seguridad jurídica, a más de prescrito en el artículo 82 de la CRE, con respecto a la existencia de normas previas, claras, públicas y aplicadas por autoridad competente, se podría añadir que también es una garantía del Estado para proteger contra actos indebidos de la Administración Pública que puedan devenir de una inobservancia justamente de los principios indicados.

Estas instituciones se concatenan y sirven de guía, toda vez que la SCE, al ser el ente de control que sustancia los expedientes sancionatorios incoados con base a lo dispuesto en la LORCPM, tiene la potestad de dar acceso a la información que haya sido declarada como confidencial a las empresas que están siendo investigadas. Es decir, corresponde a la Administración Pública el verificar si el derecho a la defensa puede o no ser vulnerado, de no otorgarse acceso a la toda la información constante en un expediente; en concreto, la información confidencial.

DEL PROCEDIMIENTO SANCIONATORIO SUSTANCIADO POR LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA

Los procedimientos sancionatorios derivados de conductas anticompetitivas se inician por vulnerar la competencia, eficiencia económica o bienestar general. Básicamente, estamos hablando de abuso de poder de mercado, acuerdos o prácticas restrictivas a la competencia y prácticas desleales. Al ser procedimientos sancionatorios derivados de conductas anticompetitivas, la SCE, por mandato legal, tiene la obligación de determinar un mercado relevante y probar una afectación a los bienes jurídicos protegidos, ya sea esta actual o potencial. El mercado relevante, a grandes rasgos, comprende el mercado de producto o servicio, el mercado geográfico y la temporalidad sobre la que se efectúa la investigación; es decir, es el mercado sobre el que se analizará si ha existido o no una infracción. O, como lo expone Sousa Ferro:

definir un mercado relevante significa delimitar un área de confrontación entre empresas competidoras, en sentido material, geográfico y temporal. Este ámbito refleja, hasta cierto punto, las presiones competitivas a las que están sometidas dichas empresas y que pueden limitar su comportamiento en la oferta o la demanda de los productos o servicios en cuestión. (Sousa Ferro 2019, 1)

En la misma línea, en estos procedimientos, para poder comprobar una afectación a los bienes jurídicos protegidos, la SCE, con base en información, debe determinar cómo el mercado o los consumidores han sido afectados. Para ello, se pueden hacer ejercicios econométricos que indican cómo el mercado ha sido

afectado a raíz de la implementación de determinada conducta anticompetitiva y cómo el mercado se habría desenvuelto si dicha conducta no habría tenido lugar. Es decir que se lleva a cabo una confrontación económica de lo ocurrido con lo que pudo haber ocurrido de no implementarse la conducta.

Como se puede apreciar, tanto para determinar el mercado relevante como para probar la existencia o no de una afectación, la SCE debe requerir información económica a las empresas que se desenvuelven en el mercado sobre el cual se está llevando a cabo la investigación.

DEL DERECHO A LA DEFENSA EN LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONATORIOS SUSTANCIADOS POR LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA

El que la LORCPM maneje los “absolutos” expuestos, trae consigo el problema de que, en principio, no se podría entregar información confidencial a nadie, ni siquiera a las empresas que están siendo investigadas y sobre las cuales se podría imponer una sanción. Es decir, de seguirse a rajatabla estas directrices, las empresas investigadas no podrían conocer toda la información que existe en el expediente, a pesar de que esta pueda servir de pruebas de cargo o descargo.²

Ya se había indicado que entregar información confidencial a las investigadas es potestad de la SCE, justamente para paliar estas potestades discrecionales de la Administración Pública e intentar reducir su discrecionalidad. En Ecuador el derecho a la defensa tiene rango constitucional, de tal forma que es parte del debido proceso en cualquier investigación realizada por la Administración Pública, sobre todo si las investigaciones son sancionatorias. Al respecto se ha expuesto que: “Como emanación de la garantía de la

defensa [...] se reconoce [...] el principio denominado del debido proceso” (Cassagne 2002, 530-531). Es por ello que, al imponer sanciones, la SCE debe garantizar este derecho a todos los investigados en los expedientes que esté sustanciado. En caso de que no se garantice plenamente el derecho a la defensa de los investigados se debe recordar que, como lo prevé el artículo 173 de la CRE, todo acto administrativo es recurrible en sede judicial; y, de presentarse un recurso subjetivo y realizarse el debido control de legalidad, el acto administrativo podría ser declarado nulo por haberse dictado en contra de la CRE. Es decir, por no haber dado acceso al expediente íntegro, incluso en su información confidencial. Expuesto esto, se debe indicar que en los procedimientos administrativos sancionadores sustanciados por la SCE, las empresas investigadas pueden presentar documentos de descargo en cualquier etapa del procedimiento. Sin embargo, existen hitos procesales encaminados a que se presenten dichos descargos, como se expone a continuación.

Tabla 1: Etapas del procedimiento administrativo

Etapas	Órgano que sustancia	Hito procesal / descargo	Culminación
Investigación	Instructor	Explicaciones	Resolución de archivo o formulación de cargos
Formulación de cargos y evacuación de prueba	Resolutor	Excepciones	Informe final
Resolución	Resolutor	Alegatos	Resolución de archivo o sanción

Elaboración: autor.

Fuente: LORCPM.

² Si bien el COA en el artículo 252 prevé que en el acto de inicio se debe correr traslado con todo lo actuado, la LORCPM no presenta esta disposición. Tampoco ha sido el marco de actuación de la SCE, ya que esta no corre traslado con todo lo actuado por cuanto contiene información confidencial.

El poder presentar descargos durante la sustanciación del procedimiento es concordante con los principios básicos del derecho administrativo, puesto que ese elemento es una de las garantías de defensa: “Dicha garantía comprende varios aspectos: 1º) Derecho a ser oído, lo que a su vez presupone: a) Un leal conocimiento de las actuaciones administrativas” (Gordillo 1964, 11).

Si bien se puede presentar argumentos durante toda la sustanciación del procedimiento administrativo, se debe tener en consideración que los hitos procesales indicados son especialmente importantes, toda vez

que los mismos son los momentos procesales oportunos que prevé la propia normativa para ejercer el derecho a la defensa. En ese orden de ideas, el escrito de explicaciones es la respuesta formal del administrado a la resolución de inicio de una investigación. Por su parte, en el escrito de excepciones se presentan los argumentos de defensa que se consideren oportunos a una resolución de formulación de cargos, y en el escrito de alegatos se contradice lo indicado en el informe final. Sobre una resolución de sanción cabe: o una apelación ante el Superintendente de Competencia Económica o un recurso subjetivo o una acción de protección.

DEL DERECHO A LA CONFIDENCIALIDAD DE LA INFORMACIÓN EN LOS PROCEDIMIENTOS SANCIONATORIOS

Una vez que la SCE requiere a diversas empresas su información confidencial, quienes la proporcionan pueden solicitar que la misma sea declarada como confidencial. Ahora bien, la redacción empleada en la LORCPM no deja espacio para matices: la información confidencial únicamente puede ser conocida por la SCE, mas no por otras empresas que sean parte del proceso de investigación, incluso si es la empresa a la que se quiere sancionar. De hecho, en el artículo 47 de la LORCPM se advierte a los funcionarios que pretendan entregar información confidencial sobre la existencia de responsabilidad incluso penal. Si bien dicho artículo es una infracción administrativa, no prevé una sanción dentro de la LORCPM; por lo cual, deriva explícitamente a la legislación penal³ o civil, en materia de daños.

Al existir, aunque sea de manera mínima, la posibilidad de que se sancione con prisión o de una forma pecuniaria a los funcionarios de la SCE que entreguen información confidencial, se entiende por qué ha existido tanto cuidado al manejar este tipo de información. De un análisis exhaustivo se tiene conocimiento que la única vez en la que se habría entregado información confidencial fue luego de una orden de juez, como se desprende de la Acción de Protección 09292-2022-00977, que se analiza posteriormente. Y, justamente, es la única causal “válida” que prevé el artículo 47 de la LORCPM para que dicha información sea entregada; lo que tiene como resultado que todos los casos que han sido sancionados tienen un contingente de haberse interpuesto un recurso subjetivo o acción de protección.

DE LA CLASIFICACIÓN DE INFORMACIÓN COMO CONFIDENCIAL EN LA SUSTANCIACIÓN DE EXPEDIENTES ADMINISTRATIVOS SANCIONADORES POR PARTE DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA

Como se ha indicado, clasificar información como confidencial es la excepción a la regla, y esta facultad

únicamente puede estar tipificada en una ley, como ocurre en los artículos 47 y 56.1 de la LORCPM. Dicha

³ Se entiende que este delito sería el tipificado en el artículo 180 numeral 2 del Código Orgánico Integral Penal.

declaratoria puede suceder en cualquier etapa del procedimiento. Sin embargo, necesariamente se debe dar durante su sustanciación. A nuestro criterio, esto significa que, de sancionarse a una empresa o archivar un expediente, una vez que la sustanciación ha terminado, no se podría declarar información como confidencial.

En ese orden de ideas, la declaratoria de confidencialidad únicamente puede darse a petición de parte o de oficio. Con respecto a la primera forma, se da cuando la empresa a la que se le ha requerido información presenta su respuesta a la SCE y requiere formalmente que la información presentada sea declarada como confidencial. En cuanto a la segunda forma: si una empresa entrega información a la SCE y no ha requerido que sea declarada como confidencial, la autoridad, en aplicación al artículo 47 de la LORCPM, por su deber de reserva y confidencialidad, está obligada a declararla con este carácter. En ambos casos, es necesario analizar si la información pudiera ser considerada confidencial. Al declarar información como confidencial, la SCE debe motivar el porqué está actuando de esta manera. En importante mencionar que este análisis se debe hacer caso por caso, por cuanto, dependiendo del contexto y la información que sea presentada, la misma puede o no ser considerada como confidencial.

El efecto jurídico de que la SCE declare como confidencial cierta información es que únicamente puede ser conocida por la SCE o la empresa titular de la información. Entregar esta información a empresas que no son sus titulares o divulgarla sin una orden judicial puede derivar en una infracción, como prevé el artículo 47 de la LORCPM.

Justamente, y por el efecto jurídico de la declaratoria de confidencialidad, se produce la colisión de derechos analizada. Se debe entender que un procedimiento administrativo sancionador puede estar conformado por varios investigados y, asimismo, se puede requerir información a cualquier empresa que funcione en el mercado, independientemente de si es investigada o no. Es decir, una empresa que está siendo investigada, en una investigación de varias partes, puede presentar información confidencial, la cual no puede ser conocida por el resto de investigadas; incluso si, como se ha indicado, el resto también son investigadas. O, por el otro lado, una empresa que es investigada presenta información confidencial, en un expediente donde otra empresa sí está siendo investigada, la investigada no podría conocer dicha información, toda vez que la misma es confidencial, generándose el problema indicado.

ACERCA DE LA TENSIÓN ENTRE EL DERECHO A LA CONFIDENCIALIDAD Y EL DERECHO A LA DEFENSA EN LAS INVESTIGACIONES DE LA SUPERINTENDENCIA DE COMPETENCIA ECONÓMICA: EXPERIENCIA PRÁCTICA

Como se indicó la CRE en su artículo 76 numeral 7 literal d), por un lado, prevé el derecho a la defensa, en específico el acceso a todo documento y actuación de un procedimiento. Y, por el otro, en su artículo 18 numeral 2 el derecho de reserva de la información -información confidencial-, la cual debe estar prescrita en una ley, como sucede con la LORCPM en sus artículos 47 y 56.1.

Ante este escenario, es factible que un investigado arguya que en ejercicio de su derecho a la defensa debe tener copias o acceso a todos los documentos de la investigación, incluso la información confidencial. Lo

expuesto no es un supuesto; en el Ecuador, al momento, existe un único caso práctico, el cual es una clara muestra de los riesgos que se tiene al momento de entregar información confidencial. Lo indicado se dio en la Acción de Protección 09292-2022-00977, conocida por la Unidad Judicial Penal Sur, con competencia en delitos flagrantes, con sede en el cantón Guayaquil:

declaro con lugar la presente Acción de Protección [...] ante la vulneración de varios de sus derechos constitucionales entre los cuales se encuentran: a la garantía de acceso a los documentos que forman parte del expediente [...] por lo que, de

conformidad a lo establecido en el Art. 18 de la LOGJCC, [...] la SCPM [actual SCE] de manera inmediata [...] cumpla con notificar [...] con una versión íntegra [...] y le conceda acceso inmediato a todos los anexos, información que sirvieron como sustento [...] acceso que deberá concederse de manera íntegra y completa. (Sentencia 09292-2022-00977)

A efectos prácticos, la aceptación de la Acción de Protección representó dos situaciones gravosas: que la SCE pierda el procedimiento SCPM-CRPI-2016-017 y que la SCE, por disposición judicial, entregue la totalidad de la información confidencial de todos los competidores de un mercado relevante a una empresa competidora. Al ser las acciones de protección de aplicación inmediata, se cumplió con lo dispuesto. Sin embargo, la acción fue apelada y, en la resolución de la apelación, la Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Guayas falló:

CON RELACIÓN A [...] LA VULNERACIÓN DEL DERECHO A LA DEFENSA [...] pues, si bien es cierto, la Ley Suprema en su Art. 76, numeral 7, letras d) y h) refiere que las partes podrán acceder a todos los documentos y actuaciones del procedimiento [...] no es menos cierto, que la SPCM, está plenamente facultada (por la normativa vigente, Art. 47 de Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado) para declarar la confidencialidad de determinados datos que coloque dentro de sus informes [...] Este Tribunal de Apelaciones, es consciente de que conforme al derecho positivo nacional e internacional, la regla es que existe la publicidad como garantía del debido proceso [...] y que por excepción, existe la posibilidad de restringir la publicidad de la información [...] este Tribunal de Alzada, considera que [...] no vulneró el derecho a la defensa [...] pues [...] no negó arbitrariamente el acceso a la documentación, en la forma alegada por el accionante, por cuanto [...] se trataba de información con carácter de confidencial y de otras empresas. (Sentencia 09292-2022-00977)

Lo más relevante de la apelación a la Acción de Protección es el análisis de principios que el tribunal realiza, con el que queda claro que ningún derecho es absoluto. El tribunal estipula que, si bien existe un derecho a la defensa mediante el cual se debería tener acceso a toda información, no es menos cierto que, por excepción, existe cierta información que tiene carácter confidencial y que debe ser protegida, so perjuicio de afectaciones al mercado.

En este caso, la SCE protegió la información confidencial al no entregar información de competidores y del mercado en el que se desenvuelve la empresa que presentó la acción de protección. Se debe tener en cuenta que este es el único caso en Ecuador en el que se haya tratado el tema. Finalmente, es importante indicar que al fallo del tribunal se presentó una Acción Extraordinaria de Protección, que, por el criterio de novedad, no fue admitida por el despacho del juez Lozada (la acción signada está signada con número 1582-23-EP). El conflicto jurídico que se está analizando puede traer problemas serios, como que la SCE pierda casos y por ende exista un desperdicio de recursos del Estado, o que se revele información confidencial y se ponga en riesgo el mercado.

Para que no existan posibles vulneraciones de derechos a los administrados que deriven en acciones de protección o recursos subjetivos, la SCE, como parte de la administración pública, puede apoyarse en la aplicación de los principios básicos del Derecho Administrativo. Por ejemplo, de utilizarse el principio de juridicidad, la SCE, con base a lo que prevé el artículo 76 numeral 7 literal d) de la CRE, debería encontrar la manera de que un investigado puede utilizar toda la información del expediente para su defensa. O, de entender que, gracias a la aplicación de la interdicción de la arbitrariedad, la SCE no podría conculcar derechos básicos como es el de la defensa, tomando como argumento que se trate de información confidencial. De aplicarse estos principios, se estaría en concordancia con el de juridicidad, ya que se actuaría conforme prevé la normativa indicada; y, fruto de lo cual, se reforzaría la seguridad jurídica ya que los administrados sabrían a qué atenerse al momento de que se inicia una investigación en su contra.

DE LA APROXIMACIÓN EUROPEA A LA TENSION ENTRE ESTOS DERECHOS

Ya que en Ecuador es un tema novísimo, y para tener un sistema jurídico de referencia, analizamos ahora cómo se ha manejado este conflicto en jurisdicciones que llevan no menos de 60 años desarrollando el derecho de competencia: Unión Europea, España, Perú y Paraguay.

En un inicio, el TJUE de la UE consideró que los investigados no debían tener un acceso íntegro a todos los documentos de una investigación. Estos solo podían conocer la información inculpatória a ser determinada por la propia comisión. Con el pasar de los años, esta situación fue tomando un nuevo rumbo: los principios que habían sido establecidos por el TJUE fueron modificados a raíz de la Sentencia *Hércules*⁴. La sentencia del Tribunal General impuso a la Comisión la obligación de que los investigados a más de conocer los documentos inculpatórios también conozcan los exculpatórios. Con posterioridad, el TJUE admitiría este derecho sobre la base de su entendimiento de lo que es el derecho de defensa. Este mismo punto es abordado de manera didáctica por la doctrina:

En el asunto T-30/91⁵ [...] el Tribunal General consideró que, cuando deban realizarse valoraciones económicas difíciles y complejas, la Comisión debe dar a los asesores de la empresa en cuestión la oportunidad de examinar los documentos que puedan ser pertinentes para que su valor probatorio para la defensa se puede evaluar. (Ezrachi 2016, 555)

El avance histórico indicado, mediante el cual la Comisión, a través de las diversas sentencias del TJUE y del Tribunal General se decantó por dar acceso a la información confidencial para que los investigados

puedan ejercer su derecho a la defensa, es un ejemplo aplicable en Ecuador, sin tener que esperar años, como ocurrió en la UE, para avanzar en el tema. Así, la doctrina ha expuesto: “El acceso al expediente [...] en el que se basa [la formulación de cargos] es un elemento importante del derecho de las partes a conocer el caso en su contra.” (Jones, Sufrin y Dunne 2019 933).

Dicho avance hizo entender a todos los involucrados que el problema no radicaba en que se deje o no conocer la información confidencial, sino que existen matices para poder acceder a la misma. Por ejemplo, uno de los matices para entregar información confidencial es saber con exactitud quién puede conocerla. En este punto, en la UE “El Tribunal de Justicia ha declarado que un tercero no es un interesado [...] lo que significa que no tiene derecho de acceso al expediente” (Wish y Bailey 2012, 257), dejando muy en claro que únicamente pueden conocerla quienes están siendo investigados; en nuestra legislación este matiz podría ser adoptado, tomando en cuenta lo señalado por la Corte Constitucional del Ecuador en la Sentencia No. 48-14-IN/21⁶.

Ahora bien, analizando legislaciones nacionales, como la española, se tiene que la Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia hace más de 25 años ha expedido una guía para el manejo de información confidencial, de la cual en sus secciones 2 y 4 se desprende que, de incoarse un expediente administrativo sancionador, la parte incoada para poder ejercer su derecho a la defensa tiene el derecho de acceder a todo el expediente, exponiendo que dicha información no es pública y que solo la investigada puede tener dicho acceso⁷, como se ha venido argumentando en la presente.

4 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia C-51/92 P. Asunto C-51/92 P, 8 de julio de 1999. <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/ES/TXT/PDF/?uri=CELEX:61992CJ0051>

5 Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia T-30/91 P. Asunto T-30/91, 29 de junio de 1995. https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/PDF/?uri=CELEX:61991TJ0030_SUM&from=EN

6 En procedimientos administrativos sancionadores el denunciante no es parte del procedimiento, ya que en su contra no recaerá el acto administrativo sancionatorio, por lo que no puede rebatir pruebas.

7 Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la ley 15/2007, de 04 de junio de 2020. https://www.cnmc.es/sites/default/files/editor_contenidos/Competencia/Normativas_guias/20200604_Gu%C3%ADa_Confidencialidad_CNMC.pdf

Algo similar ocurre en jurisdicciones latinoamericanas. Tenemos un ejemplo claro en la agencia peruana: Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. En 2008, este instituto público expidió la directiva núm. 001-2008/TRI-INDECOPI, sobre confidencialidad de la información en los procedimientos seguidos por los órganos funcionales del INDECOPI. En su acápite 4 se prevé que:

Excepcionalmente [...] para garantizar el derecho de defensa, el órgano resolutorio puede determinar que el levantamiento de la confidencialidad resulta imprescindible para continuar con la tramitación del procedimiento [...].
[...] Para efectos de evaluar la conveniencia de levantar la confidencialidad de la información, los órganos resolutorios tendrán en cuenta los principios de ponderación y razonabilidad. (Directiva núm. 001-2008/TRI-INDECOPI)

Como se puede apreciar, en Perú, para poder ejercer el derecho a la defensa, se debería conocer toda la información, incluso la confidencial. Ahora bien, lo que se puede destacar de esta Directiva es el hecho de que se otorga al órgano administrativo la posibilidad de ponderar si se requiere o no dicha información.

Ahora bien, dentro de otros países de Latinoamérica podemos observar que, al igual que en Ecuador, aún no existe claridad absoluta de cómo se debería manejar la información confidencial, prueba de ello es el Paraguay, el cual, a través de su agencia La Comisión Nacional de la Competencia el 21 de junio de 2021 expidió la Resolución D/AD núm. 51 correspondiente al “Instructivo y el Reglamento de Procedimientos para la Declaración de Confidencialidad de los Documentos Presentados ante la Comisión Nacional de la Competencia”⁸. De un análisis exhaustivo de la normativa en referencia se desprende que el Paraguay, al momento, no prevé la posibilidad de desclasificación de la información confidencial, o que la misma deba ser conocida por las partes que están siendo investigadas, para que puedan ejercer debidamente su derecho a la defensa; es decir, y como se indicó previamente,

nos encontramos ante una situación similar a la de nuestro país.

En ese orden de ideas, consideramos que, apalancándonos en lo establecido en la UE, España y Perú, y utilizando el fallo de la Corte Constitucional que zanjó cuáles son las partes en los procedimientos administrativos sancionadores, se podría exponer que la información confidencial de los expedientes que maneja la SCE únicamente debe ser conocida por las empresas investigadas, que recibirían los efectos adversos de los actos administrativos que se expidan.

Otra dimensión importante de la regulación del acceso a información confidencial es lo que se puede hacer con ella una vez que se la ha conocido. A nuestro criterio, los investigados tienen el derecho de acceder a los documentos; empero, están obligados a usar dicha información únicamente para el ejercicio de su derecho a la defensa. Es decir, una vez que se ha conocido la información, no puede ser usada para obtener ventajas competitivas sobre rivales. Esta debe ser usada exclusivamente en el proceso administrativo que se está llevando a cabo en contra del investigado.

Así, el debate principal sobre confidencialidad o defensa, al parecer, habría sido zanjado, siendo importante mencionar que los investigados deben conocer toda la información que comprende el expediente, incluso si la misma es confidencial. Los indicados podrían ser los primeros pasos a seguir para establecer matices de aplicación a ser utilizados en Ecuador, tomando en cuenta las particularidades de nuestra normativa.

Análisis de la colisión de derechos en Ecuador

Uno de los temas más relevantes en esta discusión radica en la siguiente pregunta: ¿desde cuándo un investigado puede conocer la información confidencial para ejercer su derecho a la defensa? En los procesos que maneja la SCE en Ecuador existen, a grandes rasgos, las etapas de i) investigación; ii) formulación de cargos; y, iii) resolución (tabla 1). Durante la investigación, el órgano instructor está formando su voluntad administrativa para determinar si ha existido o no una

⁸ <https://conacom.gov.py/normativa/>

infracción. Por ello, esta etapa puede culminar con un archivo de la investigación, si no existen elementos para determinar una infracción, o concluir con una formulación de cargos porque sí se encontraron elementos que permiten presumir una infracción.

La formulación de cargos en la LORCPM, en comparación con el COA, puede ser asimilada al inicio del procedimiento sancionador, cuando la administración pública conforme lo prevé su artículo 252, pone en conocimiento del administrado el acto de inicio para que este ejerza su derecho a la defensa y posteriormente se abra prueba. Lo indicado es justamente lo que ocurre en la LORCPM cuando la SCE formula cargos. El órgano instructor pone en conocimiento de la investigada, la formulación realizada, para que presente sus descargos y con estos se apertura el término de prueba, como ocurre en los artículos 252, 255 y 256 del COA.

En el supuesto de que la SCE formule cargos contra un investigado, estamos ante un escenario en el que se ha acabado la investigación, se ha formado la voluntad administrativa del órgano instructor y la SCE puede imponer una sanción; para lo cual, va a evacuar prueba y elevar el expediente al órgano resolutor, que, a su vez, debe resolver, probablemente, con una sanción. Es únicamente en este escenario en el que el investigado debería tener conocimiento de toda la información contenida en la investigación, para poder defenderse a cabalidad. Es decir, de formularse cargos, tener conocimiento de la información es vital para poder ejercer el derecho a la defensa, como ha expuesto la doctrina: “El acceso al expediente es, pues, una de las garantías procesales destinadas a proteger los derechos de la defensa y a asegurar, en particular, que el derecho a ser oído pueda ejercerse efectivamente” (Barents 2017, 987).

Por tanto, otro matiz a tener en cuenta es que los investigados únicamente deberían conocer la información confidencial en el supuesto de que la SCE formule cargos en su contra. Si la investigación no prosperó y se determinó su archivo, los investigados no van a sufrir sanciones. En este supuesto, no se debería dar a conocer información confidencial, ya que no van a sufrir una sanción.

Del cómo se debería proceder en Ecuador

Una vez que se han expuesto los matices más importantes con respecto a cuándo se debería conocer la información confidencial, dicho conocimiento se puede dar de dos formas distintas: mediante copias de todo el expediente o mediante acceso al expediente de manera íntegra. Consideramos que lo más prudente es dar únicamente acceso al expediente. No se puede entregar copias de información confidencial, ya que estarían en manos de las empresas de forma indefinida y podría ser usada luego de la finalización del expediente, que exista o no sanción.

Es menester dejar claro que, cuando se habla de acceso, se trata solamente de eso: un simple acceso que permita la revisión de la documentación que consta en el expediente. También es importante indicar que la Corte Constitucional ya se pronunció sobre la licitud de acceder a expedientes como parte del derecho a la defensa:

56. La garantía de contar con el tiempo y los medios adecuados para la preparación de la defensa [...]. Esto incluye, [...] el acceso al expediente así como a todas las piezas procesales que permitan el diseño de una estrategia de defensa y posibiliten el ejercicio del derecho de contradicción. (Sentencia No. 3068-18-EP/21)

Como se aprecia, otorgar acceso al expediente es válido para que las empresas a las que se ha formulado cargos puedan conocer en profundidad la información del expediente y puedan presentar sus argumentos de descargo. Se hace énfasis en la licitud del acceso a un expediente como mecanismo de defensa, ya que no se debe entregar copias de la información confidencial y al dar acceso no se está vulnerando el derecho a la defensa.

En ese orden de ideas, también nos parece importante determinar cómo se debería dar el acceso al expediente con información confidencial. La SCE podría elaborar un protocolo de acceso a la información confidencial que funcione como se explica a continuación. Como primer paso, se debería firmar una acta de descargo, mediante la cual la empresa investigada se

comprometa a hacer uso de la información confidencial a la que va a acceder, únicamente para preparar su defensa en este expediente específico, y no con otros fines. En dicha acta se debería incluir que en caso de incumplimiento se incurriría en la infracción establecida en el artículo 47 de la LORCPM, con todas las sanciones correspondientes y que han sido abordadas previamente. Para poder cerciorarse de que no existan incumplimientos, la SCE debería poder monitorear de manera permanente y hasta por cuatro años⁹, que dicha información no haya sido utilizada para otros fines. Este monitoreo se lo realizaría a través del requerimiento de información a la empresa que tuvo acceso a dicha información, sin perjuicio de que las empresas que entregaron la información confidencial indiquen a la SCE que la misma habría sido utilizada por su competencia.

Firmada dicha acta, la empresa investigada podría asistir a la SCE para revisar y tomar notas del expediente administrativo, cuantas veces y por el tiempo que considere necesario. Este ejercicio debería realizarse, de ser el caso, hasta la terminación del expediente, puesto que, desde la formulación de cargos hasta la resolución final, se debe ejercer el derecho a la defensa de manera activa, y para ello, se necesita acceder a la información

confidencial las veces que considere necesario la parte investigada.

Ahora bien, a nuestro criterio, no se requiere una reforma legislativa que matice el tema. El artículo 56.1, de la LORCPM es claro al prever en su segundo párrafo que: “La Superintendencia de Competencia Económica desarrollará la normativa necesaria para el tratamiento y acceso de la información confidencial suministrada por los operadores económicos” (LORCPM, artículo 56.1).

El protocolo expuesto podría ser expedido por la SCE tomando como hoja de ruta la experiencia internacional, la cual ha logrado conciliar el derecho a la defensa con el derecho a la confidencialidad de la información. Dicha conciliación se dio estipulando que no todo derecho es absoluto y estableciendo lo que se entiende por acceso a la información confidencial, quiénes pueden acceder a ella, en qué etapas del procedimiento se debe acceder a ella, y cómo se puede acceder a la misma. Esta discusión sin duda sigue vigente. Pero, al menos, de tomarse en cuenta la experiencia internacional, nuestra legislación podría ahorrarse años en establecer matices y parámetros que ya son utilizados en otras jurisdicciones.

CONCLUSIONES

Se ha analizado el conflicto jurídico existente en Derecho de Competencia, derivado del cómo se aplica el derecho a la defensa y el derecho a la confidencialidad de la información en los procedimientos sustanciados por la SCE. Tomando en cuenta que en Derecho de Competencia el estado del arte en Ecuador es casi nulo, pues no existen precedentes claros por parte de la SCE, y únicamente hay un caso que se puede aplicar y analizar sobre la discusión en cuestión; se ha logrado determinar que lo más importante radica en la identificación de los puntos críticos en la aplicación de estos dos derechos dentro de los procedimientos que se sustancian.

La SCE debe tomar en cuenta que la empresa que está siendo investigada, y sobre la cual recaerá el acto administrativo sancionador, debe conocer la información confidencial. De esa manera ha procedido la Unión Europea, España, e incluso países latinoamericanos, como Perú. Pero se debe indicar que existen legislaciones que, al igual que Ecuador, tendrían escaso desarrollo, como la paraguaya.

Para poder respetar el derecho a la defensa y alinearse con la práctica mundial, hemos establecido parámetros y un protocolo para que una empresa investigada pueda ejercer su derecho a la defensa,

⁹ Tiempo prudencial en que la información confidencial podría tener un valor económico, asimismo, conforme el artículo 70 de la LORCPM, pasados los cuatro años cualquier infracción administrativa prevista en la LORCPM prescribe.

incluso conociendo información confidencial. Este acceso no es absoluto y debe ser modulado otorgando únicamente acceso, y no copias; llenando descargos de responsabilidad que indiquen que la información va a ser utilizada únicamente para ejercer el derecho a la defensa, y no con fines comerciales; y, sobre todo, que

el investigado solo puede acceder a dicha información cuando se han formulado cargos, y no en otra etapa del procedimiento. De esta manera, la SCE otorgaría garantías mínimas al derecho de defensa en Derecho de Competencia en Ecuador.

BIBLIOGRAFÍA

- Argüello, Luis. 2017. "El principio constitucional de interdicción de la arbitrariedad". *Revista Pensamiento Actual*, Vol. 17: 116-131.
- Barents, René. 2017. *Directory of EU Case Law on Competition*. Londres: Wolters Kluwer Law International.
- Beneyto, José y Jerónimo Maillo. 2017. *Tratado de Derecho de la Competencia, Unión Europea y España Tomo*. Barcelona: Wolters Kluwer España.
- Cassagne, Juan. 2002. *Derecho Administrativo TOMO II*. Buenos Aires: Lexis Nexis.
- Ezrachi, Ariel. 2016. *EU Competition Law, an Analytical Guide to the Leading Cases*. Oxford: Bloomsbury Publishing.
- García de Enterría, Eduardo. 1962. "La Lucha Contra las Inmunidades del Poder en el Derecho Administrativo (Poderes Discrecionales, Poderes de Gobierno, Poderes Normativos)". *Revista de Administración Pública* ISSN 0034-7639: 159-208.
- Gordillo, Agustín. 1964. *Principios Fundamentales del Procedimiento Administrativo*. Montevideo: Revista de Derecho, Jurisprudencia y Administración.
- Gordillo, Agustín. 2016. *Tratado de Derecho Administrativo y obras selectas Tomo 4, El procedimiento administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Jones, Alison; Brenda Sufrin y Niamh Dunne. 2019. *EU Competition Law: Text, Cases, and Materials*. Oxford: Oxford University Press.
- Lozada, Alí. 2011. *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional: Aspectos Generales*. Quito: Corte Constitucional para el Período de Transición.
- O' Donoghue, Robert y Jorge Padilla. 2020. *The Law and Economics of Article 102 TFEU*. Oxford: Bloomsbury Publishing.
- Reyes, Jorge. 1998. "El principio de juridicidad y la modernidad". *Revista Chilena de Derecho Número Especial*: 85-102.
- Sousa, Miguel. 2019. *Market Definition EU Competition Law* (1.ª edición). Cheltenham: Edward Elgar Publishing Limited.
- Whish, Richard y David Bailey. 2012. *Competition Law*. Oxford: Oxford University Press.
- Normativa**
- Código Orgánico Administrativo. Ecuador: Registro Oficial, Suplemento 31, 07-VII-2017.
- Constitución de la República del Ecuador. Ecuador: Registro Oficial 449, 20-X-2008.
- Comisión Nacional de la Competencia. Resolución D/AD Núm. 51. Instructivo y el Reglamento de Procedimientos para la Declaración de Confidencialidad de los Documentos Presentados ante la Comisión Nacional de la Competencia, 25 de junio de 2021.
- Comisión Nacional de los Mercados y la Competencia. Guía sobre el tratamiento de la información confidencial y los datos personales en procedimientos de defensa de la competencia de la ley 15/2007, 4 de junio de 2020.
- Comunicación de la Comisión relativa a la definición de mercado de referencia a efectos de la normativa comunitaria en materia de competencia. Unión Europea: C 372/6, 09-XII-1997.

Instituto Nacional de Defensa de la Competencia y de la Protección de la Propiedad Intelectual. Directiva Núm. 001-2008/TRI-INDECOPI, 15 de febrero de 2008.

Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Ecuador: Registro Oficial, Suplemento 555, 13-X-2011.

Sala Especializada de lo Penal, Penal Militar, Penal Policial y Tránsito de la Corte Provincial de Justicia de Guayas. Sentencia de Apelación Acción de Protección 09292-2022-00977, 20 de abril de 2023.

Jurisprudencia

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 48-14-IN/21, jueza ponente Karla Andrade Quevedo, 5 de mayo de 2021.

Corte Constitucional del Ecuador. Auto de Inadmisión de Acción Extraordinaria de Protección No. 1582-23-EP, 29 de septiembre de 2023.

Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 3068-18-EP/21, jueza ponente Daniela Salazar Marín, 9 de junio de 2021.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia T-30/91 P. Asunto T-30/91, 29 de junio de 1995.

Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Sentencia C-51/92 P. Asunto C-51/92 P, 8 de julio de 1999.

Unidad Judicial Penal Sur, con competencia en delitos flagrantes, con sede en el cantón Guayaquil, Provincia de Guayas. Sentencia Acción de Protección 09292-2022-00977, 21 de julio de 2022.

ADMINISTRATIVE LAW AND ECONOMIC ANALYSIS OF LAW
A Neo-institutional Perspective for Colombia

DERECHO ADMINISTRATIVO Y ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO
Una perspectiva neo-institucional para Colombia

DIREITO ADMINISTRATIVO E ANÁLISE ECONÔMICA DO DIREITO:
Uma perspectiva neoinstitucional para a Colômbia

María Alexandra Ortiz Cabrera* y Mónica Sofía Safar Díaz**

Recibido: 25/I/2025

Aceptado: 6/VI/2025

Abstract

This article examines the justification and contemporary significance of Administrative Law in reaffirming its instrumental role in the construction of a Social and Democratic Rule of Law. Additionally, the paper seeks to explore the role of applied economics—specifically, Economic Analysis of Law—and its methodological foundations. It offers a concise review of the origins and schools of thought within this discipline, with particular emphasis on neo-institutionalism as a framework to align administrative practices and legal institutions towards the optimal utilization of available resources. The analysis also considers how this approach can facilitate the transformation of institutional mechanisms to enhance efficiency. The methodology employed is primarily based on bibliographic review and analysis of relevant literature.

Keywords: Social and democratic Rule of Law; Administration; Legal institutions; Efficiency; Neo-institutionalism

Resumen

Este artículo examina la justificación y la importancia actual del Derecho Administrativo para reafirmar su valor instrumental en la construcción de un Estado Social y Democrático de Derecho. Asimismo, el trabajo busca comprender el papel de la economía aplicada –en particular, el Análisis Económico del Derecho– y su metodología, realizando una breve revisión de sus orígenes y escuelas de pensamiento. Se presta especial atención a la perspectiva del neo-institucionalismo como marco de referencia para acercar la administración y sus instituciones jurídicas al uso óptimo de los recursos disponibles, promoviendo la transformación de sus mecanismos de acción en términos de eficiencia. La metodología se centra en la revisión bibliográfica y el análisis del tema.

Palabras clave: Estado social y democrático de Derecho; Administración; Instituciones jurídicas; Eficiencia; Neo-institucionalismo

* Lawyer and holder of a master's degree in administrative law from the Universidad Externado de Colombia. Currently pursuing a doctoral degree in Law at the same institution. Additionally, in possession of a Graduate Diploma in Economic Analysis of Law and Consumer Law. Presently, serving as a research professor in the Department of Law, Communications, and Information Technologies at Universidad Externado de Colombia. Member of the Board of Directors of the Latin American and Caribbean Association of Law and Economics (ALACDE). Email: maria.ortiz@uexternado.edu.co. ORCID <https://orcid.org/0000-0002-2591-0479>

** Lawyer and specialist in Administrative Law from Universidad Externado de Colombia. Holds a Master of Arts in Law, Economics, and Public Policy from the José Ortega y Gasset University Research Institute and the Universidad Complutense de Madrid. Additionally, possesses a master's degree in Economic Analysis of Law from the Universidad Complutense de Madrid, as well as a Postgraduate Certificate in International Public Procurement Law and Policy from the University of Nottingham. Currently serving as a research professor in the Department of Administrative Law at Universidad Externado de Colombia. His research interests include Administrative Law, State Contracting, and Economic Analysis of Law. He is also a member of the Board of Directors of the Latin American and Caribbean Association of Law and Economics (ALACDE). Email: monica.safar@uexternado.edu.co. ORCID <https://orcid.org/0000-0003-2287-3606>

Suggested citation format: Ortiz Cabrera, María Alexandra y Mónica Sofía Safar Díaz. 2025. "Administrative Law and Economic Analysis of Law. A Neo-institutional Perspective for Colombia". *Revista de Estudios jurídicos Cálamo*, núm. 23: 97-111. DOI: <https://doi.org/10.61243/calamo.23.459>

Resumo

Este artigo analisa a fundamentação e a relevância atual do Direito Administrativo para reafirmar seu valor instrumental na construção de um Estado Social e Democrático de Direito. Além disso, busca compreender o papel da economia aplicada –em especial, a Análise Econômica do Direito– e sua metodologia, por meio de uma breve revisão de suas origens e escolas de pensamento. Dá ênfase à perspectiva do neo-institucionalismo como marco de referência para

aproximar a administração e suas instituições jurídicas do uso eficiente dos recursos disponíveis, promovendo a transformação de seus mecanismos de atuação em termos de eficiência. A metodologia adotada é baseada na revisão bibliográfica e na análise do tema.

Palavras-chave: Estado social e democrático de Direito; Administração; Instituições jurídicas; Eficiência; Neo-institucionalismo

INTRODUCTION

We have heard for years that Administrative Law is in crisis, that the phenomenon of flight towards private law is imminent, and that it is increasingly evident that the State must be considered as a common subject, without privileges or differences concerning individuals, as well as that its intervention in the market implies its entire submission to the rules equal for all. It has been said that, perhaps, one of the points of the greatest crisis lies in the fact that administrative law is subordinated to the economy and the market, which substantially distances it from the bases that have justified its existence, that is, the need for a body of rules on organization, substance, and procedure that regulates and limits the power of the public administration in the framework of its relations with private parties.

Therefore, the fundamental premise of the crisis is that the Administrative Law that we know in theory often differs substantially from what is understood and applied in practice in that daily and continuous interaction between the Administration and those who are administered, without being clear about the reason for this reality, and this is particularly important concerning what may happen with other branches of law because the legitimacy of the State and its institutionality, which are the very basis of its existence, are at stake and, in fact, at risk (Balbín 2020).

This problem, in reality, seems to derive from the excessive normativity (regulation) and the ignorance of this, precisely because of its extension and complexity, which has led to an imposition of custom based on

biased interpretations, mainly by bodies controlling the administrative activity, rather than by judges, which has resulted in discredit of the legal regime, and with it the creation of a subsystem that is incompatible with the established legal system, that is, an irregular compliance based on forced interpretations. This situation, of course, generates a favorable scenario for the delegitimization of the discretionary power of the Public Administration by taking it into the realm of arbitrariness, given the reality that, many times, everyone gives their interpretation of the way of applying the rules and their interaction in the use of the prerogatives of public power, leading to inequality in their compliance, which in turn results in loss of reputation and credibility of the institutions.

So, it is undeniable that Administrative Law is currently immersed in a changing economic context, in economic dynamics that directly or indirectly affect its operation. In that case, this motivates us to take a step towards its transformation by reviewing economic elements that help enrich our legal structure. Therefore, this paper will address the current justification of Administrative Law, identifying the points of crisis and the importance of reaffirming its specialty in the Social and Democratic Rule of Law, noting the role of the economy in the complete understanding of the existing phenomenon.

It will then address the essential aspects that make up the methodology of the Economic Analysis of Law, going through a brief review of its origins and schools, to focus, especially, on the aspects of the perspective of new institutionalism as a starting point to bring the

administration and its legal institutions closer to the best use of available resources and the transformation of its mechanisms of action in terms of efficiency, to, based on this, talk about the Economic Analysis of Administrative Law, and the special importance of the neo-institutional school for this branch. We will also address the dynamics of the public administration in Colombia, where progress

has been made towards the inclusion of elements that allow a better and more efficient provision of the service to address the deficiencies in the management of the administration itself and solve the needs of the citizens to strengthen trust and the exercise of the administrative function in our territory to, finally, end with some conclusions in this regard.

ADMINISTRATIVE LAW AND IUS-ECONOMIC PERFORMANCE

Without pretending to make a new recapitulation of the origin and evolution of Administrative Law, since there is more than enough doctrine on this subject (Garrido Falla et al. 2005, Rebollo and Vera 2023), it is important to remember that this branch of law arises as a response to the conception of the State as a legal person subject to legality and liability, to establish rules in the exercise of power by the Public Administration, through the administrative function, from the legislative and regulatory framework, and on its control by judicial mechanisms. Administrative Law has always been justified by balancing state power with the rights of individuals, especially in contractual, property, and liability matters (Santofimio 2023).

Indeed, the Administrative Law, at its base, had as its object to gather in the concept of administrative function all the activities that mainly fall on the Executive Branch, based on the traditional division of powers, but that, with the same evolution of the State model, have transcended to the legislative and judicial, and even to the individuals themselves, especially regarding the exercise of prerogatives of public power, characterized by the compulsive and compulsory executive vocation of the decisions, without the need for the consent of the addressees or the intervention of the judge for their compliance, denoting the structural inequality existing in the legal relations between the State and the individuals

within the framework of concrete interactions, and starting from previously defined substantive and procedural normative assumptions (Gianinni 2023).

However, the very conception of the administrative function as the center and object of Administrative Law, which has gone through the traditional public service, the acts of authority and management, and the public interest as an indeterminate concept, has, in fact, been displaced by the organic criterion of who exercises it, and by the consequent importance of a special and different judge, except in certain cases, in which, ultimately, the exercise of prerogatives of power is not possible and would not be justified (Parejo 2011). To this must be added, at present, that under the conception of a Social and Democratic Rule of Law, social and collective rights come to play an essential role in the duties of the State and its *raison d'être*, along with the obligation to guarantee the essential core of rights as a general premise -and mainly of those of a fundamental nature-, without pretext of the cost that their materialization demands, but, at the same time, with the awareness of the limitation of resources that characterizes it.¹

Thus, it is indisputable that, today, Administrative Law must seek to regulate the balance between individual and collective rights, being these, ultimately, what justifies in this time the concept of public interest,

¹ "One can continue to refer to a public administration in a material sense and consider it as the object of administrative law; we prefer, however, to avoid terminological confusion leading to the same thing, to refer to an administrative function as the object of administrative law. An administrative function that reflects a dynamic of activity to concretize the purposes of the state enshrined in the legal system, and that for this purpose makes use of an administrative or public apparatus in general, but also sometimes private. [...] An administrative function understood then, as a set of particular activities, dissimilar among themselves, but different from those general activities of the state and particular activities of the judicial and legislative functions, which give direct development to the purposes of the state, positively enshrined in the Political Constitution, which can be developed by different subjects of law, authorized to do so, with the respect and compliance of the superior legal order." (Montaña 2010, 123-124) All translations from Spanish to English within this paper have been prepared by the author.

using for this purpose the prerogatives that materialize the inequality in the legal relationship of the State with individuals as an indispensable means for its exercise, with precise substantive and procedural limits defined in the legal system, and with the corresponding judicial control;² However, it is also undeniable that, nowadays, the strength demanded by the content of the rules within this branch of law faces a significant challenge considering the predominant conception of (formal) equality, the transcendence of the market within the public administration and the unrestricted access to information through technology, which means both greater knowledge and greater opportunity for deception leading to the opposite, ignorance. This generates a tendency towards more flexible regulations and not only legal and regulatory sources, created not with the participation of individuals, but by individuals, and the entry of non-formal legal sources, resulting, consequently, in an extensive catalog of provisions that is practically impossible to know and apply by legal operators, and even more so by the different agents within the Public Administration (Carvajal 2023).

All this situation has caused Administrative Law to be strongly questioned nowadays for not having been able to adequately adapt to the new times and generating serious doubts about its essence and objective within the framework of the Social and Democratic Rule of Law (Schiavi 2024), especially if it is considered that one of its most solid foundations is the principle of legality, which is materialized with the regulatory power of the State duly distributed between the legislative and executive branches, and the rules of control by the judicial branch, is in the process of transformation due to the need for technical and expeditious regulations and the delivery of judicial powers to the Public Administration. There is also a change in the conception of the administered to conceive it as a client or consumer, using market premises

to seek greater efficiency and quality in the services of the administration, seeking more optimal control over the results, by which it is evaluated (Cabrillo et al. 2008).

Therefore, to face this new reality that permeates the State model and the understanding of its meaning, there is no doubt that Administrative Law must find in concepts of other sciences, including economics, the foundations to reaffirm its justification as a branch of law that seeks to regulate the balance between individual rights and the prerogatives of power held by the administration due to the need to protect and safeguard, in turn, collective and social rights, using new regulatory techniques, or at least modernizing its conception, under premises of efficiency in terms of cost-benefit ratio, maximization of utility and incentives, that allow to aim at a comprehensive regulation of the matter in accordance with the reality of the moment, based on effective mechanisms of participation and through provisions that guarantee individual freedoms within the social welfare, and that, by the way, help to minimize market failures, both implicit and explicit, betting on the optimal level of regulation, substantial and procedural, in quantity and quality.³

Thus, it is possible and useful to start from the premise that social rights must be conceived as public goods since, by definition, there is no rivalry or exclusion in their use so that their protection and materialization inherently correspond to the State in the framework of the Social and Democratic Rule of Law (Monroy 2023). Given the constitutional and legal mandate in this regard, the relationship between the cost of this duty and the benefit of its implementation cannot be analyzed from the Paretian efficiency nor analyzed from a balance between supply and demand, but in attention to the criterion of equity, but this does not exclude the possibility, in any case, of selecting, within the possible options, the

2 "Administrative law, as a law specific to public administrations, is therefore made up of a balance (difficult, of course, but possible) between privileges and guarantees. Ultimately, all legal-administrative problems consist -and this should be kept in mind- of seeking that balance, ensuring it when it has been found and reconstructing it when it has been lost". (García de Enterría and Fernández 2000, 51)

3 "The study of the AD (Administrative Law) has been, to say the least, insufficient. This insufficiency becomes evident when it is noticed that the analysis of the legal norms is not articulated or integrated from the social and political dynamic schemes to which such norms are due. Additionally, such analysis also ignores the social impact that may derive from the application of the rules in question. In the case of the DA, legal norms are not produced in a vacuum and do not interpret themselves. Disregarding the social and political conditions in which legal norms are created and interpreted inevitably leads to a non-integral analytical perspective and partial results in the study of the AD. Therefore, concentrating only on the text of the norms and eluding the institutional, political and individual factors in which the generation and interpretation of legal norms takes place leads to *pure normativism* in the DA. This problem is further exacerbated by the nature of the links regulated by this branch of law, i.e., those between the State and the citizens." (Medina 2012, 240 -241)

alternative that allows its compliance by bringing costs and benefits closer together in the best way, and without this being a conditioning factor for its choice.

Therefore, being public goods a failure of the markets, which is added to the fact that the relations of the State always have a different impact on third parties outside the State, which constitutes a second failure called externalities and a third one that corresponds to the asymmetry of information, Administrative Law must be conceived to minimize these problems for the benefit of the citizens, and this can, and should, be done using economic concepts, without assuming the existence of a market in its traditional sense, or that the specialty of this branch of law should be annulled.⁴

Thus, the concepts of economics are currently vital to justify a dynamic administrative function, in which the prerogative of power must necessarily be the basis, but not to justify the superiority of the State over individuals because of its size or purpose, but because it is the necessary tool for the very respect of legality and the achievement of the specific objectives of protection and materialization of social and individual rights since the binding nature of administrative decisions is what allows the very movement of the State through its function, and what articulates the importance of the participatory construction of the rules that so authorize it, and the judicial control over its correct exercise (Cooter and Gilbert 2022).

ECONOMIC ANALYSIS OF LAW, METHODOLOGY AND ADMINISTRATIVE LAW

The latent need to create bridges that enable a close relationship between Law and Economics to achieve a better understanding of legal, economic, and environmental situations, using the concepts that these two disciplines offer us to understand and guide the behavior and decision-making by individuals towards the achievement of specific purposes with the use of available resources, leads us to highlight the contributions that for more than 60 years the methodology of the Economic Analysis of Law has been building in this sense to face the challenges presented today by the transformation and strengthening of legal institutions as a means to achieve the ends pursued by society in a particular economic context, in other words, to make possible the different relationships between individuals, between States, and between State and individuals with an efficient and equitable distribution of resources for their proper use.

The Economic Analysis of Law emerges as that perspective, that method that identifies and recognizes certain economic elements in legal institutions through

the use of cost-benefit analysis to understand and explain the behavior and impact derived from established legal situations (regulations or procedures in force, judicial decisions, administrative decisions, to name a few), or situations that require attention from the law (legislative and executive processes, regulatory projects at all levels, intervention mechanisms, among others, to provide more appropriate solutions, administrative decisions, to mention a few), or situations that require attention by the law (legislative and executive processes, regulatory projects at all levels, intervention mechanisms, among others), to provide more appropriate solutions or more adapted to the reality aimed at solving problems in terms of efficiency.

Although, at first, the methodology has been limited to present the methodology as one that only accounts for the malfunctioning or inefficient operation of legal institutions or their distance from reality, which makes them obsolete in solving the problems that arise adequately and that added to this, the analysis is focused on judging their little or no effectiveness,

⁴ "[T]he transition from a paradigm in crisis to a new one from which a new tradition of normal science may emerge is far from being a process of accumulation, arrived at through an articulation or an extension of the old paradigm. It is rather a reconstruction of the field through new foundations, a reconstruction that changes some of the more elementary theoretical generalizations of the field, as well as many of the methods and applications of the paradigm." (Kuhn 1971, 139)

this is because the methodology initially accounts for the costs, externalities, and inefficiencies against the low benefit that arises from the legal structure under review. However, this limited vision of the methodology obscures the opportunities that the legal structure has from this first diagnosis, not only to understand the obstacles it must overcome but also to motivate its transformations. It must be understood, then, as a tool that makes a better allocation of these in the decision-making in any field possible at the point of scarcity of resources.

This is how Professor Bullard describes it: “ELA is nothing more than trying to provide the lawyer with tools to better design his “operation” by predicting its outcome and to be able, after ‘operating on the patient’, to measure whether it was successful” (2003, 67). Once the result has been measured, the aim is to generate corrective or improvement actions to continue treating the patient until he recovers.

The purpose of this analysis is to strengthen the law, the legal institutions that make it possible for the duty to permeate reality and pave the way for the materialization of social goals and transformations by reviewing the impact, in this case economic, of the decision-making in the regulatory intervention and in the substantial and procedural application of the rule to the specific case. Thus, it is of special value to understand individual behavior from an economic perspective, which, according to Gary Becker, is established under three assumptions: maximizing behavior, market equilibrium, and stable preferences (Becker 1976).

The advantage of observing the interaction of these assumptions lies in the possibility of predicting individuals’ choice of one option over another based on the cost-benefit analysis of the behavior present in any decision-making process since it makes it possible to identify the incentives and preferences that make one option better than another. In turn, it makes it possible to evaluate the relevance of incentives to motivate informed decision-making, develop models, and determine trends, which can provide relevant information and support the construction of an efficient legal structure.

The Economic Analysis of Law originated around 1960 in the United States with the so-called Chicago School; Its main precursors are, on the one hand, the Nobel Prize winner in economics Ronald Coase (1992), who contributed the conceptual pillar of the methodology known as transaction cost and its incidence in legal relations, and simultaneously Guido Calabresi (1984), who contributed the economic vision in the study of tort liability and the determination of costs in the event of a claim and to whom should be added Professors Richard Posner (2013) and Steven Shavel (2016) in the theoretical construction and practical application of the methodology mentioned above, which seeks to ensure that the Law can be observed under the magnifying glass of economic concepts, to diagnose its level of efficiency and that it can operate at optimum efficiency levels.

Thus, the term efficiency takes on special relevance in the methodology of economic analysis of law. Based on the cost-benefit diagnosis identified in different legal situations, it is possible to attack those variables that generate inefficiency and, consequently, make it possible for legal institutions to achieve their objectives or transform their functioning in the real world.

The methodology contemplates several approaches to efficiency to provide a more significant margin of observation. Thus, in terms of Pareto, efficiency is achieved when a behavior or a decision improves the situation of an individual without worsening another individual’s situation, and due to the efficiency exercise described above, it is expected that with such decisions, taking the general context as a framework, an improvement in social welfare is obtained, that is, the optimum possible for a given situation (*Pareto optimum*) is achieved since an adequate distribution of available resources has been completed.

However, given the impossibility of always obtaining real-world results of an individual’s improvement without worsening another individual’s situation, *Kaldor-Hick’s* efficiency criterion appears, allowing the solution of compensating the individual who improves his situation against the individual who deteriorates due to that decision (Cooter 1998).

Another essential element for the analysis, under this methodology, is the so-called transaction costs, defined as all those costs incurred by the individual in the different interactions, negotiations, and decision-making that arise in the market, and from this initial concept derives one of the most relevant interpretations of the methodology known as the Coase Theorem, which is simplified in the postulate that, once the transaction costs in a given situation have been identified, the existence of a legal structure will depend on whether these costs are greater than zero since the law will have to bring them closer to zero to achieve efficiency in the relationships of individuals.

Now, legal institutions (i.e., rules or norms in force) affect the determination of transaction costs, and their strength or weakness determines their impact in a specific economic environment. In this regard, Yeung states:

When the state decides to apply a new law, or the judiciary decides to rule one way or another, these new normative rules become incentives for rational agents, who decide how they will behave in response to this new norm. This logic fully explains the relationship between the legal world and the behavior of a rational agent [...]. Otherwise, laws and the law as a whole would be harmless in human societies. (2024, 56)

Another essential element accompanying the methodology is the so-called externalities, understood as external factors that directly influence situations or decision-making to solve the problems caused by them. Their identification allows the law to act in a concrete and efficient manner.

As highlighted, the economic analysis of Law allows the evaluation of legal situations from a broader perspective. It can be said that it contributes to the legal structure's better functioning in each context because it understands and addresses the environmental aspects and allows more appropriate solutions for these. The methodology also has different points of view, called schools or perspectives of approach, which, based on the essential economic elements, seek to analyze the behavior of the individual regarding its legal structure

and propose opportunities for improvement that each can provide in terms of efficiency.

It is in this way, then, that we find the traditional school, as the first approach of the methodology, promoting the cost-benefit analysis of the legal structures that intend to regulate market situations (quantifiable) or outside the market (not quantifiable but susceptible of valuation) (Roemer 1994); establishes the approaches of economic analysis, on the one hand, from a *positive* view, focused on explaining what is or is not, and on the other hand, from a *normative* view, focused on identifying the possibilities of improving the present situation, so that, taking as a starting point for the analysis that individuals are rational beings maximizing wealth, they will seek the greatest benefit in terms of efficiency. In the words of Professor Roemer: "Analytical techniques involving microeconomics, mathematics, operations research, systems analysis and statistical tests enable the legal analyst to determine which law and/or regulation is the most meritorious for society" (1994, 23).

Public choice is another perspective of the Economic Analysis of Law, which focuses its efforts on the understanding from the economic point of view of political science and the rules of politics, and specifically on the review of behavior and decision-making in terms of the electoral and political process under the lens of the maximization of wealth pursued by each individual, sharing with the traditional school the positive and normative vision of the analysis (Roemer 1994).

On the other hand, in the neo-institutional vision, the methodology concentrates its study on the relevance of legal institutions and their economic valuation within the analysis based on concepts of property rights and transaction costs. Here, decision-making by an individual within an organization under established rules of behavior must be analyzed from his condition of wealth maximizer with limited rationality and opportunistic behavior. Therefore, the definition of property rights within the organization and the identification of transaction costs are essential in the search for efficiency within a restrictive framework (Roemer 1994).

In the Colombian case, for example, the National Planning Department (DNP) has made progress in

implementing mechanisms and methodologies that encourage the public administration to transform and improve its activity and mission in terms of efficiency and measurement of cost-benefit impacts. We observed this by enacting the 2014 regulatory improvement policy and consolidating the regulatory improvement line from the DNP's Directorate of Government, Human Rights and Peace.

Finally, the new and recent perspective of the methodology known as behaviorism focuses its analysis on those behaviors that, from the classical point of view of the economic analysis of law and economics, are

determined as unconscious or irrational, which are not isolated or sporadic, and that are recognized as cognitive problems that are part of real human behavior and that directly influence individuals' decision-making (Jolls 1998).

In summary, cost-benefit analysis allows the review, from different points of view, of the effects derived from the interaction of legal and economic elements in certain situations and, because of this measurement, provides the inputs to manage an adequate allocation of resources and, thus, an efficient interaction of these elements for the benefit of the individual and society.

COST-BENEFIT ANALYSIS AND ADMINISTRATIVE LAW

Under the scenario described above, the law and legal institutions are recognized as key actors in efficiently solving situations with high transaction costs.⁵ In this order of ideas and in orienting our object of study, administrative law is a fundamental piece in efficiently channeling the relations between the state, the market, and individuals (Cortés 2017).⁶

Incorporating cost-benefit analysis in the exercise of administration is an objective that should be pursued. To this end, the neo-institutional approach can open the way to this objective since it highlights the value institutions have when facing the various transaction costs present in decision-making for the State, the market, or individuals.

In Williamson's words, "transaction cost economics adopts a microanalytical approach to studying

economic organization. It focuses attention on the transactions and economization efforts that take place in the organization concerned" (2009, 13), and Chavance stresses in this regard that "[i]n fact, the minimization of transaction costs implies a logic of maximization (in a broad sense): the idea of economizing resource" (2018, 72).

Although the transaction cost theory of new institutionalism is close to neoclassical economics, through the adjustment of governance structures to transactions with the aim of economizing resources, its differentiating factor lies in the relevance of institutions and their importance in the definition and management of transaction costs; in this respect, Chavance (2018) emphasizes that "[b]oth ideologies and institutions can be considered shared mental models".

5 "Both the discretion with which rules are attributed, deconcentrated or delegated, as well as their interpretation and implementation depend on the institutional role of the administrative entities, and not taking this into account presupposes that such role does not matter. Ultimately, keeping in mind the considerations mentioned here would allow a better understanding of how the administration works and would allow judges to be better arbitrators of the administration". (Palacios Lleras 2009, 21)

6 It should be noted that the AEDA (Economic Analysis of Administrative Law), by revealing the factors that enter tension in each regulation, can also show that certain legal norms have an "inefficient content, biased in favor of certain positions". It is important to differentiate two fundamental types of economic analysis of law: positive analysis and normative analysis. The first one focuses on the analysis of people's actual reaction to a given rule, its costs and benefits as well as the way in which certain real circumstances influence the content and form of certain legal decisions. The second, the so-called normative analysis, attempts to determine "the optimal design of the State from the perspective of the decisions, costs, and benefits that can be taken by the various entities within it. From this perspective, the object of study consists of determining aspects such as the degree of discretion that should be given to administrative entities when certain functions are attributed or delegated to them, as well as the type of adequate control that should be exercised to ensure that such discretion is used appropriately". In a similar vein, it has been said that this analysis "is concerned with studying what the agents (the legislator, the Administration, the courts, the contracting parties, etc.) in view of the expected consequences of their various alternatives for action, should do, what decisions they should adopt, what rules they should eventually establish, in order to maximize the satisfaction of certain preferences". (Cortés 2017, 191-221)

Thus, in situations of strong uncertainty, the individual confronted with choices learns with the help of a mental model, and then communication between individuals creates shared mental models that lead to “the creation of ideologies and institutions in the process of coevolution” (Chavance 2018, 86), and that is why individuals recognize in institutions an adequate means to reach expected levels of satisfaction (maximization) in their continuous interaction with the State, the market and the individuals themselves.

Reviewing the existing institutions and rules in administrative law is necessary, as it enables the identification of barriers to citizens’ access to the administration. Barriers that, in most cases, lead to the slowdown of processes, excessive procedural measures that increase the complexity of administrative actions, and poor experiences for citizens in their interactions with authorities, which impacts the low reputational level of the administration. All this obscures the institutions’ intention to promote clear and agile rules and procedures for accessing the services made available to citizens, resulting in the desired levels of effectiveness and efficiency, and for that Neo-institutionalism invites us to rethink the dynamics, functioning, and purpose of institutions to formulate solutions that address the various issues in the efficient provision of goods and services by the administration, with a focus on the needs of the population.

Initially, determining transaction costs in the relationship between public administration and citizens enables concrete processes of regulatory simplification to ensure more timely and appropriate services (for example, the elimination of obsolete regulations). Secondly, generating normative governance processes enables the implementation of regulatory impact analyses that inform cost-benefit reviews in institutional decision-making.

The progress made in our country to include elements of an economic nature in the resolution of situations that present high transaction costs in a specific point referred to the organization and management of the

administration (relationship of the State with its citizens) has not been alien or minor; these efforts have been concentrated, at first, in the intention of simplifying procedures that are directly linked to the assumption of high transaction costs for the administered (OECD & IDB 2020, 40)⁷. Simplification produces benefits for citizens and generates social welfare. Still, this mechanism should be used with the objective of bringing the citizens closer to understanding the dynamics of the administration, establishing legal structures that accompany its operation, and participating in the transformations required for such structures.

In addition to simplification, we find the incorporation of regulatory impact analysis as a tool that allows the State to make more informed and appropriate decisions for its citizens when intervening and issuing regulations since it is not only about imposing certain rules of conduct, but this imposition pursues individual welfare and collective welfare to provide an adequate and efficient gear. Public management and legal management allow the use of the tools of the Economic Analysis of Law to project reforms and generate corrective measures in the face of situations that are not efficient or not efficient at all, and These instruments aim to update the regulatory framework of administrative law to meet the needs of an evidence-based environment and to enable the modernization of the state to reflect the new dynamics of society.

In a much more concrete manner, in Colombia, the implementation of public policy for regulatory improvement serves as an instrument that produces significant institutional changes for the effectiveness and efficiency of administration. The National Council for Economic and Social Policy (CONPES) issued document CONPES 3816 (2014)⁸, which promotes the implementation of mechanisms and methodologies aimed at transforming the functioning of the administration, dismantling and demystifying its authoritarian role, but maintaining its hierarchical role, which allows bringing the legal institutions of the administration closer to the service of the citizen efficiently.

7 “The administrative burden, also known in Latin America as red tape, reduces the efficiency of public service delivery and contributes to the distrust of citizens and entrepreneurs of public service delivery and contributes to distrust among citizens and entrepreneurs [...], as well as incentivizing them to pay bribes to speed up such processes.”

8 <https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Conpes/Econ%C3%B3micos/3816.pdf>

To develop the postulates of the public policy document, and in harmonization with the guiding principles of the Organization for Economic Cooperation and Development (OECD) of which Colombia is part, 2016 the Methodological Guide for Regulatory Impact Analysis was issued (OECD 2016), within the framework of the project “Incorporating the use of Regulatory Impact Analysis in the Colombian Decision Making Process”, to integrate cost-benefit measurement tools that improve regulatory quality, and that in that sense can bring the administration, the Executive in general, the citizen, their needs and the reality of their actions.

Thus, five strategies aimed at strengthening the economic and social efficiency of the rule are proposed: (i) the establishment of the required institutional framework, which applies both to the set of rules and to the agencies that will be responsible for articulating them; (ii) the generation and strengthening of management capacities, since it is evident that the rule does not generate efficiency by itself, if the agent in charge of applying and operating it lacks the adequate, expeditious means and mechanisms with national and territorial coverage to make it available to those administered; (iii) the implementation of regulatory impact analysis tools through a pilot program, introducing in a concrete manner the economic measurement based on the essential elements of the economic analysis of the law, such as cost-benefit analysis (transaction costs, externalities, incentives, efficiency); (iv) the establishment of guidelines and directives that determine and detail the scope, the different application alternatives and the expected benefits in the application of the analysis and; (v) the dissemination of mechanisms and tools for the administration and rationalization of the regulatory inventory, due to the identification of a significant number of norms that intervene in the operation of the Administration and the difficulty of harmonizing regulations at the national and territorial levels.

Although the application of regulatory impact analysis has been slow and costly, the way is being paved to generate quality standards to strengthen the State's capacity to enforce them through strategies that promote the dissemination, the use of best practices, and the appropriation of these tools by public officials. We agree that an entity with technical capacities is required to be responsible for supervising regulatory quality (OECD 2018),⁹ and that a robust institutional framework is needed to advance in this work (OECD, 2018),¹⁰ but without this deviating the distribution and use of resources by the Administration in the fulfillment of its functions, and without harming the purpose of administrative law to ensure access to the administration in terms of justice and equality, since we reiterate that administrative law harmonizes the relationship between institutions and citizens also in terms of efficiency. The regulatory impact analysis consists of 7 stages as shown in Graph 1.

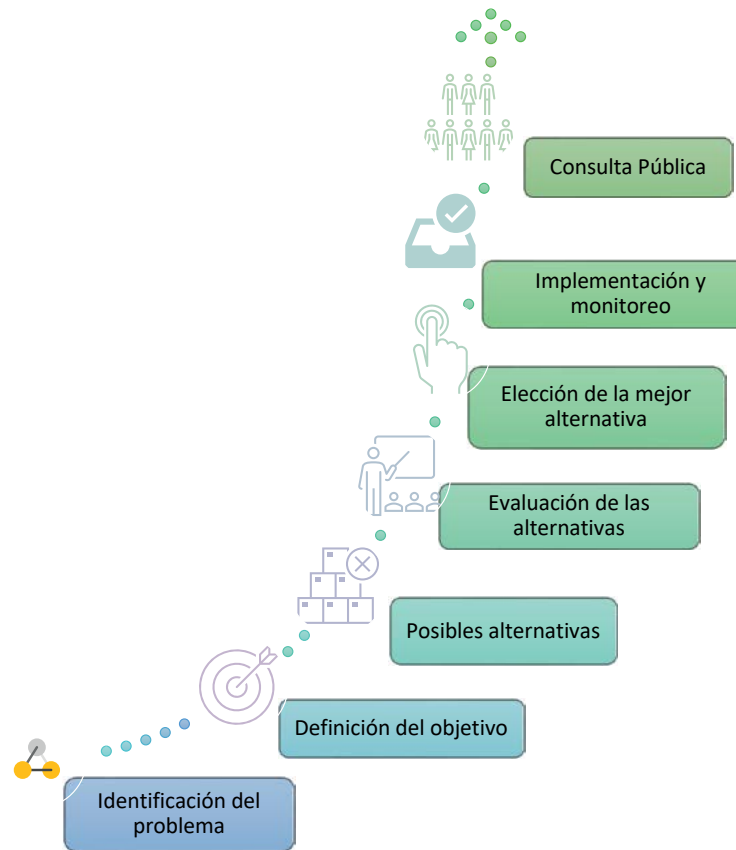
In addition to these efforts, the National Agency for the Legal Defense of the State manages the fiscal impact of lawsuits against the Colombian State to provide a technical, adequate, and efficient defense in litigation in which the State is a party. In compliance with this objective, the Agency takes on institutional importance not only in the legal but also in the economic sphere, and it is essential that its evolution and transformation also be analyzed from an economic perspective (Lozano Rodríguez 2016).¹¹ Thus, the identification of costs and externalities associated with the fulfillment of goals and the exercise of institutions allows decisions to be made that lead to their better performance, in the specific case of the protection of the interests and finances not only of the State but also of the citizens who benefit from this good administration.

9 “[P]ublic administration reforms focus on the quality, timeliness and inclusiveness of services provided to citizens and businesses, and on increasing the optimization and efficiency of administrative processes. Public administration strengthens the internal workings of the public sector, as well as its relationship with society, and as such constitutes a central element of good governance.” (OECD 2018, 44)

10 “[T]he implementation of laws and regulations is a necessary element to prevent impunity in society, guarantee the credibility and legitimacy of institutions, ensure justice and access to services for citizens, and generate a level playing field among economic actors”. (OECD 2018, 65)

11 “One of the most interesting currents or perspectives in the economic analysis of law is new institutionalism, where the identification, understanding and efficient implementation of legal institutions of economic significance is a determining factor for good economic performance. It is important to point out, however, that both the rules of the game that inform the actions of the legal system and its organizational aspects are the institutions to which new institutionalism refers”. (Lozano Rodríguez 2016, 276)

Graphic 1: AIN Complete



Source: Manual de la Política de Mejora Normativa, DNP, 2023.

Elaborated by the author.

Therefore, the Economic Analysis of Law in general, but the neo-institutional in particular, contributes decisively to the study, construction, and remodeling of Administrative Law since the context of regulation, whatever it may be, is essentially based on the understanding of public administration from its institutions, being indispensable its efficient structuring, under the right incentives and with adequate use of regulatory power, identifying the most optimal level possible in terms of quantity and quality of regulation to ensure its effective compliance and, with it, the necessary

and sufficient reputation for the achievement of the objectives of the administrative authority (OECD & IDB 2020).¹²

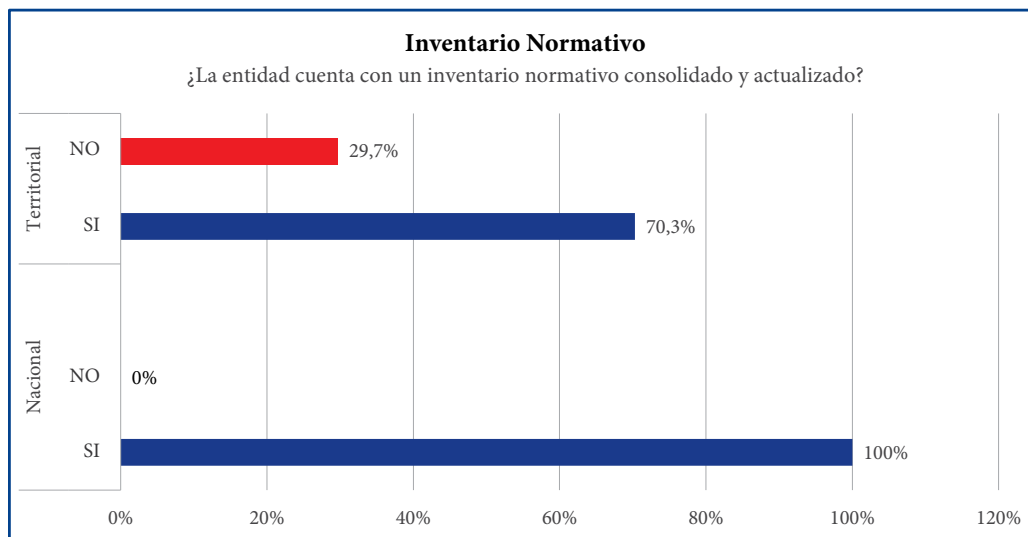
It stands out in this regard in Colombia, the creation and updating of the regulatory inventory that since 2014 has been administered by the Ministry of Justice and Law, following the provisions of Decree 1427 of 2017, and in addition to this implementation, the issuance of 20 single sectoral regulatory decrees that incorporate the methodology of regulatory simplification is reached by

¹² “[I]n particular, institutional weaknesses in several dimensions of public governance may explain the vulnerability of many countries in the region to inefficiencies caused by waste, misuse, and capture by interest groups, as well as to shocks caused by waste, misuse and capture by interest groups, as well as in the face of exogenous economic shocks. [...] Second, even when the right policies are introduced, their implementation often remains superficial, and they fail to translate into practice and generate change. The causes may be informal rules that counterbalance formal institutions, weak administrative capacity, resistance to effective implementation, solutions copied from another country without considering the context, or lack of adequately trained manpower or leadership”. (OECD & IDB 2020, 25)

2015 (DNP 2022).¹³ The graph highlights the significant percentage of entities of the national and territorial

order that include the inventory, according to the data of the DNP survey for the year 2022 (DNP 2022):

Graphic 2: Normative Inventory



Source: Encuesta competencias regulatorias (ECR) y Encuesta Inventarios Normativos (EIN), DNP, 2022. Created by the author.

Although the scrubbing has been a fundamental step, the centralization and operation of a public inventory for the country is still pending. However, in terms of regulatory impact analysis, more significant institutional consolidation of the methodology is required to achieve concrete progress in regulatory frameworks

that respond to the needs of the environment in each sector and promote inter-institutional exchanges of good practices (DNP 2024).¹⁴ According to the OECD report, Colombia's lag in the implementation of ex-post evaluations in the legal framework is evident (DNP 2024).

CONCLUSIONS

Today, Administrative Law is fundamentally justified by the role of the State as the representative of its constituents' interests, primarily manifested through social and collective rights enshrined in its institutions. These rights generate legal situations that directly impact citizens, necessitating that the rules governing

them be clear from their inception to facilitate effective intervention and oversight, with the binding authority required to ensure compliance. To substantiate this foundational principle, the application of Economic Analysis of Law offers a valuable framework for re-evaluating Administrative Law—not to transform it

¹³ "On the other hand, in order to compile and facilitate the search for and compliance with the decrees that regulate the sectors of the Public Administration in the development of the Regulatory Simplification Policy, in 2015, the Government managed to issue 20 sectoral Single Regulatory Decrees (DUR) with the participation of administrative departments and ministries, in which all the regulatory standards in force by sector are incorporated into a single regulatory body and have eliminated nearly 10,000 scattered standards that were in force." (DNP 2022, 4)

¹⁴ "To carry out a solid analysis of the impacts of the regulatory framework in Colombia, it is necessary to encourage ex-post evaluation exercises in the different territorial entities, which allows them to strengthen decision-making, as well as reduce costs and create learning in terms of regulation within them. The experiences that the different territorial entities can obtain in the preparation of ex-post evaluations can facilitate the exchange of knowledge between them and the formation of communities of good practices." (DNP 2024, 11)

into a market or to justify it solely through market principles, but to understand how, through economic reasoning, optimal regulation can be achieved given the unique nature of administrative activities. In our view, this analytical tool is an indispensable pillar for the reconstruction, or rather the reaffirmation, of Administrative Law (Medina Romero 2012),¹⁵ especially considering that its structure is largely founded upon the division of institutional powers.

Thus, Administrative Law is an institution that, within the legal structure, brings the individual and the State together in a decisive manner, and its organization responds to complex levels of interaction that require more than one agent for its operation, at substantive and procedural normative levels of equal complexity. It is for this reason that the economic vision from the neo-institutional perspective is necessary. The identification of the transaction costs embedded in the functioning of the Administration serves as a foundational step aimed at illuminating the obstacles or inefficiencies that may, in some cases, be mitigated through the application of regulatory simplification tools. Such measures can streamline procedures and enhance transparency in the Administration's interactions with citizens. In other instances, this process facilitates the identification of obstacles or inefficiencies that can be addressed by proposing alternative regulatory approaches designed to improve the overall functioning of the Administration. Furthermore, it enables the

implementation of regulatory impact assessment methodologies that not only evaluate the cost-benefit balance of interventions but also actively promote citizen participation in the decision-making process.

Within this mechanism, Administrative Law plays a determining role in the distribution and use of available resources for its own operation and decision-making for the benefit of individuals. Therefore, it is up to this institution to strengthen and transform its legal structure so that it can achieve desirable economic impacts such as the reduction of transaction costs in the State-individual relationship, the determination of incentives that seek regulatory quality, the reduction of information asymmetries to achieve optimal levels of transparency for the Administration (Baena 2018).

We reiterate that constructing a robust institutional framework drives the transformation of Administrative Law, as it harmonizes the relationship between institutions and citizens in terms of quality and efficiency (Lozano Rodríguez 2016).¹⁶ Considering the above, the challenge for transforming Administrative Law from the contributions of the economic analysis of Law, in general terms and for the Colombian case, lies in the appropriation and systematic application of the regulatory governance cycle to bring the regulatory framework of public administration closer to the dynamics and needs of the territory and the institutionality for its operation.

¹⁵ "A proper understanding of the context of the emergence and interpretation of the norms would provide new elements for a proper assimilation of the DA and its function within society. In such a task, the AED, as an option of analytical perspective different from the traditional ones, can allow us to advance the way". (Medina Romero 2012, 241).

¹⁶ "[A]s such, the efficiency pursued by neo institutionalists is "adaptive" in nature, which, according to North, is concerned with "the particular rules that shape the way the economy evolves over time" and, also, "a society's inclination to acquire knowledge, and to learn, to induce innovation, to take risks, and to sustain creative activity of all kinds, as well as to solve problems and bottlenecks over time." (Lozano Rodríguez 2016, 279)

REFERENCES

- Baena, Samuel and Camilo Perdomo. 2018. "La dimensión teleológica del derecho administrativo: En búsqueda de un nuevo paso en la evolución dogmática". En: *El Derecho Administrativo como idea y sus transformaciones contemporáneas*, editado por Daniel Castaño (30.^a ed.), 87-134. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Balbín, Carlos. 2020. *Crisis del Derecho Administrativo. Bases para una nueva teoría general*. Bogotá: Astrea.
- Becker, Gary. 1976. *The Economic Approach to Human Behavior*. Chicago: University of Chicago Press.
- Bullard González, Alfredo. 2003. *Derecho y economía. El análisis económico de las instituciones legales*. Palestra Editores. Edición digital. ISBN: 9786123251147.
- Cabrillo, Francisco, Sean Fitzpatrick y Julio Gómez-Pomar. 2008. *Estrategias para un gobierno eficaz*. Bogotá: Editorial Empresarial Universidad Externado de Colombia.
- Calabresi, Guido. 1984. *El coste de los accidentes: análisis económico y jurídico de la responsabilidad civil*. Barcelona: Ariel.
- Cooter, Robert and Michael Gilbert. 2022. *Public Law and Economics*. Oxford: Oxford University Press.
- Carvajal Sánchez, Iván. 2023. "El impacto de la calidad normativa en el derecho administrativo". En: *Balance y desafíos del estado regulador, supervisor, promotor y empresario*. Tomo I, (24.^a ed.). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Chavance, Bernard. 2018. *La economía institucional*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Coase, Ronald. 1992. "El mercado de los bienes y el mercado de las ideas". Estudios Públicos, núm. 45. <https://www.estudiospublicos.cl/index.php/cep/article/view/1398>
- Cooter, Robert and Thomas Ulen. 1998. *Derecho y economía*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Cortés, Pascual. 2017. "La regulación del uso de gases lacrimógenos como reacción frente a la protesta: aproximación crítica desde el análisis económico del derecho administrativo". *Derecho y Crítica Social*, 3(2): 191-221.
- García de Enterría, Eduardo and Tomás Ramón Fernández. 2000. *Curso de derecho administrativo*, Vol. 1 (10th ed.). Madrid: Civitas.
- Garrido Falla, Fernando; Olmeda, Alberto Palomar and Herminio Losada González. 2005. *Tratado de derecho administrativo*, Volumen I, Parte general (14.^a ed.). Madrid: Editorial Tecnos.
- Gianinni, Massimo Severo. 2023. *Derecho Administrativo*. Madrid: Ediciones Olejnik.
- Sunstein, Cass, Christine Jolls and Richard Thaler. 1998. "A behavioral approach to law and economics". *Stanford Law Review*, 50. DOI: <https://doi.org/10.2307/1229304>
- Kuhn, Thomas S. 1971. *La estructura de las revoluciones científicas*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Lozano Rodríguez, Eleonora. 2016. "La Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado y el pasivo contingente por sentencias, conciliaciones y laudos arbitrales". En *Nuevas tendencias del Derecho Administrativo*, coordinado por Helena Alviar García. Bogotá: Universidad de los Andes. <https://ediciones.uniandes.edu.co/gpd-nuevas-tendencias-del-derecho-administrativo-9789583511042-67f8611a32c0b.html>
- Medina Romero, Miguel Ángel. 2012. "El Derecho Administrativo y el análisis económico: consideraciones preliminares para el caso de México". En *Anuario Jurídico y Económico Escurialense*, XLV: 235-258. <https://vlex.es/vid/ana-lisis-consideraciones-preliminares-xico-458912570>

- Monroy Cely, Daniel Alejandro. 2023. *Análisis económico del derecho. Fundamentos y escuelas*, Tomo XIX. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Montaña Plata, Alberto. 2010. *Fundamentos del derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- DNP. Ver: Departamento Nacional de Planeación (National Planning Department). 2024. *Notas de política en mejora regulatoria, serie 1*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación. https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/Gobierno_DDHH_Paz/Gob_Asuntos_Internacionales/Mejora_Regulatoria/2024/Nota_Politica_Evaluaci%C3%B3n_ex_post_regulacion.pdf
- DNP. Ver: Departamento Nacional de Planeación (National Planning Department). 2022. *Notas de política en mejora regulatoria, serie 2*. Bogotá: Departamento Nacional de Planeación. https://colaboracion.dnp.gov.co/CDT/ModernizacionEstado/EReI/Serie_02_Inventario_Normativo.pdf
- OECD. 2018. *Integrity for good governance in Latin America and the Caribbean*. París: OECD. https://www.oecd.org/es/publications/integridad-para-el-buen-gobierno-en-america-latina-y-el-caribe_9789264307339-es.html
- OECD. 2016. *Reviews of regulatory reform. Colombia. Methodological guide for regulatory impact analysis*. París: OECD. https://www.oecd.org/en/publications/regulatory-impact-analysis_9789264067110-en.html
- OECD & IDB. 2020. *Panorama of public administrations: Latin America and the Caribbean*. París: OECD. <https://publications.iadb.org/es/panorama-de-las-administraciones-publicas-america-latina-y-el-caribe-2020>
- Palacios Lleras, Andrés. 2009. “Introducción al análisis económico del derecho administrativo”. *Revista de Derecho Público*, núm. 22: 3-24. <https://derechopublico.uniandes.edu.co/>
- Parejo Alfonso, Luciano. 2011. *Lecciones de derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia: Tirant Lo Blanch.
- Posner, Richard. 2013. *El análisis económico del derecho*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Rebollo Puig, Manuel and Diego Vera Jurado, 2023. *Derecho Administrativo. Tomo I: Conceptos fundamentales, fuentes y organización*. Madrid: Marcial Pons.
- Roemer, Andrés. 1994. *Introducción al análisis económico del derecho*. México: Instituto Tecnológico Autónomo de México, Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística, Fondo de Cultura Económica.
- Santofimio Gamboa, Jaime Orlando. 2023. *Compendio de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, Tirant Lo Blanch.
- Shavell, Steven. 2016. *Fundamentos del análisis económico del derecho*. Editorial Universitaria Ramón Areces.
- Schiavi, Pablo. 2024. “Buena administración electrónica y transformación digital en la administración pública”. En: *El derecho administrativo ante los retos institucionales del país*, 617-640. Lima: Editora Astros.
- Williamson, Oliver. 2009. *Las instituciones económicas del capitalismo*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Yeung, Luciana and Bradson Camelo. 2024. *Una introducción al derecho y economía contemporáneos*. Bogotá: Editorial Tirant Lo Blanch.

ORDER, ECONOMICS AND REGULATORY PROCESS

ORDEN, ECONOMÍA Y PROCESO REGULATORIO

ORDEM, ECONOMIA E PROCESSO REGULATÓRIO

*Luciano Benetti Timm**, *María Carolina França*** y *Patrícia Medeiros****

Recibido: 28/I/2025

Aceptado: 18/V/2025

Abstract

This article discusses free enterprise and its status as a fundamental right in the Brazilian legal system, as well as the different market regulation mechanisms and their consequences (economic freedom). The Economic Freedom Law (Law 13.874/2019 – LLE) represents the first recent attempt to promote free enterprise through a declaration of fundamental economic rights. It emphasizes that economic freedoms guarantee innovation, which in turn is related to economic development.

Keywords: Economic freedom; Free enterprise; Fundamental economic rights; Economic freedom; Law; Economics

Resumen

Este artículo discute la libre empresa y su carácter de derecho fundamental en el ordenamiento jurídico brasileño, así como los diferentes mecanismos de regulación del mercado y sus consecuencias (libertad económica). La Ley de Libertad Económica (Ley 13.874/2019 – LLE) representa el primer intento reciente de promover la libre empresa a través de una declaración de derechos económicos

fundamentales. Se insiste en que las libertades económicas garantizan la innovación, la cual a su vez está relacionada con el desarrollo económico.

Palabras clave: Libertad económica; Libre empresa; Derechos económicos fundamentales; Derecho; Economía

Resumo

Este artigo discute a livre iniciativa e seu status como direito fundamental no ordenamento jurídico brasileiro, bem como os diferentes mecanismos de regulação do mercado e suas consequências (liberdade econômica). A Lei da Liberdade Econômica (Lei 13.874/2019 – LLE) representa a primeira tentativa recente de promover a livre iniciativa por meio de uma declaração de direitos econômicos fundamentais. Ela enfatiza que as liberdades econômicas garantem a inovação, que por sua vez está relacionada ao desenvolvimento econômico.

Palavras-chave: Liberdade econômica; Livre iniciativa; Direitos econômicos fundamentais; Liberdade econômica; Direito; Economia

* He holds a Law degree from the Pontifical Catholic University of Rio Grande do Sul (1994), a Master's (1997) and a PhD (2004) in Law from the Federal University of Rio Grande do Sul. He also holds an LL.M. from the University of Warwick and completed a postdoctoral fellowship at the University of California, Berkeley. He served as National Secretary for Consumer Protection at the Ministry of Justice and Public Security in Brazil. He currently works as an arbitrator and legal practitioner. Email: ltimm@cmtadv.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0009-0004-7816-4053>.

** She holds a bachelor's degree in economics from the University of Brasília and a Law degree from the Instituto Brasileiro de Direito Público (IDP), with additional studies in Economics through an exchange program at IAE Montpellier. She earned an LL.M. in International Law from University College London (UCL), where she also worked as a researcher for the Public International Law Pro Bono Project, contributing to the preparation of an amicus curiae brief before the Inter-American Court of Human Rights. She was awarded a Chevening Scholarship, funded by the UK Foreign, Commonwealth and Development Office (FCDO) and partner organizations. Her professional experience includes consultancy roles with the International Competition Network (ICN), UNDP Brazil, and the law firm CMT Advogados. Email: contacto@cmtadv.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-4788-4486>.

*** She holds a master's degree in law, Justice and Economic Impacts from the Centre for Studies in Economic and Social Law (CEDES) and an LL.M. in Business Law from Fundação Getúlio Vargas (FGV). She formerly worked as an associate lawyer at CMT Advogados and is currently affiliated with the Brazilian Rural Society (Sociedade Rural Brasileira). Email: contacto@cmtadv.com.br. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-9768-9806>

Suggested citation format: Timm, Luciano Benetti; França, María Carolina França y Patrícia Medeiros. 2025. "Order, Economics and Regulatory Process". *Revista de Estudios Jurídicos Cálamo*, núm. 23: 112-123. DOI: <https://doi.org/10.61243/calamo.23.464>

INTRODUCTION

Among other things, the LLE establishes limits to state regulation through the adoption of Regulatory Impact Analysis (RIA) and the control of regulatory abuse¹ to prevent government failures (Baldwin et al 2011). State interference in the economy –Economic Regulation– is justified when it allows market agents to fully enjoy the principle of economic freedom when it corrects market failures (Acemoglu and Robinson 2012, Nóbrega 2005). However, given that economic

regulation is capable of generating various incentives and disincentives for public and private agents to capture and *rent seek* (among other government failures), its impacts must be assessed and its abuses curbed so that any limitations on market action do not, in reality, increase transaction costs, economic concentration, create barriers to entry and, therefore, harm economic freedom (free enterprise).² All these points will be addressed in this article.

ECONOMIC FREEDOM AND FREE ENTERPRISE

Initially, economic freedom (free enterprise) is a fundamental right because it is umbilically linked to the right to freedom in a broad sense (and more specifically to economic freedoms). It represents the preponderant value and principle in the constitutional order because it represents the essence of a market economy, the effectiveness of which it guarantees. For example: if political freedom guarantees the right to vote and to be voted for, economic freedom guarantees entry to and exit from the public space of the market.

Economic freedom (free enterprise) guarantees economic agents, *a priori*, freedom to act in the market, and to buy and sell goods and services without interference from the government. But what does the market mean? And what is its connection with the constitutionally guaranteed economic freedom?

In Coase's words, the market "is the institution that exists to facilitate the exchange of goods and services, that is, it exists to reduce the costs of carrying out exchange operations" (1988, 7). By serving as a public space for exchange, it guarantees a benchmark of behavior for economic agents (those who participate in the game of supply and demand), the result of which is a situation of equilibrium (positive or negative). If the market didn't

exist, how could we explain the fact that, following a super soybean harvest (and therefore a large supply on the market), its price tends to fall?

We can therefore see that the market is not separate from society; on the contrary, it is an integral part of it. In this sense, like any social fact, it can be regulated by legal rules (with greater or lesser social and economic effectiveness). Thus, it cannot be said that the market is something artificially guaranteed by the legal system, as some would have it, who attack the spontaneous nature of market forces. What can be said is that the more developed the institutions, the more favorable the environment is for their natural development (North 1990, Williamsom 2005).

It is therefore essential to understand that economic freedom is not opposed to the concept of social order. On the contrary, the concepts complement each other, since there is a market economy in full force. The market and society are practical phenomena that are always interrelated. Society perishes without the market, and the market is doomed to end without society.

In line with the concept and realization of the market in the economic freedom (free enterprise), means the

¹ In fact, from a historical point of view, the first initiatives to promote economic freedom related to the constitution of guarantees and the opening of companies without state authorization can be attributed to the first republican government, during the administration of Ruy Barbosa (Caldeira 2017).

² It is a law that has had repercussions on other laws dealing with the economic freedom, namely those that make up the so-called "regulatory tripod" of the digital economy: consumer, competition, and data. This topic should be addressed in an upcoming article.

freedom to act and participate in the market: producing, selling, or acquiring goods and services or even selling your workforce. In other words, it is a principle that establishes, *a priori*, economic freedom, which precedes its regulation by the state. Economic freedom is therefore inherent in a capitalist system. This is because if the economy is planned and if the state owns the means of production, setting prices in the market, there is no room for this principle. This is why it represents the essence of capitalism and is the condition for the material realization of other principles set out in Article 170 of the Federal Constitution.

Because it is an extension of economic freedom, free enterprise is a fundamental right. In fact, in a market economy, there can be no human dignity without economic freedom. If in a democratic regime, freedom is manifested in the citizen's participation through voting, in the capitalist system it is their access to the market that will guarantee them dignity and other fundamental rights, such as work and their freedom of choice. It is shown that economic freedom is an expression of individual freedom, guaranteeing the effective functioning of the market, where initiatives for the economic and financial development of the individual and, consequently, of society converge. It is with this fundamental right in mind that the Constitution included economic freedom (economic freedom (free enterprise)) in the text of the Federal Constitution. The fundamental right to economic freedom (free enterprise) is so important in the Brazilian legal system that it was written into three parts of the 1988 Constitution. See the content of articles 1º, item IV and 5, item XIII, together with the sole paragraph of art. 170, *in verbs*:

Art.1–The Federative Republic of Brazil, formed by the indissoluble union of States and Municipalities and the Federal District, is a Democratic State

governed by the rule of law and has as its foundations: [...]

IV–The social values of work and economic freedom (free enterprise) [...]

Art. 5.

XIII–The exercise of any work, trade, or profession is free, subject to the professional qualifications established by law. [...]

Art. 170. The legal economic order, based on the valorization of human work and economic freedom (free enterprise,) aims to ensure a dignified existence for all, by the dictates of social justice, subject to the following principles: [...]

Sole paragraph–Everyone is guaranteed the free exercise of any economic activity, regardless of authorization from public bodies, except in the cases provided for by law.

It can therefore be seen that economic freedom (free enterprise), described in this way, is a fundamental right against the state, a substantive right to abstain vis-à-vis the government. Like any right or even principle, economic freedom (free enterprise) is not an absolute principle and finds limitations in other rights and principles; for example, the public interest in strategic areas such as public health, the environment, etc. In Brazil, there is no tradition of praising this fundamental right among jurists, much less in infra-constitutional regulations. For all these reasons, the rightness of the LLE should be recognized, and it should be warmly welcomed by the legal and business community.

Of course, it won't solve all the problems of our market, but it signals the right direction, reversing decades of (un)eloquent silence on economic regulation and generating relevant impacts by recognizing government failures and not just market failures, as will be seen below.

ECONOMIC REGULATION IN THE LLE: SELF-REGULATION, CORRELATION AND STATE REGULATION

Economic regulation, as an issue intrinsically linked to the state's position of interference –or non-interference– in the economy, is one of the main factors

encouraging or discouraging business. The LLE governs economic regulation in Brazil, together with the Law on Agencies, establishing parameters and limits for

this state activity. Let's see, in regulatory terms, what lies behind the LLE's normativity as a prerequisite for understanding it.

In theory, various regulatory techniques can be adopted by the legislator, including the more recent ones of self-regulation and co-regulation, as well as the well-known state regulation; all of which are allowed and regulated in the LLE. Among other legal provisions, article 2, item III of the Economic Freedom Law states that one of its guiding principles is "subsidiary and exceptional state intervention in the exercise of economic activities", as discussed below.

Regulation

Economic regulation is a form of external regulation of companies' economic activity, characterizing an intervention in the relationships established by contracts in market environments. Traditionally, regulation has been a typical state activity, with regulatory agencies being the most obvious example. According to Márcio Iorio Aranha:

Regulation, in short, is the presence of rules and administrative action (*law and government*) of a cyclical nature supported by the assumption of daily reconfiguration of the rules of conduct and the relevant administrative acts to constantly redirect the behavior of the activities subject to scrutiny. (2019, 243)

The theory of regulation based on the "public interest" generally understands that markets fail and that governments can correct these failures through regulation (Shleifer 2005). Thus, regulation takes place in the face of market failures, with abuse of market power and informational asymmetry being the most common situations discussed on the subject.

In the regulatory sphere, it is essential to start from the premise that the state should regulate market dysfunction. For example: regulation will be the conductor in markets where competitors –or the lack of them– exceed their economic freedoms and harm consumers' freedom of choice. This is because, so that the orchestra can follow the appropriate sonnet and the listeners can enjoy the

melody, the conductor adapts the instruments so that, together, they complement each other. Compared to the orchestra, regulation is the possibility for the state to provide guidelines so that market *players* in that sector can fully enjoy the principle of economic freedom. However, how can an instrument of standardization and, essentially, limitation foster competition? This is the great dilemma of regulation.

In essence, regulation is identified as a limitation to the exercise of competition in the aspect that Friedman addressed (2015). However, to encourage new *players* and mitigate the risks of monopolization or cartelization of markets, regulation is identified as the guarantor of the right to economic freedom only when the market requires such a state position due to the presence of flaws that do not allow economic agents to compete freely and increase consumer welfare.

If, on the one hand, regulation indicates limitations, on the other, it should provide incentives for competition. In other words, regulation should be structured and designed according to the economic and product peculiarities of each market. This means that to properly approach regulatory standards, the economic aspects must be the main elements to be analyzed. The regulatory challenge is enormous, and, for this reason, new models have been brought forward and listed above, reflecting the possible regulatory options.

After the 1990s and the privatization of state-owned companies, classic regulation began to develop in Brazil. The main sectors in which it is present are those involved in infrastructure, such as intercity and interstate transportation, basic sanitation, and electricity, among others. In addition, the challenge of regulation goes beyond the market structure barrier and moves on to the need to monitor the new reality with the direct interference of new technologies and digital platforms.

State regulation also has flaws, known as government flaws, the most well-known of which is capture (Stigler 1971). This recognition underlies LLE. Faced with the inefficiency of state regulation, new forms of regulation have been created, among which co-regulation or regulated (or supervised) regulation and self-regulation

are the best-known types, as will be seen below. In these cases:

the private individual is an actor in the regulatory environment, sharing responsibility with the state for achieving the public interest. The citizen of the regulatory state is an essential cog in the wheel and a necessary driving force for the implementation of the public interest, through co-participation in the provision of socially relevant activities. (Aranha 2019, 31)

Self-regulation

Self-regulation is the regulation carried out by a group of actors or economic agents to control the behavior of their members in market environments. These actors can be, for example, professional bodies, trade associations, public interest groups, business partners, consumers, or even corporations.

To delve deeper into the subject, we draw on the fundamental teachings of Robert Baldwin, Martin Cave, and Martin Lodge, in *Understanding Regulation: Theory, Strategy, and Practice*, highlighting here some characteristics of self-regulation (Baldwin et al 2011). There are three important variables for self-regulation: (i) whether it is strictly private or mixed with government interests (for example, in response to a public policy that delegates tasks to private entities), (ii) the role played by self-regulators, and (iii) the binding force of self-regulatory rules.

In terms of its nature, self-regulation can be purely private when, for example, an association aims to achieve the private objectives of its members (Baldwin et al 2011). In other words, the authors are the very

recipients of the regulation. In addition, self-regulation can be the result of government imposition, when, for example, the government establishes rules for the self-regulation process, oversight of government agencies, procedures for public *enforcement of* self-regulation rules, or participation or *accountability* mechanisms (Ibid.). In this case, the absence of self-regulation can lead to repressive government action or even state regulation in its original form.

In Brazil, some regulatory agencies are using this procedure, with experiments already being carried out by BACEN³ by Anatel⁴ and by Senacon itself.⁵ The role played by self-regulators is to draw up self-regulation rules, apply them, and monitor the whole process. In Brazil, the oldest and best-known example of self-regulation is CONAR.⁶ When it comes to self-regulation created by the government, a public agency can apply and monitor it—although some prefer to call this process regulated self-regulation (Baldwin et al 2011).

Finally, concerning the binding force of self-regulatory rules, it should be noted that self-regulation can either operate in an informal, non-binding, and voluntary manner or involve binding rules that can be applied by the judiciary (Ibid.). When they have been incorporated into legislation (for example, article 113 of the Civil Code recognizes commercial uses and customs and the judiciary often applies the rules of the International Chamber of Commerce's INCOTERMS as international trade rules, even though strictly speaking they are *soft law*).

The expertise of self-regulatory entities and the efficiency—in terms of cost-benefit—of this form of regulation are the main advantages of self-regulation, since these entities “usually have more relevant expertise and

3 Self-regulation of the Portability of Credit Operations carried out by Natural Persons “allows consumers the possibility of transferring their credit operation to another institution that offers more attractive conditions, reducing the cost of their debt”. <https://portal.febraban.org.br/pagina/3282/52/pt-br/autorregulacao-portabilidade-credito>

4 The Telecommunications Self-Regulation System (START) is an “initiative of the main providers with the aim of presenting codes of conduct to improve consumer relations”. <https://www.gov.br/anatel/pt-br/assuntos/noticias/anatel-ouvira-sociedade-na-revisao-do-regulamento-de-direitos-do-consumidor-de-telecomunicacoes>

5 Sistema de Autorregulação de Operações de Empréstimo Pessoal e Cartão de Crédito com Pagamento Mediante Consignação (Consigned Credit Self-Regulation System) is an initiative that is voluntarily adhered to by banks and “is accompanied by commitments aimed at improving the supply of the product”. <https://portal.febraban.org.br/noticia/3395/pt-br/>

6 The National Advertising Self-Regulation Council (CONAR) is a non-governmental organization, made up of advertisers and other professionals. Created because of threats to prior censorship of advertising in the 1970s, it opted for self-regulation, summarized in the Brazilian Advertising Self-Regulation Code, “which would have the function of watching over freedom of commercial expression and defending the interests of the parties involved in the advertising market”. <http://www.conar.org.br/>

technical knowledge than the independent regulator” (Ibid.) and know what will be considered reasonable in terms of regulatory obligations by the regulated parties. The specific and intrinsic knowledge of the market sector allows self-regulators to make acceptable demands of the economic agents affected, which produces higher levels of voluntary *compliance* compared to regulatory rules external to the entity. According to the Organization for Economic Co-operation and Development (OECD), in self-regulation, companies and/or groups of professionals in the same sector voluntarily choose good market practices, based on rules and principles that are experienced and practiced in a unified and integrated manner.⁷

Self-regulation also has the potential to produce efficient controls. Self-regulators have less informal asymmetry in relation to the market and, as a result, have lower costs in acquiring the information needed to formulate and establish parameters, given the constant and easily accessible contact with their members. Therefore, they have low monitoring and *enforcement* costs and can generate changes without causing major negative impacts (Ibid.).

On the other hand, the disadvantages of self-regulation refer to: (i) *mandates*, (ii) *accountability*, and (iii) *fairness of procedure*. About the first disadvantage, it should be noted that, in addition to the difficulties of determining the content of self-regulation and its objectives, they are generally established by institutions without democratic legitimacy to do so, for example, members of private associations. This becomes even more problematic when self-regulation affects parties outside the entity, or when the public interest supposedly protected by self-regulation is questioned.

The second disadvantage, *accountability*, refers to the lack of consensus on the responsibility of self-regulatory bodies before the judiciary, for example. The *fairness of procedure* disadvantage, in turn, refers to the

unfairness of those who are not members of the self-regulatory body being affected by regulatory decisions to which they had little or no access (Ibid.).

There are already bills in Brazil on self-regulation, trying to address these alleged disadvantages.⁸ But, despite the meritorious purpose, it is too early for legislative intervention in this process that is just beginning in Brazil. Given the advantages and disadvantages presented, they must be weighed up to see if the advantages outweigh the disadvantages, i.e. if expertise and efficiency outweigh the concerns (*mandates, accountability, and fairness of procedures*). However, we imagine that the area of technology and data is particularly conducive to this, given the companies’ own greater knowledge of the limits of their operations, what exactly they do, and the recent structuring of the ANPD itself.

Certainly, self-regulation is technically superior to the absence of regulation when there are big players in the market, as in the case of *big techs*. Thus, it can be concluded that self-regulation is an excellent tool and, when combined with traditional regulation, can generate greater competition and, consequently, an increase in consumer welfare, which is a regulatory practice recognized by the LLE and even presupposed by the LLE.

Co-regulation

Another option for regulatory techniques is co-regulation, in which there is a division of duties between the private sector and the public sector. In other words, to avoid traditional, unilateral regulation by the state, companies agree to limit their market practices so that they can jointly define good practices of their own.

But what is the distinction between this perspective and self-regulation? In co-regulation, the state expressly authorizes the creation of its own rules by the productive

7 Organization for Economic Cooperation and Development. 2025. “Industry Self-Regulation: role and use in supporting consumer interests”, DSTI/CP (2014)4/FINAL Report. [https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/CP\(2014\)4/FINAL&docLanguage=En](https://www.oecd.org/officialdocuments/publicdisplaydocumentpdf/?cote=DSTI/CP(2014)4/FINAL&docLanguage=En)

8 a) Bill No. 6212 of 2019 amends Law No. 13,709 of August 14, 2018 (General Data Protection Law) to provide for co-regulation. According to the bill authored by Senator Antonio Anastasia, “co-regulation can overcome the problems and shortcomings of pure self-regulation, such as the deficit of democratic legitimacy, the low coercion of negative externalities and, especially, the low coerciveness”. <https://legis.senado.leg.br/sdleg-getter/documento?dm=8049526&ts=1576151977899&disposition=inline>

b) Bill No. 2630 of 2020 (Fake News Law), initiated by Senator Alessandro Vieira, provides, in article 30, for regulated self-regulation.

sector, as well as demanding that good market practices be monitored and demanded by companies, creating informal supervision between the *players* involved or possibly even formal supervision through the regulator. Thus, the state will have to monitor and supervise market movements, acting in times of abuse.⁹

In a recent initiative, for example, the National Consumer Secretariat (SENACON) adopted the

Coregulation Guide for the Payroll Credit Market, using this approach.¹⁰ Self-regulation and co-regulation undoubtedly offer advantageous regulatory techniques for the market and, above all, for consumers. This is because they provide greater adaptability, lower administrative and *enforcement* costs, and, above all, encourage mechanisms for resolving conflicts practically and rapidly with the user.

REGULATORY IMPACT ANALYSIS AND ABUSE OF REGULATORY POWER

At the specific level of economic regulation and state intervention in the economy, the LLE sets limits both by adopting Regulatory Impact Analysis (RIA) and by controlling regulatory abuse by FIARC/SEAE of the Ministry of Economy. In doing so, it also establishes some positive duties for the state (including the Public Prosecutor's Office and the Judiciary) to defend economic freedom (free enterprise).

The observation that gave rise to this legislative change in the LLE is that the state can also be a producer of market failures, especially when it acts as a regulator of the economy –when so– called “government failures” are identified. In a consequentialist way, this legislative change aims to establish objective and judicious parameters for the regulator, to the extent that it is obliged to base and legitimize its decisions on pragmatic and empirical studies of the consequences of the regulation it intends to carry out. Another important point of the LLE is that it aims to review the excesses of regulatory stock–i.e. laws, decrees, and other normative acts that provide market rules–that hinder competition and the exercise of economic freedom (free enterprise).

As a result of the LLE, the Ministry of Economy took a major step forward with Normative Instruction No. 97 SEAE, of October 2, 2020, the content of which

represents an important milestone for Economic Freedom Law. The IN is responsible for creating the Intensive Front for Regulatory and Competition Assessment (FIARC) program. It does not define what regulatory abuse is, but according to positions expressed by representatives of the ministry, abuse of regulatory power is conceptualized as follows: costs of regulation that exceed the benefits to the market *players* involved in the sector.¹¹ In the same vein, Mariana Oliveira de Melo Cavalcanti (2020) points out that, despite being an indeterminate legal concept, regulatory abuse is related to acts that distort competition and market freedom, accentuating the risk of agency capture and increasing transaction costs.

Article 1, IN SEAE 97 sets out the competencies of the Competition and Competitiveness Advocacy Secretariat, such as: reviewing laws, regulations, and other normative acts of the federal, state, and municipal administration (item I), monitoring the functioning of markets (item II), proposing measures to improve regulation and the business environment (item III), analyzing the regulatory impact of public policies (item IV), among others. Chapter II et seq. of IN SEAE 97 deals with important concepts taken from the Economic Freedom Law (art. 4), such as regulatory and competitive abuse, market reserves (art. 4, item I),

9 Organization for Economic Cooperation and Development. 2006. “Alternatives to Traditional Regulation”. <https://www.oecd.org/gov/regulatory-policy/42245468.pdf>

10 https://www.eesc.europa.eu/sites/default/files/resources/docs/auto_coregulation_en-2.pdf

11 The event was promoted by the Getúlio Vargas Foundation (FGV), with the participation of Andrey Freitas. <https://www.youtube.com/watch?v=BOhjNrxDQE>

anti-competitive statements (art. 4, item II), technical specifications that are not necessary for the intended purpose (art. 4, item III), among others.

Thus, FIARC acts as an entry channel for regulated agents in a wide range of economic sectors to submit requests to SEAE regarding specific regulatory rules that they believe are harmful to competition. These requests then go through a preliminary admissibility analysis, before being opened to a broader and more transparent discussion with interested parties, including through public hearings. In the end, SEAE produces an opinion which, in cases where the analysis concludes that there is a serious negative impact on competition, with non-compliance with legal precepts, will inform the Federal Attorney General's Office (AGU) to assess the pertinence of any measure against the illegality found.

According to a press release from the Camara Dos Diputados,¹² three new complaints of possible regulatory abuses were approved at the last FIARC meeting, held on May 12. The Brazilian Petroleum Institute (IBP) is questioning CMEN Ordinance 279/97 because the establishment of an annual quota for the import of lithium hydroxide unjustifiably restricts imports of this raw material to produce greases, creating barriers to entry for new suppliers and, as a result, creating a market reserve.

Another request that was also approved was from the company Contabilizei Contabilidade LTDA, which denounced the provisions of the Brazilian Accounting Standard (NBC PG 01/2019) related to the use of

advertising. Finally, the Association of Port Users of Bahia (Usuport) submitted a request to investigate a possible contravention by Normative Resolution 34/2019 of the National Waterway Transportation Agency (Antaq) to the Economic Freedom Law. In this regard, Usuport argues that the rule in question, by authorising port operators to impose the Bonded Port Facilities – Segregation Fee on their competitors in the bonded storage market for import containers destined for other bonded areas, harms competition and increases transaction costs without providing evidence of corresponding benefits. This is a significant advance in conceptualization and, above all, in the possibility of repressing the abuse of state regulatory power. It is also important to emphasize that repression of regulatory abuse implies fostering competition and economic freedom. As a result, the FIARC program is already showing interesting signs of market acceptance, and although the processes are in their early stages, the program has a positive outlook for serving as a valuable tool against state regulatory abuse.

It should be noted that economic regulation does not represent a merely arbitrary exercise by the state in the service of the political ideology of the rulers (even if legitimately elected), but on the contrary, respects predetermined political-legal constitutional objectives, illuminating rational notions of economics –known as the economics of regulation– and the limits imposed by the law, especially the Economic Freedom Act. From this perspective, respect for the constitutional dictates promoting economic freedom (free enterprise) is consolidated in market practice as a fundamental right.

THE IMPACT OF THE EPL ON OTHER FIELDS OF LAW: THE CASE OF THE “REGULATORY TRIPOD” OF COMPETITION, CONSUMERS, AND DATA

Because it is a topic that impacts market relations, the Economic Freedom Act has its effects felt mainly in the areas of competition, consumer relations, and, with

technological advances, data, and can be applied with other legal subsystems such as consumer, competition, and data law.¹³

¹² <https://www.camara.leg.br/noticias/638296-abuso-do-poder-regulatorio-podera-ser-transformado-em-infracao-economica/>

¹³ We will address the effects of the LLE on the “regulatory tripod” of the data-driven economy in a further publication.

Competition

As discussed above, the LLE seeks to promote a healthy market environment for economic agents, based on free initiative. This objective includes, among other things, the preservation of competition, without the state abusing its prerogatives to, for example, benefit a certain economic group to the detriment of others. By preventing the abuse of the state's regulatory power, the Economic Freedom Act aims to guarantee competition in the market and, consequently, the well-being of consumers. In this way, in parallel to the actions of the Administrative Council for Economic Defense (CADE), the Competition and Competitiveness Advocacy Secretariat can speak out about normative acts capable of harming competition, reducing so-called "legal or regulatory" barriers to entry (Barriers 2005).

About CADE's actions themselves and their impact on the economy, we highlight the analysis of the actual or potential effects of mergers and unilateral conduct. In these cases, CADE weighs the negative effects on competition and the positive effects –efficiencies– that possible mergers and unilateral conduct can have on certain markets.

The analysis of digital markets, however, has presented some challenges, given their dynamics and the fact that the scenario can change rapidly. In cases involving digital markets, it is possible for the antitrust authority to act in a timely, which can have significant effects on the organic growth of *players* in the market, reinforcing the dominant position of an existing *player* and raising "concentration levels and barriers to entry".¹⁴ In this sense, the debate on CADE's intervention in digital markets essentially refers to the LLE and the discussion of the effects of this intervention in terms of false positives and false negatives in evidentiary terms that can contribute to or harm free competition. In other words, the LLE brings an additional layer of protection to economic freedom (free enterprise) and must be observed by CADE itself.

In addition, as a point of attention at the intersection between LLE and competition, it is clear that CADE's

administrative decisions in which the conversion of a summary procedure to an ordinary procedure in a Merger Administrative Proceeding (CA) occurs may indicate intervention–albeit indirect–in the market, harming the free initiative of an economic agent, which is normally done by CADE without any consideration of immediate effects and/or consequences. This is because until any CA is approved, economic agents cannot carry out the deal, under the penalty of "gun jumping". Despite these specific challenges, the essence of the LLE in terms of analyzing the impacts of CADE's intervention in the economy is already part of the antitrust authority's routine when it evaluates the efficiencies of a CA when it applies the rule of reason principle in conduct sanctioning proceedings, among other practices.

Consumer

If, in competition law, the logic behind the limits to state regulation contained in the LLE is present in CADE's actions, in consumer law the road is more arduous and the learning curve greater, as there is still a rather paternalistic and interventionist view among most consumerists and the Brazilian consumer himself.

Understanding the increase in the variety of products, the dissemination of market information, and the need to make a profit, companies provide better conditions for consumption, guaranteeing benefits to consumers. In practical terms, consumer benefits mean better prices and better products on the market. But how does the LLE directly help with this? Article 3 lists the basic pillars of LLE, including in item III, the free definition, in unregulated markets, of the prices of products and services, based on changes in supply and demand. In short: price control practiced by state intervention is prohibited by the LLE. Structurally, prices are made up of the sum of (i) raw material and labor costs; (ii) costs linked to logistics; (iii) the market price; and, in the case of regulated markets, (iv) the costs of state regulation.

In the case of price controls, the state adopts minimum and maximum parameters for certain products and services to be sold and circulated on the market. In this way, the price construction structure adopted by

¹⁴ Technical Note No. 4/2021/CGAA1/SG1/SG/CADE (Administrative Inquiry No. 08700.004588/2020–47).

the equation between variable costs according to the product is ignored and replaced by the intervention of values specific to the private agent. Thus, profits –the goal of business activity– are drastically minimized in favor of state definitions of the market variables of supply and demand. And how does this harm the consumer?

When prices are imposed, the structural axis of the market, made up of supply and demand, is altered, generating a shortage of products and/or services. The LLE, therefore, chooses the voluntary purchasing decisions of consumers, based on market demand, as the main determinant of the cost and price structure of the products and services offered on the market. The more consumer demand, the more suppliers and sellers generate innovative and quality offers.

Price controls invert the logic of the market, demanding production at prices imposed on the market agent, imposing maximum values which, in many cases, do not generate any profit margin. The consequence of this is a shortage of products and services, since consumption will increase and demand will not be sufficient to meet consumer needs. Market prices stimulate consumers and sellers based on supply and demand conditions. In this way, price control is an instrument that is ruled out with the application of LLE to the consumer market.

On the other hand, article 5 of the LLE lists the need for a Regulatory Impact Analysis (RIA) for any state regulations. This means that to impose regulatory costs—one of the factors indicated as premises for structuring the prices of products and services—federal public administration bodies and entities, including the National Consumer Secretariat (SENACON), must carry out an impact analysis, which will contain information and data on the possible effects of the normative act to verify the reasonableness of its economic impact. It is arguable that other consumer protection bodies also need this RIA when they intervene in the market. For consumers, the RIA makes it possible to be transparent about the prices adopted by the market, avoiding costly and unnecessary over-regulation that leads to price increases without adequate technical-regulatory justification.

Data Processing and Free Initiative

Today, the data-driven economy must be understood as both an economic and legal phenomenon. This is because new technologies are increasingly interfering with and participating in our daily lives. This new face of capitalism, which is capitalism of “ideas” and no longer “concrete” (Cooter 1985), ends up distributing, perhaps, fewer direct jobs than a traditional factory. However, it seems to be an inexorable process, so much so that the USA, China, India and perhaps Brazil seems to be heading in this direction.

And what does it take for a country to generate innovation if it doesn't want to be stuck in outdated capitalism? According to a seminal *paper* by Cooter (1985), innovation requires a combination of funding and ideas (*seed money*, *Angel investors*, etc.). In the US model, those who have ideas are private agents looking for a financial return. The state must do less, and by doing less, it does more. With this metaphor, Cooter refers to the theory that when government agents are unable to predict the future, they should put aside industrial policy and concentrate on what they can do best: education and infrastructure. The situation is different in Asia, where the state takes on the role of directing investment (remembering that Asia is not yet the frontier of technological innovation).

Faced with this reality, Federal Law No. 13,709/2018 –the General Data Protection Law (LGPD)– stands as a regulatory challenge for the Public Administration, enabling dissemination and oversight, and for the private sector, ensuring that its practices comply with legislative requirements. Digital markets and the impact of technology on productive sectors are challenges faced worldwide in terms of the need –or is it the need? – of regulation. The COVID-19 pandemic has accelerated the digitization of services and products, bringing the issue to the forefront of discussion among global leaders.

However, specifically about the relationship between data processing and economic freedom (free enterprise), if there were no economic freedom, most technological advances would be impossible. Linked to traditional regulation, technology mechanisms would become impractical in terms of the innovation and disruption

intrinsically linked to their value. The LLE and LGPD deal with regulation, in a broad sense, for economic agents to calibrate regulatory intensity according to the explored business activities and, consequently, the processing of personal data.

In this way, one of the principles listed in article 2 of the LLE is identified and structured: the subsidiary and exceptional intervention of the state in the exercise of economic activities. With the recognition of the subsidiarity of regulation, both by the LGPD and the LLE, the level of competitiveness of Brazilian economic agents, in terms of the processing of personal data, is

enhanced and strategically valued for better positioning in the international market.

Therefore, based on this premise, the structure required by the LGPD is implemented in a way that is less costly for the economic agent, reducing costs and making it easier to meet demand. It can thus be seen that the LGPD, which is much more modern than the CDC, for example, already has the principles or at least the spirit of the LLE in terms of controlling the regulatory excesses of the state and respecting economic freedom (free enterprise) as the core of technological innovation.

CONCLUSION

Economic freedom (free enterprise) is a fundamental right linked to the right to freedom, more specifically to economic freedoms, and represents the essence of a market economy. Economic freedom (free enterprise) guarantees market agents the freedom to act in the market, in principle, without interference from the government. State interference in the economy –Economic Regulation– can, however, occur, for example, when the Government wishes to preserve competition, guarantee freedom of choice for consumers, or protect citizens' privacy about personal data. In this context, although regulation indicates limitations, it guarantees the right to economic freedom, for example,

by generating incentives for new players to enter the market or mitigating the risks of cartelization. In short, through regulation, the state can establish guidelines for market *players* in a specific sector to fully enjoy the principle of economic freedom. However, regulatory activity can also deviate from the optimum level, presenting government failures. Therefore, the recent Economic Freedom Law plays a key role in guaranteeing economic freedom (free enterprise), among other things, by setting limits on state regulation through the adoption of Regulatory Impact Analysis (RIA) and the control of regulatory abuse by FIARC/SEAE of the Ministry of Economy.

REFERENCES

- Aranha, Marcio. 2019. *Manual de Direito Regulatório: Fundamentos de Direito Regulatório*. Sao Paulo: Laccademia Publishing.
- Baldwin, Robert; Cave, Martin, and Martin Lodge. 2011. *Understanding Regulation. Theory, Strategy, and Practice*. Oxford: Oxford University Press.
- Caldeira, Jorge. 2017. *História da riqueza do Brasil*. São Paulo: Mameluco Editions.
- Cavalcanti, Mariana. 2020. *Economic Freedom Bill of Rights. Comments to Law 13.874/2019 (2020)*. Sao Paulo: Juspodvum.
- Coase, Ronald. 1988. *The Firm, the Market, and the Law*. Chicago: University of Chicago Press.
- Cooter, Robert. 1985. *Bargaining with the State*. Princeton: Pinceton University Press.
- Friedman, Milton and Rose Friedman. 2015. *Livre para escolher. Um depoimento pessoal—Uma reflexão sobre a relação entre liberdade e economia*. Rio de Janeiro: Editora Record.
- North, Douglas C. 1990. *Institutions, Institutional Change and Economic Performance*. Cambridge: Cambridge University Press. DOI: <https://doi.org/10.1017/CBO9780511808678>
- Shleifer, Andrei. 2005. “Understanding Regulation”. *European Financial Management*, Vol. 11 (4): 439–451. DOI: <https://doi.org/10.1111/j.1354-7798.2005.00291.x>
- Stigler, George J. 1971. “The Theory of Economic Regulation”. *The Bell Journal of Economics and Management Science*, Vol. 2, no. 1: 3–21. DOI: <https://doi.org/10.2307/3003160>
- Williamson, Oliver. 2005. “Why Law, Economics and Organizations?”. *Annual Review of Law and Social Science*, Vol. 1: 369–396. DOI: <https://doi.org/10.1146/annurev.lawsocsci.1.031805.111122>

ENSAYO

Handwritten signature or stylized text in light beige.

A CONOCER ESTE MUNDO
Experiencias de personas trans con la justicia

ENTERING THIS WORLD
Trans People's Experiences with Justice

A CONHECER ESTE MUNDO
Experiências de pessoas trans com a justiça

*Catalina Mendoza Eskola**

Recibido: 1/I/2025
Aceptado: 13/III/2025

Resumen

Este artículo forma parte de una investigación etnográfica realizada en Cuenca, Ecuador, cuyo objetivo es analizar cómo se construyen las identidades de género en el ámbito judicial; centrándose en la participación de personas trans como víctimas de delitos o como sentenciadas a cumplir penas privativas de libertad, a partir de la revisión de expedientes judiciales. Ante la falta de registros de personas trans como víctimas de hechos delictivos, a pesar de su vulnerabilidad frente a la violencia estatal, se recurrió a entrevistas para explorar sus experiencias de exclusión en el acceso a la justicia. Los hallazgos evidencian que esta exclusión no es resultado de fallas aisladas del sistema judicial, sino una manifestación estructural de la institucionalidad estatal que perpetúa la discriminación hacia las personas trans. En las conclusiones, se subraya la necesidad urgente de transformar, de manera efectiva, las condiciones de acceso a la justicia para esta población, visibilizando los mecanismos de exclusión que perpetúan su vulnerabilidad y obstaculizan el pleno ejercicio de sus derechos.

Palabras clave: Cuerpo; Sexualidad; Identidad de género; Violencia; Exclusión social; Discriminación; Etnografía

Abstract

This article forms part of an ethnographic study conducted in Cuenca, Ecuador, which seeks to analyze the construction of gender identities within the judicial system. The study focuses on the participation of trans individuals, either as victims of crimes or as persons sentenced to serve

prison terms, based on a review of judicial case files. Due to the absence of records identifying trans individuals as victims of criminal acts—despite their heightened vulnerability to state violence—in-depth interviews were conducted to explore their experiences of exclusion in accessing justice. The findings reveal that such exclusion does not stem from isolated failures within the judicial system but rather reflects a structural manifestation of state institutionalism that perpetuates discrimination against trans individuals. The conclusions underscore the urgent need for state and societal responses to effectively transform the conditions of access to justice for this population, thereby ensuring the full realization of their rights.

Keywords: Body; Sexuality; Gender Identity; Violence; Social Exclusion; Discrimination; Ethnography

Resumo

Este artigo é parte de uma pesquisa etnográfica realizada em Cuenca, Equador, com o objetivo de analisar como as identidades de gênero são construídas no âmbito judicial, com foco na participação de pessoas trans como vítimas de crimes ou como sentenciadas ao cumprimento de penas privativas de liberdade, a partir da revisão de autos processuais. Diante da ausência de registros de pessoas trans como vítimas de atos criminosos, apesar de sua vulnerabilidade à violência estatal, foram realizadas entrevistas em profundidade para explorar suas experiências de exclusão no acesso à justiça. Os achados evidenciam que essa exclusão não resulta de falhas

* Doctora en Derecho por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador. Integrante del Grupo de Investigación en Estudios Interdisciplinarios de Género de la Universidad de Cuenca, Ecuador. Abogada feminista. Correo electrónico: catalina.mendoza@ucuenca.edu.ec.
ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-8312-572X>

Cómo citar este artículo: Mendoza Eskola, Catalina. 2025. "A conocer este mundo. Experiencias de personas trans con la justicia". Revista de Estudios Jurídicos Cálamo, núm. 23: 126-144. DOI: <https://doi.org/10.61243/calamo.23.450>

isoladas do sistema judicial, mas constitui uma manifestação estrutural da institucionalidade estatal, que perpetua a discriminação contra pessoas trans. Nas conclusões, destaca-se a necessidade urgente de promover respostas estatais e sociais que transformem, de forma efetiva, as condições de

acesso à justiça para essa população, assegurando o pleno exercício de seus direitos.

Palabras-chave: Corpo; Sexualidade; Identidade de gênero; Violência; Exclusão social; Discriminação; Etnografia

Comencé a hacerme mis cambios cuando me iba de vacaciones. Salíamos siempre a finales de enero y entrábamos en mayo. En esos dos o tres meses, ya no me cortaba el cabello, yo lo tenía hasta por acá, más largo del hombro. Y ahí ya me iba, pues, maquillándome, arreglándome. Me hacía de unas amigas que eran trans y ellas fueron las que me orientaron con el proceso de las hormonas. Incluso ellas me ayudaron al principio a saberme arreglar, maquillarme, qué ropas usar. Como en ese entonces estaba recién saliendo, no sabía arreglarme, no sabía maquillarme. Muchas de ellas usaban las esponjas. Yo tenía que aprender a usar esas esponjas, que hacían sus cuerpos tan extravagantes y voluptuosos. Así que yo comencé con ellas y de ahí dejé mis estudios. Salí, prácticamente, a conocer este mundo.

Karina, 39 años

Los textos queered, al resistirse al anonimato de la autoría, conducen los textos de la academia a los espacios más íntimos del cuerpo...

Gardner 1997, 128

INTRODUCCIÓN

La construcción social de las identidades siempre tiene lugar en contextos marcados por relaciones de poder. En efecto, es mediante procesos políticos formales e informales que unas identidades son presentadas como “naturales”, mientras que otras aparecen como “desviadas”. Unos atributos son expuestos como “ideales”, al tiempo que otros son clasificados como “devaluados”. En esta línea, siguiendo a Plummer (1991), cuestiono los supuestos sobre la sexualidad; de modo especial, aquel que considera que la naturaleza prescribe un modelo unitario para la expresión de la sexualidad de los seres humanos. Son las sociedades y culturas concretas las que modelan la sexualidad.

La sexualidad dominante ha sido construida a partir de supuestos que vinculan la “verdadera” sexualidad a la pareja heterosexual y a la reproducción. El modelo patriarcal ha difundido la idea de dos cuerpos diferentes –pero complementarios– a los que corresponden diferentes espacios, labores y estéticas. Bajo este marco, las expectativas y experiencias sociales tienden a estigmatizar a quienes no se corresponden con el modelo dominante de sexualidad. Históricamente los

discursos y prácticas sociales han discriminado a los individuos y grupos que se alejan de categorías no normativas, utilizando para ello tanto la violencia directa como la violencia más soterrada (Valcuende del Río 2006).

Los años ochenta y noventa del siglo anterior dan cuenta de la irrupción de los movimientos por los derechos de la diversidad sexual y de género –junto a otros movimientos, como el indígena– en el escenario nacional. Para Fierro (2009), su creciente visibilidad como lugar de resistencia y la manera singular en que se expresan sus luchas enriquecen el debate sobre las diversas formas de vivir la sexualidad en contraposición a un rígido modelo heterosexual.

Lind y Argüello (2009) inscriben este proceso dentro de las luchas por la ciudadanía sexual en América Latina. Se comienza a debatir el tema de los derechos de quienes históricamente han sido discriminados debido a su identidad sexual y/o de género. Estos movimientos, junto con movimientos feministas y de mujeres, logran replantear el significado del sexo, el

género y la sexualidad, y ponen en evidencia los modos en que estas categorías configuran los estados-nación modernos y las nociones de ciudadanía.

Se denuncia la violencia que el Estado dirige en contra de travestis y transexuales, a través de la fuerza pública (detenciones arbitrarias, abuso sexual, tortura y otros tratos crueles, inhumanos y degradantes). Se pone en evidencia las humillaciones y maltratos a los que eran sometidas desde el momento en que la policía constataba la discordancia entre su apariencia física y los datos de identificación de los documentos de identidad. Se critica, asimismo, la forma vergonzante en que son expuestas a través de la prensa. Se denuncia la incursión violenta de los cuerpos de seguridad del estado en lugares de entretenimiento nocturno, como bares y discotecas, frecuentados por *gays*, lesbianas y personas trans (Garrido 2017).

En varios países de la región se desarrolla una forma de resistencia a partir de la apropiación de la categoría travesti. En Ecuador, las primeras movilizaciones fueron lideradas por trabajadoras sexuales travestis. La calle, frecuentemente experimentada como un entorno de represión policial, se convirtió en un espacio de lucha y resistencia (Sancho y Platero 2018).

La movilización de travestis y homosexuales para denunciar los abusos de los que eran víctimas por parte de los cuerpos policiales, y exigir un cambio de la ley que los oprimía, sin duda, constituye un hito en el proceso organizativo de los colectivos de diversidad sexual. No obstante, en opinión de Almeida y Vásquez (2010), es necesario desarrollar una lectura crítica, puesto que la represión de las estéticas de género que se supone “contrarias a la moral y las buenas costumbres” permanecerá vigente, en la práctica, a partir de la aplicación de las normas de carácter contravencional.

En efecto, a pesar de que la ley más importante del Estado, la Constitución del Ecuador del año 2008, proclama que todas las personas son iguales y gozarán de los mismos derechos, deberes y oportunidades, que nadie podrá ser discriminado por causa de su sexo, identidad de género u orientación sexual, y que el Estado tiene el deber de adoptar medidas de acción afirmativa que promuevan la igualdad real en favor de

los titulares de derechos que se encuentren en situación de desigualdad, en la práctica de los operadores de justicia (policías, abogados particulares, defensores públicos, guías penitenciarios, jueces, fiscales) persisten situaciones de franca discriminación –directa u oculta– en contra de personas trans que se ven inmersas o descartadas de procedimientos judiciales.

Aunque existen diversos instrumentos internacionales que protegen los derechos humanos de las personas trans, estos no tienen una vigencia efectiva (Guerrero y Ruiz). La jurisprudencia constitucional de varios países de América Latina, como el Ecuador, ha permitido avances en torno a la igualdad de esta población (Urrutia, Jaramillo y Acurio 2023). No obstante, el principal reto sigue siendo enfrentar y superar un contexto social marcado por la violencia institucional y la discriminación generalizada, expresada en las cifras de asesinatos, violencia, acoso e impunidad, sin una respuesta eficaz (Cedeño 2021).

Las personas trans continúan encontrando obstáculos para ejercer sus derechos (Orozco 2020). A la hora de aplicar normativas y políticas se sigue haciendo referencia a rígidas categorías identitarias (Recalde 2019). Las investigaciones para determinar responsabilidades por vulneraciones de derechos de personas trans suelen ser archivadas de manera prematura porque no cuentan con elementos suficientes para imputar alguna infracción a los involucrados en los hechos denunciados (Clavero, Cubillos y Chacón 2022). El desconocimiento de las personas trans en torno a las vías para la defensa de sus derechos es generalizado (Villamarín, Bermúdez y Paredes 2022). Por tanto, es en los procesos de aplicación de regulaciones, disposiciones y directrices en el que intervienen diversos actores (García 2016) es posible estudiar, por una parte, cómo se jerarquizan los cuerpos y las identidades, a partir de la articulación de categorías como el sexo, el género, la sexualidad, la racialización y la clase social; pero también es posible analizar los mecanismos a través de los cuales las personas trans se adaptan o confrontan esos poderes y generan resistencias.

En este contexto, esta investigación realizada en la ciudad de Cuenca-Ecuador está orientada a conocer cómo se construyen las identidades de género en el

ámbito judicial. Se propone identificar las categorías a través de las cuales diversos operadores de justicia clasifican, visualizan y valoran los cuerpos de las personas trans que participan en procesos judiciales, indagar cómo las personas trans se presentan ante la justicia y averiguar cómo ellas reaccionan ante el trato que reciben. Pretende, asimismo, descifrar las rutas, rutinas y rituales de los procedimientos judiciales en los que se ven inmersas personas trans y analizar cuáles son las consecuencias que produce en ellas estos procesos.

Para tal fin, quien esto escribe buscó procesos judiciales en los que participaban personas trans –como afectadas por delitos o como sentenciadas a cumplir una pena privativa de la libertad–. Sin embargo, a pesar de que experimentan altos niveles de estigmatización, marginación y violencia (Carrasco y Delphine 2019), las personas trans no aparecían como víctimas de hechos delictivos. Fue necesario, entonces, averiguar las razones de esta exclusión, a partir de testimonios de personas trans a quienes sistemáticamente se impide el acceso a la administración de justicia.

Asumí la observación participante como la principal técnica de investigación –complementada por la técnica de entrevista en profundidad–. Centré mi análisis en relatos que tenían lugar en el momento en que se desarrollaba la investigación, procurando realizar un estudio del fenómeno –y la relación entre sus diversos componentes–, buscando sus causas, correlatos y efectos (Coller 2000). La finalidad fue la acumulación de un *corpus* de información etnográfica que facilitara la elaboración de conocimiento antropológico sobre el objeto de estudio, buscando la aprehensión de las categorías de los propios actores sociales. En este sentido, resulta esencial reconocer a quienes compartieron sus testimonios, no solo como informantes, sino como sujetos que aportan una comprensión situada y legítima de las dinámicas de poder que enfrentan en el ámbito de la justicia. Intenté detectar las conexiones, contrastes, tensiones, asociaciones y relaciones de distinto tipo entre los elementos de los que se compone la dinámica analizada (Sanmartín 2003).

Un militante de la Red LGBTI del Azuay, en ese entonces funcionario judicial, me presentó a las personas

trans que relataron sus experiencias. Durante varios meses él me acompañó a conversar con ellas, actividad que la cumplíamos hasta altas horas de la noche. Tuvimos extensas pláticas, desarrollamos debates profundos y nos enfrascamos en acaloradas discusiones. Y es que las etnografías se construyen sobre relaciones sociales, configuran y modelan vínculos en función del género, la sexualidad, la clase social, la edad; en definitiva, en función de relaciones de poder o cooperación (Cutuli 2013), además de que otorgan importancia a las emociones como fuente de conocimiento (Gregorio, Alcázar-Campos, Valcuende del Río y García 2019).

Pude comprender que la observación participante es mucho más que una técnica y que, como sostienen Andrade, Forero y Montezemolo (2017), implica un compromiso real para aprender del otro. En esta misma línea, tampoco el “campo” debe ser asumido como algo preexistente al quehacer etnográfico, sino como un conjunto de relaciones en permanente proceso de emergencia, conformación y mediación.

Si bien la presente investigación tiene como protagonistas a sujetos que no se ajustan a los parámetros de los géneros binarios y pueden ser identificados como personas con una corporalidad disidente (Sancho 2011), el estudio me permitió reconocer la complejidad de las experiencias trans y admitir que estas no pueden encasillarse en una sola definición o en un único entorno social (García 2009). Lo que significa ser trans en un determinado contexto está vinculado a lecturas y adscripciones alrededor del género, la sexualidad, la etnicidad, la clase social e incluso la condición migratoria. Como pone de manifiesto Viteri (2009), es necesario mapear las formas en que las personas se nombran a sí mismas, como primer paso para reconocer la diversidad.

¿Qué categorías emplean las personas, a quienes llamamos trans, para referirse a sí mismas? ¿Usan el género femenino o el masculino para relatar sus vivencias? ¿Han realizado intervenciones en sus cuerpos? ¿Alternan su presentación de género? ¿Cómo crean su lugar? ¿Cuál es el papel que asignan a la calle, la cárcel o la justicia en la construcción de sus identidades? Dar cuenta de estas y otras interrogantes nos permiten reconocer que términos como transexual,

travesti y trans no son categorías rígidas. Por ventaja, los cuerpos trans rebosan los conceptos que construimos o utilizamos para nombrarlos y jerarquizarlos.

Pero, para el Derecho –lo mismo que la ciencia y la religión– esos cuerpos que se desbordan constituyen un error. ¿Cómo el discurso jurídico materializa el sexo? ¿Cómo se construyen los sujetos a partir del control o gestión del sexo? ¿Cómo el discurso jurídico consolida la matriz heterosexual, modela los cuerpos e instaura la heteronormatividad? Caicedo y Porras (2010) sostienen que históricamente las leyes ecuatorianas han inscrito la heterosexualidad como forma única de la sexualidad legítima, lo que genera consecuencias

en términos de constitución de sujetos normales y anormales.

En cuanto a la estructura del trabajo, este se organiza en dos secciones. La primera explora las autodefiniciones y vivencias de personas trans, profundizando en cómo se perciben a sí mismas, sus relaciones e interacciones en diversos entornos. La segunda parte se centra en las experiencias de las personas trans con el sistema de justicia, revelando cómo enfrentan la violencia, ya sea de manera directa o encubierta; y cómo, en numerosos casos, se ven excluidas de diversas instancias del aparato judicial.

AUTODEFINICIONES Y VIVENCIAS DE LO TRANS

Una cosa es cómo se delimita “científicamente” el concepto de personas trans y otra cómo se definen ellas mismas. En este primer apartado esbozo algunos criterios con los que se autodefinen las trabajadoras sexuales trans que participaron en las entrevistas. Así Asimismo, doy cuenta de sus vivencias con sus familias de origen y con las que construyen cuando “salen a conocer el mundo”. Hago un repaso de sus experiencias en la escuela o el colegio que, frecuentemente, se convierten en espacios hostiles. También muestro cómo las experiencias migratorias forman parte de sus historias de vida y, finalmente, exploro cómo el trabajo sexual les ha posibilitado desarrollar ciertos niveles de autonomía.¹

“Lo que una mujer verdadera siente”

Nuestras protagonistas utilizan diversos términos para identificarse a sí mismas como: “transexual”, “mujer transexual”, “femenina” o “chica trans”. Aclaran, eso sí, que una mujer trans no es una mujer “verdadera”, aunque en el fondo “siente” como si lo fuera. En la construcción de la sexualidad cuenta la forma de vestir y la intervención corporal, proceso que se representa como una meta a la cual se aspira a llegar. Las modificaciones

corporales además favorecen su autoestima. No obstante, al hablar de los modos de expresión de lo trans, en su relato se expresa el conflicto que existe entre lo normal y lo anormal, así como la idea de culpa y pecado.

Ante mis preguntas –que, a rato se tornan inquisidoras–, Carla (22 años) destaca la “esencia” de la transexualidad:

- P: ¿Cómo usted se define?
R: ¿Cómo me defino? ¿Cómo en qué sentido?
P: ¿Como mujer? ¿Como trans...?
R: No, yo soy transexual, yo no soy mujer. O sea, obviamente, yo me creo mujer, me siento mujer, pero a la vez no soy mujer porque soy una transexual, o sea, no puedo decir que yo soy mujer. Siempre digo: soy transexual, orgullosamente.
P: ¿Pero se siente mujer?
R: Obvio, me siento mujer...
P: ¿Qué significa sentirse mujer?
R: Sentirse mujer..., o sea, tener la sensación que una mujer verdadera tiene. Uno tiene que sentirlo, pero, a la vez, tengo que decirle a las personas “soy transexual”, porque no

¹ Los nombres de las personas trans entrevistadas fueron modificados para garantizar su anonimato y proteger su privacidad. Sus testimonios son presentados textualmente para preservar la integridad de sus voces, resaltando sus vivencias en su interacción con las estructuras estatales.

puedo decirle a las personas que soy mujer, porque no lo soy, soy transexual.

P: ¿Por qué es transexual?

R: Porque ya dejé de ser masculino, y ahora me siento más mujer, ya tengo cirugías y todo eso.

P: Ya, ¿Qué sería entonces una persona transexual para usted?

R: Para mí, definirse transexual es que ya tengan cirugía. De ahí, ya, sí sería una transexual.

Mi conversación con Nadya Suin (19 años) muestra el proceso por el que las personas transfemeninas deben atravesar para verse como mujeres “auténticas”:

P: ¿Cómo se identifica usted?

R: Bueno, yo ya cambié todo y me identifico como femenina.

P: ¿Qué no más cambio de su cuerpo?

R: Solo me hormonizo, me puse silicona y nada más.

P: ¿Cómo se define usted?, ¿es una mujer?, ¿es una persona transexual?, ¿cómo se considera a sí misma?

R: Como mujer transexual.

P: ¿Qué es ser una mujer transexual?

R: O sea, sería un hombre vestido de mujer.

P: ¿Qué se necesita para ser una mujer transexual?

R: Bueno, un poco de todo, senos, arreglarse, hacerse todo. Bueno, nosotros siempre somos muy vanidosas. A veces dicen, bueno, nos ponemos un poquito aquí, en el culo, un poco de silicón, dicen. Si te falta poco, dices, ¡ay! me falta poco, me tengo que poner, ponerse el culo, caderas, hacerse la lipo, tetas, yo qué sé, arreglarse la cara, todo.

P: ¿Y su cabello?

R: ¡Ah!, también, sí, criar el cabello (Nadya tiene el cabello negro –negro profundo–, alisado, muy, muy largo).

Por su parte, Evelyn Daniela se considera “una chica trans”. Cuando le pregunto ¿qué es ser una chica trans?, ella responde que “la trans es una persona de la comunidad gay”. Y me explica que hay muchos “chicos gays” que no se visten aún como ella. “Son

gays, pero son como un chico normal”. En cambio, “nosotras –agrega– ya nos vestimos, usamos, como se dice, hormonas femeninas. Encima de eso, muchas cosas más, para querer ser ya como una chica trans. A eso es a lo que llamamos nosotras querer ser como mujeres mismo, ya.”

Kerly (22 años) da cuenta de los cambios realizados en su cuerpo y el beneficio que le representan. En el momento de la entrevista tenía seis meses de “haberse operado”. “Bueno, la nariz... hace dos meses. Todavía me duele un poco. Y eso que me quiero sacar esto de la mejilla para que se vea mejor. Me hice tetas, cintura, labios, pómulos y nariz. ¡Ah! y las nalgas. Me quiero hacer bichectomía, limarme el hueso del mentón y el hueso de las cejas. ¡Ah! y el corte del párpado.” Considera que las cirugías le han permitido mejorar su autoestima, “porque tú te ves en el espejo y te ves super cambiada, ves tu progreso y dices estoy avanzando.”

Karina (39 años) comenta que se ha puesto silicón inyectable en el cuerpo para “conseguir la figura que nosotros queremos tener, que es la apariencia de una mujer”. Manifiesta que el silicón lo tiene en “las pier-nas, la cola, las caderas, todo, son silicón.” Revela que no tiene prótesis, ni rinoplastia, ni otras cirugías más. Y añade que ha estado en tratamiento hormonal desde los 17 años, que “es lo que me ha ayudado a tener mi aspecto femenino.” Karina me sobrecoge con su relato. “Yo sé que está mal, indica, pero es lo que a mí me gusta, es mi forma de vida, porque a mí me gusta ser como yo soy.” Considera que las personas trans, como ella, están contradiciendo las leyes divinas. Es por esta razón por la que no cree que debe cambiar el nombre masculino que consta en sus documentos de identificación.

Cuando el ser humano muere en pecado está condenado al infierno. Eso dicen las mismas escrituras. Pero cuando la persona se arrepiente de todos sus pecados, al menos, en el último momento, o en el último día o suspiro de su muerte, esa persona puede tener salvación de su alma, porque no estaría al menos condenada. Pero si uno muere, si la muerte le sorprende allí en la esquina, uno va caminando y lo atropella un carro, ahí, muere en pecado. Hay un reino que está allá

arriba y otro reino que está allá abajo, cualquiera de esos dos nos jala más rápido. Es que eso es lo malo, que nosotras estamos así en la mitad, en el reino de la tierra como se dice. Yo sé que a Dios no le gusta, Dios lo prohíbe, lo condena desde un principio en el Antiguo Testamento, porque dice: Abominación es el hombre que se acuesta con un hombre, la mujer que se acuesta con otra mujer. Es abominación ante los ojos de Dios. Así dice, bien clarito. (Karina, 39 años)

Las creencias religiosas de Karina le llevan a afirmar que el arrepentimiento se puede dar. Aunque ella no se visualiza con cabello corto, afirma que “es un cambio que uno sí quiere dar, pero yo todavía no puedo dar ese cambio. A mí me gusta ser como yo soy, aunque yo sé que en mi conciencia estoy haciendo mal, porque estoy contradiciendo las normas que estableció Dios como sus mandamientos” –concluye–.

Carla realizó el cambio de nombre después de que se operó. “Antes no quería, porque antes no me sentía mujer ni sentía ser transexual.” Méledy (29 años) sostiene que el cambio de nombre le da seguridad respecto de quien es y siente que la gente ya la respeta. Antes, por el contrario, cuando iba a una discoteca le pedían la cédula “únicamente para burlarse”, y eso no le gustaba. Kerly realizó el trámite de cambio de género en su cédula el año pasado y se siente feliz, porque cuando va a la discoteca no paga la entrada, lo que no pasa con “el sexo masculino”.

Karina mantiene su cédula con un “nombre de hombre, de varón”, y afirma que no le causa molestia. “A veces sí me da vergüenza cuando estoy en una fila y me llaman por mi nombre masculino. Pero, igual, uno ya se acostumbra. Cuando las personas ya me conocen ya saben que tengo ese nombre, y me identifican con mi nombre femenino.”

Más que todo por un conflicto interno que yo he tenido, también en parte como religioso, porque mi familia es evangélica. Bueno, ante Dios, dicen que siempre vamos a estar con nombres originales y todas esas cuestiones. Incluso también muchos de los cristianos piensan que, si uno fallece, así, en pecado, pues, ya con el solo

hecho de lo que uno es, peormente con cambios de nombre y todo eso, uno se está condenando prácticamente al infierno. Ese conflicto es el que yo tengo. Otra cosa también: yo no me cambio el nombre porque ese cambio es válido solo una vez. Yo digo: si de pronto, bueno, algún día me canso, ya no quiero salir más, quiero regenerarme, ya no puedo cambiarme de nombre. Exactamente es por eso. (Karina, 39 años)

“Saber que el hijo es princesa...”

En los relatos de nuestras protagonistas la referencia a la familia y al rechazo o apoyo que reciben de ella es central. Así, Karina señala: “Siempre me comunicaba con la familia. Es que la comunicación con mi familia nunca se ha roto ni ha existido conflicto, desde el momento que ya me aceptaron. Al principio, sí les tocó un poco duro, no aceptaron. Mi papá, me acuerdo de que lloraba de saber lo que yo era. Me daba un poco de sentimiento de ver cómo lloraba, todo borracho, pobrecito, de la culpa de que el hijo es princesa. Bueno, ellos aceptaron eso, igual, aceptaron completamente y hoy en día tengo una muy buena relación con mi papá, con mi mamá, con mis hermanos, con mis abuelos.” También Carla comenta: “Desde cuando yo comencé, mi mamá sí me apoyó full... Ella, así como que dijo: ¿Y ahora, el qué dirá de mi familia? Yo dije: Con tal que usted y mi familia con la que yo vivo me quieran y me acepten como yo soy, a mí no me interesa el resto. O sea, siempre le he metido eso en la cabeza a mi mami, que ella tiene que aceptarme y no nadie más.”

Con mucha frecuencia, las personas trans son rechazadas por sus propias familias y su entorno social (García 2009). Las personas trans se ven obligadas a huir de sus hogares y recurrir a alternativas quirúrgicas, legales y sociales que les permitan vivir conforme al género con el que se sienten identificadas (Cedeño 2021).

“Que tenía que estar siempre de varón”

La escuela y el colegio también son descritos como espacios hostiles en los relatos de las personas trans femeninas. La rigidez de las instituciones, las agresiones, las burlas, la violencia de todo tipo, frecuentemente, determinan el abandono temprano de los estudios

(García 2009). Karina recuerda que, “desde que estaba en la escuela le gustaban los niños”; pero no fue hasta que entró en el colegio, en el segundo curso, que recibió educación sexual y le hablaron de “las orientaciones sexuales y el transexualismo”. La violencia institucional determinó que Karina se retire del colegio:

Pues sí, ya fui cogiendo como más gestos o formas amaneradas, un poco así, más delicada y de ahí ya veía que no me sentía bien, pues. Yo veía a las chicas que estaban con los novios y ya, por ahí, un chico que me gustaba y uno no podía estar y dije: eso no va conmigo. Y así poco a poco fui dejándome crecer el cabello en el colegio, y llegué un poquito con polvitos, un poquito de brillito y ya las autoridades del colegio se dieron cuenta y ya me comenzaron a hacer problemas. Me decían siempre que tenía que seguir las normas establecidas por el Ministerio de Educación. Me decían que tenía que estar siempre de varón, el cabello corto, bien arreglado, nada de polvos. Incluso, a veces, yo iba con botitas, con unos taconcitos, así, unos botines, hasta eso me pusieron problemas y por eso tuve que retirarme del colegio y dejar atrás mis estudios. (Karina, 39 años)

“Quise hacer mi vida yo sola”

La marginación y exclusión a las que se ven expuestas muchas personas trans por parte de los entornos familiar y social determinan que deban migrar, a tempranas edades. La migración, que se inicia en sus lugares de nacimiento hasta las ciudades intermedias y las grandes ciudades, muchas veces, les permite cierta “libertad” para vivir una sexualidad disidente. Los oficios estéticos en peluquerías y el trabajo sexual son sus principales fuentes de ingresos, lo que incluso les posibilita reestablecer vínculos con sus familias de origen (García 2009). Cuando la población transfemenina se ha instalado y ha logrado hacer contactos, comienza la migración internacional.

Por lo tanto, aunque el proyecto migratorio de la población trans tiene un componente económico, el primer desplazamiento lo viven por el rechazo de su familia, es decir, en algunos casos se inicia como una migración forzada, un sexilio. Más

tarde, vivir una sexualidad con mayor autonomía, poder realizarse cambios corporales y alcanzar un sustento diario ocasiona que varias personas trans femeninas se inserten al trabajo sexual –este trabajo de alguna forma brinda cierta autonomía y aceptación pues no solo les permite ganar un sustento diario, sino también sentirse deseadas– y, una vez en él, comienzan su viaje migratorio. (García 2017, 199)

Carla es de Azogues –la capital de la provincia de Cañar, ubicada a treinta minutos de Cuenca, provincia del Azuay– y tiene cuatro meses viviendo en Cuenca. ¿Qué ha significado este cambio para usted?, le pregunto y ella me responde con absoluta seguridad: “Superación. Ya es como que usted se independiza y piensa solo en usted y ya.”

Evelyn Daniela es de Yantzaza –una pequeña ciudad de la provincia de Zamora Chinchipe– y refiere que vino a Cuenca porque a los 15 años “le descubrieron sobre su sexo”. Debido a que su familia no le aceptaba, una vez que alcanzó la mayoría de edad decidió salir de casa y “hacer su vida, sin que nadie le diga nada”.

Hacer mis cosas, lo que soy ahora. Aprendí la peluquería. Tuve muchas amigas que me aconsejaron “aprende esto, es bueno para la vejez de uno”. Bueno, me puse a trabajar un tiempo. Tuve una pareja también a los 19 años, cuando aquí llegué recién, pero ya había muchos problemas, no hubo comprensión, mejor me separé y me boté como dicen al abandono, ya, empecé a salir a la calle, a los tragos, las amistades, todo. Pero, bueno, yo siempre estuve consiente de mi profesión, lo que es la peluquería, pues. Y eso pasó. (Evelyn Daniela)

Gracias a los contactos de amigas que “ejercían la prostitución”, Karina empezó a viajar, primero, dentro del país y, luego, a Colombia. Retornó al país porque era víctima de la violencia machista de su pareja. También Kerly quiere viajar a Chile y luego a la Argentina. ¿Y luego casarte e ir a Europa? –le pregunta el activista de la Red LGBTI del Azuay–. “Claro –responde Kerly–. Los chilenos creo que pueden entrar a Europa. Es que allá es super bueno. Aquí cobras sesenta u ochenta la

hora, dependiendo el clientito. Allá te pagan trecientos la hora.” ¿Con tu esposo? –vuelve a consultarle el activista–. “No sé aún –indica ella–. A veces a uno le va mejor sola. Yo soy concentrada en el dinero. Por más hombre guapo que venga no le paro bola. Que muestre dinero. Si no hay dinero, no.” Kerly estudió hasta el cuarto curso de colegio. “Es que para esta vida no creo que se necesita la profesión de estudios, pero sí quiero hacer un curso de inglés” –finaliza–.

Como sostiene López (2019), la migración se desarrolla al margen de las sexualidades lícitas. A través de la experiencia migratoria, las personas trans buscan liberarse en cierto modo del ambiente hostil que marca sus vidas, caracterizado por el rechazo familiar y social, y situarse en una mejor posición dentro del mercado sexual. El desplazamiento geográfico les permite una mayor autonomía sobre sus cuerpos y decisiones; sin embargo, el peligro y el estigma asociados al trabajo sexual las acompañan, moldeando sus experiencias en los nuevos territorios.

“Siempre he salido adelante”

García (2017) sostiene que aun cuando quienes realizan trabajo sexual no necesitan un título profesional, sí requieren, en cambio, de cierta profesionalización. El trabajo sexual implica un conocimiento determinado sobre la sexualidad en “lo público” y “lo privado”, los cuerpos y el placer, la presentación personal, el atuendo adecuado, el lenguaje corporal, cómo enfrentar a la policía, cómo defenderse de los clientes violentos, cómo hacer amistades, entre otros saberes. Al mismo tiempo, el trabajo sexual posibilita obtener cierta autonomía económica.

“Soy una chica trans, brindo servicios sexuales y, eso, en el día; en la noche, a la hora que me llamen” –dice Kerly–. Ella “recorre”; es decir, viaja a otras ciudades como Guayaquil, Quito, Machala y Loja. Y aclara que el tipo de trabajo y los vínculos que se establecen dependen del contexto:

Solo aquí trabajo en la calle. Allá solo trabajo en un hotel y por llamadas. Espero al cliente en el hotel y ahí lo atiendo. Allá, normalmente, las chicas no te dejan trabajar, hay dueñas de las calles.

A veces no te quieren ni cobrar ni nada, sino que ellas te vienen y te botan, o si no, te quieren pegar. Aquí pasa eso para cualquier nueva que venga; te botan y no te dejan trabajar en la calle. Así son las plazas no solo de las trans, sino las plazas de las mujeres también. Si hablas bien te dejan quedarte unos días, pero no sé, yo me quedé porque me hice amiga de bastantes. Yo les caí super bien y me dejaron quedarme. (Kerly, 22 años)

Carla se presenta como “prepagó” y dice: “Por páginas ya es diferente, ahí solamente te llaman o te escriben. Luego, llegan, me recogen y me llevan. O me citan, me dicen estoy en tal hotel, mándame una foto, él allá, y nosotros llegamos. Por la página se cobra más... por horas”. A diferencia de otras “chicas que han tenido malas experiencias”, Carla dice que, en general, a ella le “ha ido bien”. El trabajo sexual le ha posibilitado “tener nuevas experiencias, nuevos chicos y todo”. Carla sabe que, “cuando vienen dos o tres” ella no debe “pararles bola”. Simplemente, se da “la media vuelta”. Carla conoce de la violencia que otras/os experimentan. Dice que “algunos también les pegan porque se hacen pasar por mujeres, en cambio, yo no, yo digo soy transexual y si quieren bien y si no...” Agrega que, “cuando les descubren que no son mujeres, pues, a unos les humillan.”

Karina dice que, “principalmente” soy “trabajadora sexual desde que salí a este mundo, a conocer la calle, desde los 17 años, prácticamente. De eso yo dependo, de eso yo tengo que pagar mis estudios, mi alimentación, todos mis gastos básicos. Yo siempre me he pagado todas mis cosas sola.” Karina estudia derecho porque “quiere superarse”. Escogió esa carrera porque cuando “era muchacha fue vulnerada, no podía acceder a todos los servicios públicos, había muchos atropellos, no eran bien atendidas en las instituciones.” El estudio le ha permitido saber que ella tiene derechos, conocer qué derechos tienen las personas trans, entender que no se les puede vulnerar esos derechos y poder exigir que se cumplan. Karina obtuvo una beca de estudios por ser una persona de escasos recursos económicos y por pertenecer a “un grupo minoritario, de los colectivos LGBTI”. Actualmente ya no es beneficiaria de la beca y le toca solventar sola sus estudios.

De la misma manera, Evelyn Daniela sostiene: “Siempre he dicho, yo sola, con marido o sin marido, siempre he salido adelante. Desde que vine a Cuenca, siempre he trabajado. Lo poquito si tengo es para sobrevivir y salir adelante.”

Los testimonios de nuestras protagonistas nos invitan a reconsiderar las formas en que los cuerpos son nombrados y vividos, especialmente cuando se enfrentan a normas y estigmas sociales. Nos invitan a reflexionar sobre las estructuras de poder que

perpetúan la marginalización de las personas trans, al mismo tiempo nos muestran cómo ellas desafían y reconfiguran las expectativas tradicionales en torno al género y la sexualidad. Sus relatos nos permiten ver de otra manera la vida y las acciones de quienes son despreciadas por discursos moralizantes o patologizantes (Gregorio, Alcázar-Campos, Valcuende del Río y García 2019, 15). A su vez, nos posibilitan identificar los mecanismos de resistencia que las personas trans activan frente a la exclusión.

EXPERIENCIAS CON LA JUSTICIA

Las experiencias de las personas trans están caracterizadas por la violencia directa o solapada, así como por la poca importancia que tienen sus asuntos para el estado, representado en los agentes de policía, los funcionarios encargados de brindar información, entre otros. A ellas se las excluye anticipadamente de varias de las entidades que forman parte del laberinto de la justicia. Principalmente, son policías quienes atentan contra sus derechos y, sin duda, una de las formas más graves de violencia que experimentan es la violencia lingüística. En medio de este contexto, resisten. A continuación, presento una serie de experiencias que ilustran la relación de personas transfemeninas con “la justicia”.

“No, señor. Aquí, no es”

A raíz de un cliente le robó su iPhone, Carla (22 años) se vio obligada a recorrer un verdadero laberinto para presentar la denuncia, provocado por la falta de información o la información errónea que le proporcionaron. Primero acudió a un Puesto de Auxilio Inmediato (PAI) de la policía. Al llegar, solicitó a los agentes que le “ayudaran” a rastrear su iPhone. Ellos le respondieron que no podían “ayudarle” y le indicaron que debía trasladarse a la Policía Judicial (PJ) para presentar la denuncia. Entonces, Carla se desplazó a la PJ donde preguntó cómo podían “ayudarle”. Recibió como respuesta que “ahí no podían hacer nada tampoco, que tendría que dirigirse a la Fiscalía a poner la denuncia, porque de ahí envían el parte a la PJ para poder hacer la investigación.”

Carla tomó un taxi y le solicitó al conductor que le transportara a la Fiscalía, pero este le llevó al edificio del Complejo Judicial del Azuay, un espacio que concentra varias dependencias judiciales, entre ellas, los juzgados de lo penal. Al llegar al lugar, Carla sintió “nervios... como que no sabes a dónde tienes que ir, no sabes si coges para acá o para allá, eso, desorientada, mejor dicho.” El funcionario encargado de brindar información le indicó que la fiscalía no se encontraba en el complejo judicial, sino en otra dirección: “No, señor. Aquí no es.” Finalmente, Carla logró llegar a la fiscalía. “Una pérdida de tiempo, sabiendo que tenía que irme directo a un solo lugar. Y pérdida de dinero, también, porque era taxi aquí, taxi allá.”

Carla dice sentir temor, hasta ahora, de ir a la PJ. “Porque realmente aquí a todas nos dicen que estamos en asociación ilícita y, bueno, eso es lo que dicen. Nos asocian con delitos que otros comenten, por el hecho mismo de estar aquí en la calle. Por eso tengo miedo de que tengamos denuncias o que por algo vayan a cogernos así, por eso.” Por esa razón, por lo general, Carla siempre “pasa sola”. “Por eso no paso con muchas.”

“Hasta me dijo señorita”

Nadya Suin (19 años) es originaria del cantón Taisha, provincia de Morona Santiago, en la región amazónica del Ecuador. Ella dice que “lleva trabajando” cinco años. Es decir, conoce la calle desde los 14 años. Claro,

para ella no existe la diferencia conceptual entre “explotación sexual” y “trabajo sexual”.

La experiencia de Nadya con la administración de justicia se produjo hace cuatro años. Nadya “trabajaba en esto mismo”. Sus amigas, “las que pasan por El Terminal (de buses interprovinciales), vendían droga. Ellas le dijeron “métete, que coges más fácil el dinero”. Y Nadya “se metió”. Ahí fue cuando cayó presa. Un día viernes, como a las diez de la noche, se presentaron “los antinarcóticos”, hombres y mujeres vestidos de civiles. Al llegar, le dijeron “somos de la policía, manos arriba” para poder revisarla. En esa época, Nadya tenía 15 años.

Unas seis o siete chicas fueron subidas a un vehículo y trasladadas a una Unidad de Policía Comunitaria (UPC) ubicada en el sector de El Terminal. Ahí fueron nuevamente registradas. “Nos revisaron todo, nos desvistieron (bueno, una chica). Decían que estemos con las manos arriba”. Los agentes encontraron la droga que llevaba debajo del vestido, oculta en su ropa interior. Luego, la subieron a la patrulla y la trasladaron a “la casa de los antinarcóticos”, donde le pidieron sus documentos de identidad. Días después, se completaron los trámites para enviarla a “la correccional”.

Primero le llevaron a la Dirección Nacional de Policía Especializada en Niñez y Adolescencia (DINAPEN), esposada, con las dos manos hacia adelante. Allí pasó una noche. En la DINAPEN le “trataron, así, como femenina, así, bien”. Nadya se “sentía triste, mala, claro... es que jamás había estado encerrada”. En la fiscalía de adolescentes infractores también le interrogaron: “que quién me entrega, que yo para qué vendo, que si yo consumo”. De igual manera, el fiscal le trató “como femenina”. Al día siguiente, como a las cuatro de la tarde, Nadya fue trasladada al edificio del Complejo Judicial del Azuay:

P: ¿Cómo fue el juicio?

R: Ya, pues, así como me estaban preguntando.

P: ¿Qué le preguntaron?

R: Me decían si consumía, ya, pues yo le decía sí, le dije así, después llegó la abogada de la defensoría pública.

P: ¿Cómo le defendió? ¿Qué nomás dijo?

R: Ay no me acuerdo

P: ¿Sintió buen trato de ella?

R: Sí

P: ¿Sintió que ella hizo bien su trabajo?

R: Sí, me dijo que yo no hable, que ella iba a hablar... para que me bajen un poco la sentencia, todo.

P: ¿Y el juez? ¿Le trató bien? ¿Cómo se dirigía a usted?

R: Sí, sí me trató bien, así, como femenina, como una mujer, hasta me dijo señorita.

P: ¿Cuál fue la sentencia del juez?, ¿se acuerda?

R: Verá, me dijo que iba a estar un mes encerrado, ya después iba a hacer trabajo comunitario, hice casi un mes de trabajo comunitario.

P: Se termina, entonces, el juicio y ¿qué pasa?

R: Ya se termina el juicio, me llevaron a la correccional que queda por la Feria Libre, ahí, donde pasan todos los menores, ahí sí, ya para adentro hasta cumplir un mes.

P: ¿Qué sintió cuando llegó a ese lugar?

R: Sentí miedo, me sentía triste.

Una vez dictada la sentencia, la subieron nuevamente a la patrulla y la trasladaron a “la correccional”:

Yo estuve, ya me bajaron del patrullero, esposada, me metieron a la puerta como ya me habían detenido todas las cosas, ahí les entregué la cartera, el teléfono, maquillaje, todo, ahí estaba un policía que anotaba y nos veía a los que ingresan. Me dijo: ¿Cómo estás? ¿Tú eres Nadya?, me dijo. Sí, le digo. Ah, ya, dice, ven aquí para que te revise una compañera. Después vino una mujer policía, me metieron al baño, de nuevo me revisaron, me desvistieron, todo, y ya. La ropa dejé, como estuve en vestido, ya toda la ropa dejé ahí y me dieron el uniforme que es de color negro, me dieron calentador, una camiseta y una chompa. Luego después le di mis nombres completos, los datos, todo. Cuando yo caí, ahí todavía no cambiaba mis nombres, pero igual me preguntaron ellos: ¿Cómo quieres que te diga?, ¿cómo te identificas? Y de ahí yo le dije como Nadya. No me decían el nombre de hombre, sino el nombre de mujer. (Nadya Suin, 19 años)

Llegó al patio del centro de adolescentes infractores, donde se encontraba una gran cantidad de muchachos, alrededor de un centenar, provenientes de diferentes ciudades del Ecuador. Al verle llegar, comenzaron a silbar. Nadya recuerda que era “la única persona femenina” en ese lugar. Había chicos que sí se llevaban bien con ella y otros que no. “Es feo, es que no todos te tratan bien, no todos te tratan como eres, se siente feo, necesitaba compañía, una amiga para conversar.” Nadya se sentía triste, se ponía a llorar, a rezar. Nadya dormía en una habitación pequeña, destinada únicamente para ella.

Nadya permaneció un mes en un centro destinado para varones, debido a que en su cédula figuraba el nombre masculino. “Yo en un mes no me enseñé, me sentía muy triste.” Cerca de cumplir el mes, fue asignada a la cocina, para realizar tareas “acordes” a su situación. Ella debía “ayudar a lavar los platos a las señoras que cocinaban para los muchachos de ahí. Yo pasaba ayudando, lavando los trastes.” El relato de Nadya ilustra cómo la cárcel reproduce las dinámicas sociales en torno a la construcción del género y la sexualidad (Guerrero y Ruiz 2023).

¡Llegó tu boleta de libertad! Eran las cuatro. Ya yo estuve contenta, me sacaron, me llevaron. Los muchachos empezaron a gritar, ahora. Ya yo me sentía feliz, me despedí de todos mis amigos que conocí, ya me fui saliendo, luego al rato en la salida ahí me entregaron todavía los vestidos. Durante el mes, bueno, sí, sí me hacía falta arreglarme, maquillarme, todo eso. Dentro del centro, no me permitían. Salí de ahí y me puse mi vestido. Como nadie, nadie me vino a visitar, nadie, nadie, ni mis amigas, ni mis hermanos, nadie, yo salí sola, nadie me recibió... Me arreglé, me puse mi vestido, mi taco, salí, me sentía libre, feliz. Después me fui, regresé, me acogí donde una amiga que ahorita ya no está aquí, bueno pasa en el Oriente, se fue, llegué donde ella, de ahí le pedí posada, si me puede ayudar y prestar ropa. (Nadya Suin, 19 años)

“Me trataban como a un chico”

Méledy (29 años) es de la provincia de Zamora Chinchipe, del cantón Yantzaza, en la región

amazónica. Vive en Cuenca desde hace unos diez años. En el día ella trabaja en un centro estético. “Bueno, esa es mi profesión. Pero sí, también salgo a las calles, de vez en cuando, como paso sola, para no aburrirme en la casa, hasta que me de sueño, salgo a darme una vuelta. Al día siguiente me voy a mi trabajo.”

Sus relatos tienen que ver con su presencia en la calle y la respuesta policial. “Como a mí siempre me ha gustado salir, conocer amigas y tomarme mis tragos, salir por ahí, por las calles, siempre pasaba la policía.” Frecuentemente, los agentes se dirigen a ellas con frases como “caminen, caminen” o se bajan de los patrulleros para intimidarlas. En alguna ocasión, cuando estuvo en Catamayo (Loja) los policías intentaron quitarle “el trago”, a lo que ella les respondió: “No estamos haciendo nada de malo, solamente nos estamos tomando unos tragos y nada más. Cuando estemos haciendo algo de malo, alguna cosa de delincuencia, claro, ahí hay razones.”

En otra ocasión, Méledy estaba con un amigo al que acusaron de haber robado el teléfono de una chica. No obstante, no solo lo detuvieron a él, sino que también la arrestaron a ella y le retuvieron varios objetos de su cartera. Méledy fue objeto de violencia física y de un trato despectivo por parte de los oficiales.

Pero se supone que fue al chico, no a mí. A mí también que me revisan y así me quisieron gasear. Pues, y les dije: ustedes que son policías y si es que son conscientes de las leyes ¿por qué me van a gasear? les dije así. En qué artículo dice que deben gasearnos, les dije así. Se bajaron y me pusieron esas cosas, primera vez. Me quitaron la cartera y en mi cartera yo tenía todo, mis documentos, pues, y buscaron y encontraron hasta la cédula, de repente yo tenga antecedentes, algo buscaban de mí. Me trataban como a un chico, ya. Ellos saben, vieron hasta mi cédula, yo tengo cambiado todo, ellos vieron lo que yo soy y les dije: que, ¿no ven? Y ellos me dicen encima de eso: ¿a usted cómo quiere que le traten? “Pero, si están viendo mi cédula con un nombre ya cambiado y preguntan. Como está ahí quiero que me traten, le dije.” Eran muy odiosos, muy groseros, con nosotras, aun sabiendo que no

pueden tratarnos a nosotras como ellos quieran.
(Méledy, 29 años)

La violencia y hostigamiento hacia personas trans por parte de las fuerzas policiales es una constante. Ellas enfrentan diversas situaciones de abuso que van desde actos de violencia física y psicológica hasta detenciones arbitrarias. Hace unos tres años Méledy también fue detenida. En aquella ocasión le quitaron la cartera. “Revisen, revisen, pero si yo nada estoy haciendo. Me quitaron hasta el teléfono.” Los agentes le esposaron y le metieron a la fuerza en la patrulla. “Es que está haciendo escándalo”, le indicaron. La violencia fue creciendo y los agentes le amenazaron con “meterla en el calabozo”. Méledy permaneció ocho días privada de la libertad.

Quince días antes de la entrevista, Méledy había viajado a Macas, capital de la provincia de Morona Santiago. Durante su estancia, sus amigas le advirtieron sobre situaciones de abuso por parte de la policía, como registros físicos invasivos, detenciones arbitrarias, violencia física y abandono en la vía pública después de los arrestos. “Hay una chica policía que está revisando, que les mete el dedo y, encima de que les cogen, les llevan en el patrullero, les dejan botando, les pegan”.

“Pero párense y hablesenles” –les increpa Méledy–. Saben muy bien ellas que no pueden hacernos eso a nosotras. Porque a la final los policías saben bien que no pueden hacernos eso a nosotras, porque somos trans. Una vez la policía pasaba por ahí y sí nos dijeron que nos retiremos. Bueno, yo le dije: ¿Qué? ¿Nos vas a gasear? Uno de los agentes respondió: “Espera para dejar fumigando a las rachas”. Yo escuche que nos dijo así y, por los filos, dejaron botando (el gas). Entonces, sí, ha sido verdad lo que ellas estaban contando.
(Méledy, 29 años)

Méledy describe la dinámica de la esquina donde ella “se para” como un punto de encuentro y como un lugar de interacción con las personas que transitan por la zona. El entorno está marcado por constantes cuestionamientos de vecinos y la intervención policial, motivada por llamadas de quienes consideran inapropiada su permanencia en la calle, lo que evidencia

que la sola percepción de su presencia en el espacio público es una amenaza.

A veces lo que pasa en la calle misma es que bajan, que nos hablan, que llaman a la policía. Pero nada de malo estamos haciendo, solamente estamos paradas. Que hay niños, decían. Pero ¿dónde hay niños? Una cosa es que estemos dentro de su casa, yo les decía. Llegaba la policía. Que nos decían que están llamando, que están paradas acá afuera. Pero no hacemos nada, estamos paradas. Si estuviéramos haciendo algo de malo, robando, o en peleas, yo qué sé, escándalo público, pero nada. Nosotras estamos paradas, así. A veces para un carro y nos lleva. Hasta que se cansaron y ya nos dejaron y ya. (Méledy, 29 años)

“Caballero, tenga la bondad de retirarse”

Kerly (22 años) también sabe que no existe una ley que les prohíba que permanezcan en la calle. Es de Guayaquil y está radicada en Cuenca desde hace un año y medio. Vino a esta ciudad por motivos de trabajo y actualmente reside cerca de la zona de “La 9 de octubre” –un área reconocida por ser una de las zonas rojas de la ciudad–.

Asimismo, Kerly ha tenido conflictos con la policía, precisamente, por el hecho de que “está trabajando en las esquinas y la gente que vive por este sector se queja que uno trabaja, que tienen niños y cuantas cosas”. En ocasiones, los agentes de policía llegan y les piden que se retiren. Kerly, entonces, “se va a dar una vuelta, hasta que se vayan”. Luego regresa y se para nuevamente en la esquina. “Cuando llama la gente de aquí, de las casas, entonces ahí sí viene la policía y nos echa.”

Kerly dice que “hay algunos policías que son respetuosos... Señorita, tenga la bondad de retirarse y eso. Cuando ellos vienen y se refieren con respeto yo les hago caso, o sea, para evitar...” Pero hay otros “que sí te quieren tratar como hombre”, señala con molestia. Por ejemplo, “cuando vienen y dicen: caballero, tenga la bondad de retirarse.”

O sea, te ven vestida de mujer, te ven con cuerpo de mujer, o sea, tienen que tratarte como tal ¿no?

Y eso es lo que a las chicas trans nos enoja, y ahí sí nos portamos groseras. Si no nos respetan cómo vamos a respetar. Si esa autoridad que viene y se refiere así a mí, es por homofobia. Porque hay personas que saben que somos hombres y que estamos haciendo la transición a mujer, ellos nos tratan de señoritas, chicas y esas cosas, no, pero cuando hay homofobia nos tratan así. Una vez me tocó uno, así, homofóbico, vulgar, así. Él me agredió, me dijo caballero, y entonces me sentí ofendida. No le hice caso por cómo me trató. Yo no le hablaba, era como que no era conmigo. Yo les hago, así pues. Y él me seguía hablando y hablando y hasta que me tocó y entonces ahí si me agarré y le dije que no me voy a largar a ningún lado y que si quiere se puede quedar ahí parado todo el día, ahí estacionado, como no tiene nada que hacer. O que vayan a ver si un carro por ahí chocó para que vayan a sacar plata, eso sí les dije. (Kerly, 22 años)

“Pero nosotras no nos dejamos de ellos”

Karina (39 años) nació en Cuenca, provincia de Azuay, pero residió en la provincia de Guayas desde los seis meses de edad. También vivió a Colombia cerca de quince años. Está radicada en Cuenca desde hace cinco años. “Nos dicen que, por favor, si podemos caminar, que no se puede estar mucho tiempo parado en un solo sitio, que caminemos. O de pronto hay chicas que roban, toman objetos, y la policía llega y nos molesta, que nos vayamos, siempre como que nos saca del lugar. Que por favor vayan más adelante o caminen, eso es lo que nos dicen.” Y mientras conversamos, una patrulla de la policía da vueltas por el sector. Karina dice que es usual que los vehículos policiales “hagan bulla con su sirena. Es insoportable ese sonido. A veces se quedan por ahí y nosotras tenemos que de ley caminar.”

Con frecuencia, los agentes de policía emplean prácticas intimidatorias para obtener dinero de los clientes. Les exigen la verificación de sus documentos de identidad y recurren a tácticas de chantaje, insinuando que sus comportamientos constituyen una violación de los valores familiares, y sugiriendo “que a su familia no le dará vergüenza, que mire, que su familia debe estar en casa, que no debe hacer eso”.

Vienen ellos, les piden que bajen la ventana y les dicen: señor, por favor, su identificación, su licencia. Siempre piden documentos al conductor. Y, a veces, a nosotras también nos piden. Les decimos que nosotras estamos trabajando, ejerciendo nuestra profesión y que, bueno, ese es nuestro trabajo. Ellos nos dicen que estamos haciendo actos indebidos, actos inmorales en la calle y todo eso. Pero, igual, mientras no estemos en el acto, ellos no tienen nada que probar. Siempre nos molestan de esa forma, tratan de sacarle dinero siempre a los señores, pero, nosotras, en un sentido, no nos dejamos de ellos. (Karina, 39 años)

Estos relatos ponen de manifiesto cómo las personas trans enfrentan diversas formas de violencia institucionalizada. La interacción con la policía evidencia la negación de sus derechos básicos, incluso cuando están amparadas por la Constitución y la ley. A pesar de los avances en la identificación y caracterización de la “violencia por prejuicio ejercida en contra de personas con una orientación sexual diversa o que se identifican como personas trans” (Ruiz y Guerrero 2021, 27), el espacio público se convierte en un lugar de riesgo constante para ellas, donde su sola presencia es cuestionada, vigilada y criminalizada.

Las trabajadoras sexuales trans han recibido el apoyo de la Red LGBTI del Azuay, que ha creado un chat de *WhatsApp* para que puedan comunicarse en situaciones de urgencia. En palabras de Karina: “Cuando tenemos cualquier problema o cualquier duda, se les escribe internamente a cualquiera de ellos y ya se despejan las dudas.” Este apoyo ha sido clave para proteger sus derechos. “Ellos llegaron a defender nuestros derechos”, agrega Karina, destacando el papel de la red.

A través de este canal, han podido organizarse y mantenerse alertas ante posibles agresiones. “Yo he escuchado que las chicas hablan de la alarma. El otro día pasaron por aquí dejando unos números de *WhatsApp* por si de repente viene algún policía a agredirnos o a hacernos algo”, relata Karina. A través de estas acciones de solidaridad se ha logrado protección frente a la violencia policial. “Como que la policía ya llega a saber, porque ya se han tranquilizado, porque

antes venían más seguido. Como que llegaron a saber ellos también, ya que nos dejaron”, concluye Karina. La lucha por el reconocimiento de derechos implica dismantelar los sistemas que normalizan la exclusión

y la violencia (Carmona 2019). El acompañamiento de la Red LGBTI del Azuay de alguna forma ha conseguido mitigar la violencia de la que son objeto las trabajadoras sexuales trans.

CONCLUSIONES

En la vida cotidiana las personas están expuestas a constantes presiones para amoldarse al género normativo, lo que incluye el cultivo y modificación de los cuerpos, a través de la dieta, el ejercicio físico, las intervenciones quirúrgicas. Las instituciones y los entornos cotidianos imponen reglas en torno a la presentación social: cómo vestir, cómo presentarse, cómo caminar, cómo llevar el cabello, cómo regular el tono de la voz, que distinguen rigurosamente los géneros binarios. El propio sujeto siente necesario encarnar una identidad de género reconocible socialmente (Missé y Coll-Planas 2010).

Los cuerpos son evaluados a partir de pautas de género, raza y clase. Así, aspectos como la talla, el ancho de la cintura, el tamaño de los senos, el color de la piel, el tipo de cabello, la forma de los ojos, y el tamaño de las manos o los pies no son meras realidades objetivas; se construyen histórica y socialmente. Además de estos atributos, la ropa, los accesorios y la presentación personal tienen un peso significativo en la vida cotidiana e influyen en el acceso a espacios públicos (Gil 2008).

Como destaca Zambrini (2010) la indumentaria cumple un papel fundamental en el proceso de naturalización de las identidades de género binarias. Las prácticas de vestir predominantes hacen legibles y jerarquizan los cuerpos en el ámbito social, mientras que las subversiones de los modos de vestir pueden llegar a cuestionar la construcción histórico-social de las identidades de género.

La calle es uno de los lugares en los que se pone en escena el género. El aspecto, el vestuario, el maquillaje, el uso de accesorios, el estilo de caminar, la manera de desplazarse, distinguen la presencia de las personas trans que ofertan trabajo sexual (Ochoa 2011).

En la mañana soy muy discreta para vestirme, como que no llamo mucho la atención. Me gusta ser como más tapadita, que no digan “¡ah!, ella es una...” No. Más pantaloncitos, blusas, chompitas, busitos, así, bien tapadita, depende la ocasión. En la noche, ya son vestiditos, faldas, *shores*, como para el trabajo mismo, como que salir sexy, así, toda elegante. (Carla, 22 años)

Yo, bueno, de noche me visto así, en vestido, en tacos, siempre así me ha gustado. En el día, ahí, sí me visto normal, ponerme pantalón, zapatos bajos, una blusa, cogerme el cabello. (Nadya Suin, 19 años)

La calle también es el lugar que las expone a múltiples violencias, de los clientes, de los vecinos, de la policía. En su caso, el contacto con la justicia está alejado de las cortes, las demandas, las audiencias y las sentencias. El sistema las excluye de entrada, porque sus necesidades –que permanecen en los márgenes– no interesan al Estado.

¿Cómo investigar sobre los discursos y prácticas que clasifican los cuerpos y las sexualidades sin reproducir procesos de clasificación? ¿En qué medida el proceso de investigación actúa sobre el propio campo que describe, contribuyendo a producir los discursos que analiza? (Suess 2015).

Al examinar mi recorrido en el proceso de investigación pude identificar que las preguntas que formulaba y la forma en que me relacionaba con mis interlocutoras, muchas veces, estuvieron delimitadas por las clasificaciones que *a priori* configuré sobre las identidades sexuales. Mis conversaciones con ellas evidencian cómo muchas veces les proporciono categorías a partir de las cuales habrán de encajar sus respuestas.

Esta investigación me permitió conocer las historias de personas transfemeninas decididas a conocer este mundo. Excluidas a temprana edad de sus entornos cotidianos (familia y escuela), aprendieron en el camino otras formas de vivir en familia. En este contexto, el trabajo sexual les coloca en situaciones de marginación, pero también les permite desarrollar niveles de autonomía. Ellas emplean diversos términos para autoidentificarse, pero todas sus expresiones evidencian el conflicto que experimentan entre “lo auténtico y lo fabricado”, “lo real y lo construido”, “lo normal y lo anormal”. Las intervenciones que sucesivamente realizan en sus cuerpos les/nos enfrenta al dilema de “naturalizar” las identidades de género binarias o llegar a cuestionarlas.

Las historias recopiladas en este estudio evidencian que, a pesar de los avances normativos y jurisprudenciales, tanto a nivel nacional como internacional, las personas trans continúan enfrentando múltiples formas de discriminación en su vida cotidiana (Ruiz y Guerrero 2021).

Las experiencias de este colectivo están marcadas por altos niveles de estigmatización y violencia (Moreno 2019). Las instituciones vinculadas al sistema judicial no han logrado traducir los avances formales en actitudes y prácticas que eliminen la discriminación basada en el sexo, la orientación sexual o la identidad de género de quienes se encuentran inmersos en procesos legales (Gauché-Marchetti et al. 2023). Por el contrario, los discursos institucionales a menudo refuerzan la exclusión, limitando el acceso de las personas trans a determinados espacios y políticas (Recalde 2019).

Esta investigación me permitió sacar a la luz la violencia sistemática a la que están sometidas las personas trans, como resultado de un entorno sociocultural profundamente marcado por el prejuicio hacia las sexualidades no normativas. Asimismo, muestra que este colectivo es víctima de una doble injusticia “tanto por la violencia sufrida como por el olvido” (Cáceres y Marco 2019, 59). Los funcionarios públicos, que en el imaginario social están llamados a proteger los derechos de la ciudadanía, son los principales responsables de la vulneración de los derechos de las personas trans: derecho al nombre, a la imagen, al libre tránsito, a la integridad personal, a una vida libre de violencia, al debido proceso, al trabajo.

Las personas trans están constantemente expuestas a la violencia lingüística que busca deslegitimar su identidad de género. Para algunas de ellas, la única idea que tienen de la justicia es la prisión. En este contexto, sus derechos no parecen ser una prioridad para un Estado que centra su interés en garantizar “la seguridad y el orden público”.

La “justicia” perpetúa la indefensión de las personas trans, especialmente de aquellas que también enfrentan condiciones de pobreza, racialización, ausencia de vínculos familiares o comunitarios. Estas circunstancias las hacen particularmente vulnerables a abusos, arbitrariedades, desorganización e ineficiencia institucional. Siguiendo a Leal (2006), sostengo que las contradicciones, los errores y la inacción no son anomalías del sistema, sino rasgos inherentes a las burocracias estatales. Las vivencias de las trabajadoras sexuales trans son un claro ejemplo de esta realidad.

BIBLIOGRAFÍA

- Almeida, Ana y Elizabeth Vásquez. 2010. *Cuerpos distintos: ocho años de activismo transfeminista en Ecuador*. Quito: Manthra Editores.
- Andrade, Xavier, Ana María Forero y Fiamma Montezemolo. 2017. "Los trabajos de campo, lo experimental y el quehacer etnográfico". Presentación del dossier. *Íconos*, núm. 59: 11-22. DOI: <https://doi.org/10.17141/iconos.59.2017.2909>
- Cáceres, Rafael y María Marco. 2019. "La represión de la disidencia sexual en Andalucía durante el franquismo y la transición política española". En *Nuevas Cartografías de la Sexualidad*, editado por Carmen Gregorio Gil, Ana Alcázar-Campos, José María Valcuende Del Río y coordinado por Blanca García Peral, 59-72. Granada: Eug.
- Caicedo Tapia, Danilo y Angélica Porras Velasco. 2010. "Igualdad y diversidad sexual. La hegemonía de la heterosexualidad en el derecho ecuatoriano". En *Igualdad y no discriminación. El reto de la diversidad*, editado por Danilo Caicedo Tapia y Angélica Porras Velasco, 547-573. Quito: Ministerio de Justicia, Derechos Humanos y Cultos.
- Carmona, Adilely. 2019. "Reconocimiento de derechos a personas LGBTI". Editorial. *Revista CES Derecho*, vol. 10, núm. 1: 298-300.
- Carrasco Medina, Janny y Delphine Defossez. 2019. "Estatus jurídicos de las personas transexuales en la Unión Europea y Latinoamérica". *Revista Científica Uisrael*, vol. 6, núm. 3: 25-42. DOI: <https://doi.org/10.35290/rcui.v6n3.2019.99>
- Cedeño Barreto, Mercedes de Los Ángeles. 2021. "Transgénero: Un análisis desde la mirada de los derechos humanos". *Revista de Ciencias Sociales (Ve)*, vol. XXVII, núm. 1: 254-263.
- Clavero Céspedes, Camila, Ignacio Cubillos Saavedra y Francisca Chacón Contreras. 2022. "La ejecución de la pena privativa de libertad en personas trans: Análisis de estándares internacionales de protección y su aplicación en el ordenamiento jurídico chileno". Tesis de licenciatura presentada para optar al grado de licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales. Universidad de Chile. Consultado el 24 de marzo de 2025. <https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/197126/La-ejecucion-de-la-pena-privativa-de-libertad-en-personas-trans-analisis-de-estandares-internacionales.pdf?sequence=1>
- Coller, Xavier. 2000. *Estudios de casos*. Cuadernos Metodológicos, No. 30. Madrid: CIS.
- Cutuli, María. 2013. "Etnografiando travestis: preguntas tensiones y aprendizajes sobre el 'estar ahí'". *Revista Latinoamericana*, núm. 13: 99-112.
- Fierro Echeverría, Samuel. 2009. "Las expansiones subversivas de lo trans-feminista en Ecuador. Un recorrido por el proyecto trans-género/casatrans y las auto representaciones de sus activistas". *Ecuador Debate*, núm. 78: 73-88.
- García Becerra, Andrés. 2009. "Tacones, siliconas, hormonas y otras críticas al sistema sexo-género. Feminismos y experiencias de transexuales y travestis". *Revista Colombiana de Antropología*, núm. 45(1): 119-146.
- García Díaz, Lidia. 2017. "Transitar por América Latina: redes, trabajo y sexualidad". *Íconos*, núm. 59: 185-204. DOI: <http://dx.doi.org/10.17141/iconos.59.2017.2489>
- García, Lila. 2016. "Práctica y discurso de los operadores judiciales en sus decisiones de control migratorio: el caso de la justicia administrativa federal en la ciudad de Buenos Aires". *Estudios Socio-Jurídicos*, núm. 18(1): 77-102.

- Gardner Honeychurch, Kenn. 1997. "La investigación de subjetividades disidentes: retorciendo los fundamentos de la teoría y la práctica". *Debate Feminista*, núm. 16: 112-138.
- Garrido Álvarez, Rafael. 2017. "La despenalización de la homosexualidad en Ecuador: el legado de la acción colectiva LGBTI". Informe de investigación. Universidad Andina Simón Bolívar.
- Gauché-Marchetti, Ximena, Álvaro Domínguez-Montoya, Pablo Fuentealba-Carrasco, Daniela Santana-Silva, Gabriela Sánchez-Pezo, Cecilia Bustos-Ibarra, Manuel Barría-Paredes, Cecilia Pérez-Díaz, Rodrigo González-Fuente y Cynthia Sanhueza-Riffo. 2023. "Juzgar con perspectiva de género. Teoría y normativa de una estrategia ante el desafío de la tutela judicial efectiva para mujeres y personas LGBTIQ." *Revista Derecho del Estado*, núm. 52: 247-278. DOI: <https://doi.org/10.18601/01229893.n52.08>
- Gil Hernández, Franklin. 2008. "Racismo, homofobia y sexismo. Reflexiones teóricas y políticas sobre interseccionalidad". En *Raza, etnicidad y sexualidades. Ciudadanía y multiculturalismo en América Latina*, editado por Peter Wade, Fernando Urrea Giraldo y Mara Viveros Vigoya, 485-512. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Gregorio Gil, Carmen, Ana Alcázar-Campos, José María Valcuende Del Río y Blanca García Peral. 2019. *Nuevas Cartografías de la Sexualidad*. Granada: Eug.
- Guerrero, Iran y Linda Ruiz. 2023. "Comparando la protección de la identidad de género de las mujeres trans privadas de la libertad en Colombia y México." *Cuestiones Constitucionales*, núm. 49: 179-201.
- Leal, Alejandra. 2006. "Burocracia, justicia y pluralismo jurídico. Una exploración de los espacios del poder en Oaxaca". *Alteridades*, núm. 16 (31): 39-48.
- Lind, Amy y Sofía Argüello Pazmiño. 2009. "Ciudadanía y Sexualidades en América Latina". Presentación del dossier. *Íconos*, núm. 35: 13-18.
- López Murcia, Luz Mary. 2019. "Italia: La meca de las maricacolombianas migrantes en los años noventa". En *Nuevas Cartografías de la Sexualidad*, editado por Carmen Gregorio Gil, Ana Alcázar-Campos, José María Valcuende Del Río y coordinado por Blanca García Peral, 297-312. Granada: Eug.
- Missé, Miguel y Gerard Coll-Planas. 2010. "La patologización de la transexualidad: reflexiones críticas y propuestas". *Norte de Salud Mental*, núm. 8(38): 44-55.
- Moreno, Rodrigo. 2019. "Prisiones transgénero como reivindicación de la libertad individual dentro del sistema de rehabilitación de penas en Ecuador." *Foro Revista de Derecho*, núm. 32: 161-178. DOI: <https://doi.org/10.32719/26312484.2019.32.9>
- Ochoa, Marcia. 2011. "Pasarelas y 'Perolones': Mediaciones transformistas en la avenida Libertador de Caracas". *Íconos*, núm. 39: 123-142.
- Orozco Pulido, Jesús Manuel. 2020. "El derecho de identidad de personas transgénero en procedimientos de corrección de actas del registro civil. Una propuesta de sentencia estructural de la Suprema Corte de Justicia de la Nación." *Cuestiones Constitucionales*, núm. 43: 219-261. DOI: <http://dx.doi.org/10.22201/ij.24484881e.2020.43.15184>
- Plummer, Ken. 1991. "La diversidad sexual: una perspectiva sociológica". En *La sexualidad en la sociedad contemporánea. Lecturas antropológicas*, de la autoría de Manuel Delgado Ruiz, José Antonio Nieto, Clelland Ford, Ken Plummer, Charles Turner, Heather Miller, Lincoln Moses, Richard Milner, Evelyn Blackwood, Anne Bolin y Gini Graham Scott, 151-194. Madrid: Fundación Universidad Empresa.

- Recalde Burgueño, Laura. 2019. "Cuerpos LGBT: La lucha entre lo visible y lo enunciable. Rivera Uruguay". En *Nuevas Cartografías de la Sexualidad*, editado por Carmen Gregorio Gil, Ana Alcázar-Campos, José María Valcuende Del Río y coordinado por Blanca García Peral, 437-452. Granada: Eug.
- Ruíz Urrea, Linda e Iran Guerrero Andrade. 2021. "Los alcances de la orientación sexual y la identidad de género en la jurisprudencia del Comité de Derechos Humanos y la Corte Interamericana de Derechos Humanos." *Boletín mexicano de derecho comparado*, vol. 54, núm. 162: 91-114. DOI: <https://doi.org/10.22201/ijj.24484873e.2021.162.17070>
- Sancho Ordóñez, Fernando. 2011. "'Locas' y 'fuertes': Cuerpos precarios en el Guayaquil del siglo XXI". *Íconos. Revista de Ciencias Sociales*, núm. 39: 97-110.
- Sancho Ordóñez, Fernando y Lucas Platero. 2018. "Memorias posibles para el movimiento trans* en Ecuador". *Ex aequo*, núm. 38: 49-65. DOI: 10.22355/exaequo.2018.38.04
- Sanmartín Arce, Ricardo. 2003. *Observar, escuchar, comparar, escribir. La práctica de la investigación cualitativa*. Madrid: Ariel.
- Suess Schwend, Amets. 2015. "'Transitar por los géneros es un derecho': Recorridos por la perspectiva de despatologización". Tesis doctoral presentada para obtener el título de doctor en Antropología Social y Diversidad Cultural. Universidad de Granada. Acceso el 31 de diciembre de 2024. <https://digibug.ugr.es/handle/10481/42255>
- Urrutia Santillán, Verónica, Jaramillo León Alexandra y Jordy Acurio Mora. 2023. "El reconocimiento de los derechos de las personas transgénero frente al bienestar biopsicosocial". *Revista Universidad y Sociedad*, núm. 15(2): 400-407.
- Valcuende del Río, José María. 2006. "De la heterosexualidad a la ciudadanía". *Revista de Antropología Iberoamericana*, vol. 1, núm. 1: 125-142.
- Villamarín, Valentina, Bermúdez Jorge y Giovanni Paredes. 2022. *Derechos para la transformación y la dignidad en personas trans privadas de la libertad*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario. DOI: <https://doi.org/10.12804/urosario9789585003613>
- Viteri, María Amelia. 2009. "Cuando lo 'queer' si da: género y sexualidad en Guayaquil". *Debate Ecuador* 78: 61-66. <http://hdl.handle.net/10469/3536>
- Zambrini, Laura. 2010. "Modos de vestir e identidades de género: reflexiones sobre las marcas culturales en el cuerpo". *Nomadías*, núm. 11: 130-149.

LEGAL DESIGN THINKING AND CRIMINAL LAW: CRITICAL CONSIDERATIONS

LEGAL DESIGN THINKING Y DERECHO PENAL: ALGUNAS CONSIDERACIONES

LEGAL DESIGN THINKING E DIREITO PENAL: ALGUMAS CONSIDERAÇÕES

*Eduardo Morales Barra**

Recibido: 27/I/2025

Aceptado: 1/IV/2025

Abstract

Legal Design Thinking is a user-centered methodology designed to address complex legal problems from an innovative perspective. This article focuses on its transformative capacity, demonstrating its relevance across legal domains and how it can generate consistent and effective results in diverse contexts. Through the analysis of the crime of rape in the criminal justice system, it exemplifies how this methodology allows the development of human-centered, accessible, and broadly applicable solutions. This approach reaffirms that Legal Design Thinking is a methodological tool with the potential to innovate in the design of more inclusive and efficient legal systems.

Keywords: Legal Design Thinking; Criminal Law; Rape; Victims; Gender perspective

Resumen

El Legal Design Thinking es una metodología centrada en el usuario, que combina principios del diseño y el derecho para resolver problemas legales de manera accesible y empática. Este artículo analiza en su capacidad transformadora, mostrando cómo su aplicación no se limita a un ámbito específico del derecho, sino que puede generar resultados consistentes y efectivos en contextos diversos. A través de un análisis teórico del delito de violación en el sistema

penal, se ejemplifica cómo esta metodología permite desarrollar soluciones humanizadas, accesibles y universales. Este enfoque reafirma que el Legal Design Thinking es una herramienta metodológica con el potencial de innovar en el diseño de sistemas jurídicos más inclusivos y eficientes.

Palabras clave: *Legal Design Thinking*; Derecho penal; Violación; Víctimas; Perspectiva de género

Resumo

Legal Design Thinking é uma metodologia centrada no usuário que combina princípios de design e direito para resolver problemas jurídicos de forma acessível e empática. Este artigo analisa sua capacidade transformadora, mostrando como sua aplicação não se limita a uma área específica do direito, mas pode gerar resultados consistentes e eficazes em contextos diversos. Por meio de uma análise teórica do crime de estupro no sistema de justiça criminal, ilustramos como essa metodologia permite o desenvolvimento de soluções humanizadas, acessíveis e universais. Essa abordagem reafirma que o *Legal Design Thinking* é uma ferramenta metodológica com potencial para inovar na concepção de sistemas jurídicos mais inclusivos e eficientes.

Palavras-chave: *Legal Design Thinking*; Direito penal; Estupro; Víctimas; Perspectiva de gênero

* Graduate in Law from the Autonomous University of Chile. Currently serving as a junior researcher within the CONVERGENCIA Research Group at the same university. Additionally, he is a member of the Scientific Society of Law Students at the Autonomous University of Chile (ACED), where he holds the position of community liaison. Email: eduardo.morales.barra1997@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0009-5338-5980>

Suggested citation format: Morales Barra, Eduardo. 2025. "Legal Design Thinking and Criminal Law. Critical Considerations". *Revista de Estudios Jurídicos Cálamo*, núm. 23: 145-160. DOI: <https://doi.org/10.61243/calamo.23.461>

INTRODUCTION

Legal Design Thinking is an innovative methodology that combines design principles and legal analysis to solve complex problems from a user-centered perspective. As Vega Sainz points out:

It is a technique used by designers to solve complex problems through understanding and empathy with the user. It is a lens through which problems can be observed from the user's perspective, to detect their concerns and needs and try to solve them. (Vega Sainz 2020, 307)

This article explores how this methodology can transform legal analysis, using the case of rape in the criminal justice system as a practical example to show its applications and benefits. In this context, *Legal Design Thinking* allows us to rethink the judicial process from a victim-centered perspective, improving both the care they receive and their access to justice. Although the focus is on the criminal field, the principles of *Legal Design Thinking* are universal and can be applied to various areas of law, such as civil law or administrative law, adapting to the specific needs of each area.

In the case of rape, *Legal Design Thinking* addresses the challenges faced by victims, such as revictimization and barriers to access to justice. By focusing the analysis on the needs of victims, this methodology seeks to design solutions that not only reduce their suffering but also optimize the judicial system to make it more humane and accessible.

In this context, it is essential to reflect on how the State could implement reforms that address both prevention, effective response, and the consequences of rape crimes. While prevention is key, it is also essential to ensure adequate care for victims during and after the judicial process. An approach that focuses only on prevention, without prioritizing immediate care for victims, could create an imbalance and increase suffering.

A balanced model that combines prevention, effective judicial response and subsequent victim support would not only reduce the incidence of these crimes, but also optimize the use of state resources, improving the victim experience and reducing long-term costs.

PRELIMINARY CONSIDERATIONS

The need for a reform in the response of the criminal justice system to the crime of rape is supported not only by the serious affectation suffered by the victims, but also by the ineffectiveness of the traditional models in the protection of their rights and wellbeing. Despite legislative and judicial efforts, deficiencies persist in the adequate attention to victims within the judicial process, as well as in the minimization of the revictimization they suffer.

An innovative approach is needed to adapt the penal system to current realities, moving toward a more inclusive and empathetic form of justice. However, "Law, and in general, legal culture tends to reject the

'non-legal', which makes it difficult for other professions such as design to participate in law projects" (Reyes 2024, 9).

In this sense, there is a need to explore methodologies such as *Legal Design Thinking*, which, as will be explained below, is characterized by placing the experiences and needs of the affected persons at the center, thus promoting a more humane and effective approach to this type of crime. This approach not only aims to improve the protection of victims, but also to optimize access to justice, promoting a comprehensive solution to the problems faced by rape victims.

INNOVATIVE PROPOSAL LEGAL DESIGN THINKING

Legal Design Thinking represents a revolutionary proposal within the field of Criminal Law, with the potential to transform the judicial process in relation to sexual crimes. Empathy and creativity are at the core of this approach, fundamental elements to be able to develop legal solutions that not only focus on the sanction or punishment of the perpetrators but also seek comprehensive care for the victims.

By incorporating this method into the judicial system, the social costs of crime could be reduced, and a more equitable justice system could be promoted. The implementation of this methodology would improve the experience of victims, reducing re-victimization and creating a more accessible, humane and user-centered justice system. This would adapt the system to the emotional, psychological and legal needs of the victims, prioritizing their well-being throughout the process.

The objectives of this research focus on three fundamental aspects: First, it seeks to analyze the main challenges faced by rape victims within the current criminal procedure system. Second, it seeks to evaluate the feasibility of implementing *Legal Design Thinking* as a methodology to improve the care and protection

of victims in the judicial sphere. Finally, it is proposed to develop legal reforms that integrate this innovative approach to reduce revictimization and promote more equitable access to justice.

Likewise, the article explores *Legal Design Thinking* as a methodological support, to use it as an essential analytical and critical tool to address this legal problem, promoting efficiency in judicial processes¹. According to Morales Barra, Méndez Reátegui and Bermúdez Bermúdez, “its approach focuses on people’s needs, proposing legal solutions adapted to them. In simple terms, it involves thinking legally, but with a touch of attention to the user and innovation” (2024, 14). For instance:

Legal Design Thinking adopts tools and techniques to analyze and reconfigure legal processes in a simple, functional, and engaging way. Its main objective is to propose innovative solutions that not only respond to practical functionalities but also incorporate an emotional component and user experience. (Poto and Parola 2024, 12-13)

This process breaks down into five key elements: empathize, define, ideate, prototyping, and testing.

EMPATHIZE

Introduction to the Concept

The first stage of *Legal Design Thinking* consists of understanding the experiences and emotions of the people affected by the judicial system. Empathy allows us to identify the user’s experience before defining the problem:

Understand the scenario from their perspective. It is necessary to start broadly, without trying to define the problem completely, since this will be done in the following stages. At this point, the first step is to know who the user is and what the system in which he/she interacts is like, before specifying the problem to be addressed. It should

¹ According to Calsamiglia (1988, 355) “Efficiency understood as the criterion that maximizes social wealth”. Likewise, *Legal Design Thinking* not only improves the communication and accessibility of the law, but also contributes to administrative and social efficiency, allowing for better allocation of resources and optimizing judicial management. This is key in economic terms, since efficiency implies the optimal use of available resources to generate the greatest possible benefit for society.

not be lost sight of the fact that the user is the main objective of the solution to be designed; it is the user's problem that will be addressed. (Uribe Giraldo and Cardona Toro 2022, 60-61)

In this framework, the design process begins with discovery, which involves empathizing with the user to identify problems or needs and transform them into opportunities. Méndez Reátegui and Álvarez Meythaler highlight that this approach involves understanding the user's way of thinking and feeling. Then, it reflects on key questions such as: Who is the user? What do they do? What do they like? What aspirations do they have? (2020, 366-367).

In the context of rape, this means listening to rape victims in Chile to identify specific barriers and challenges. Here empathy plays a crucial role as it is not only a tool to identify structural problems, but also a mechanism to humanize the judicial process, reducing the perception of helplessness in the victims. A thorough understanding of victims' experiences allows for the design of legal processes that are more effective, respectful and tailored to their emotional and psychological needs.

Applied Methodology

To understand the barriers faced by rape victims in the judicial system, reports, surveys, and analyses conducted by various institutions were consulted. In this sense, *uncovering* is essential at the empathizing stage. These documents offer valuable insights into victims' experiences and the challenges they face, highlighting structural and emotional issues that hinder their access to justice. For example, according to the Gender and Diversity Unit of the Central University of Chile: "It is a significant, painful and difficult experience to assimilate. Counting involves remembering, reliving experiences, unpleasant sensations and thoughts that the body and mind are often not prepared to cope with"².

This type of information makes it possible to identify emotional factors that influence the moment of reporting, making it difficult for victims to interact with the procedural system. In addition, in the same document they point out that the judicial processes are "[l]ong and unclear, and that there are professionals with little training in gender violence, and therefore adequate care is not guaranteed, since the story is often questioned"³.

Another resource used was the Qualitative Study on the Updating of the Critical Route of Violence Against Women, which provides a detailed analysis of the experiences of victims and the limitations of the judicial system in addressing their needs. This study notes that "52% of the officials consulted indicated that they had not received any training on gender-based violence against women in the last 12 months,"⁴ which directly affects the quality of care provided and, in many cases, generates revictimization.

The same document shows that when a policewoman from the O'Higgins Region was interviewed about whether there is an adequate infrastructure for the care of victims, she mentioned that "[t]here is not everywhere a physical space designed to provide exclusive care to victims of gender-based violence, and there is little training of personnel to provide care to victims". The study also highlights the following:

The expectation of protection and reparation for survivors is not met because there is no comprehensive accompaniment by the ICN institutions, except for SernamEG whose work in the Women's Centers is highly valued by survivors. RCI officials report a level of demand that they are not able to address, due to lack of personnel and resources.⁵

This lack of infrastructure and the high percentage of untrained officials evidence a disconnection between

2 "Romper el silencio. ¿Por qué nos cuesta denunciar la violencia sexual?". Universidad Central de Chile. Access on May 5, 2025. https://www.uceval.cl/gyd/docs/rompe_el_silencio.pdf

3 Ibidem.

4 "Estudio Cualitativo. Actualización de Ruta Crítica de Violencia Contra la Mujer 2020". Access on May 5, 2025. <https://spd-archivo.subprevenciondeldelito.gob.cl/wp-content/uploads/2023/12/Estudio-Cualitativo-Actualizacion-de-la-Ruta-Critica-de-VCM-2020.pdf>

5 Ibidem.

the needs of the victims and the institutional response, highlighting the importance of empathy as an axis to humanize and redesign judicial processes.

Identified Problems

The absence of comprehensive services that accompany victims during and after the process leaves them without psychological, legal and social support, placing them in a state of vulnerability and distrust, which increases their sense of helplessness. In this situation, empathy allows victims not only to seek (or need) justice, but also a system that accompanies them in a comprehensive manner.

Victims must repeat their testimonies, which makes them relive the details of the abuse repeatedly during the different stages of the process, facing invasive interrogations and traumatic tests, where they often face questioning or disbelief from officials, which significantly affects their mental and emotional health. Empathy here is essential to redesign care protocols that minimize revictimization.

The lack of adequate infrastructure together with the lack of training of officials hinders efficient and respectful attention to victims. For example, in many regions there are no exclusive spaces for attending to rape victims, which compromises their privacy and

dignity. Addressing these problems with empathy not only makes it possible to design more humane processes but also strengthens victims' confidence in the judicial system.

Applicability in Other Areas of Law

At the same time, these testimonies provided in-depth knowledge about their emotions and, most importantly, identified their fundamental needs. Also, thanks to this approach, it was possible to establish an empathetic connection with the victims, which contributed greatly to a more complete understanding of their perspective and the issues involved.

Although this analysis focuses on the experiences of rape victims, the empathy element of *Legal Design Thinking* is applicable in any legal context where the end user of the justice system should be the focus of the design. For example, in labor law, empathy could be applied to conciliation processes that consider the emotions of workers. In administrative law, it can be used to simplify procedures and ensure dignified treatment of the elderly or people with disabilities.

Finally, as we can see, the integration of the empathetic approach of *Legal Design Thinking* not only optimizes user experiences but also allows us to design more effective solutions tailored to their real needs.

DEFINE

Implications of the Concept

The second stage of *Legal Design Thinking*, called defining, is crucial to define the problems identified in the previous phase and transform the findings into concrete and actionable points. As Aquae Foundation points out, this stage seeks to: "Synthesize the findings of the empathy phase to clearly identify the specific problems and challenges that need to be addressed. This will allow us to be able to define a clear problem"⁶.

This stage consists of organizing and prioritizing the information gathered about the users, the parties involved and the system in which they interact. In this sense, to go deeper into how this process is carried out and what tools could be used to achieve it, researchers Uribe Giraldo and Cardona Toro point out the following:

The objective is to land all the information gathered in a summary that will demarcate the

⁶ Aquae Foundation. "The Design Thinking Methodology: Definition and Phases". Last updated on January 16, 2021. <https://www.fundacionaquae.org/wiki/que-es-el-design-thinking/>

challenge to which the rest of the design process will be devoted. This phase has to do with the creation of deliverables; while the first stage tries to collect large amounts of information, this stage means reducing it to documents–maps–with clear, prioritized and specific points. (Uribe Giraldo and Cardona Toro 2022, 61)

Through this synthesis, the design team reflects on the root causes or effects of the identified challenge, considering how to effectively address it. This step lays the groundwork for hypothesizing potential solutions, connecting empathetic understanding with early design ideas.

Prioritized Problems

In the first stage, various barriers faced by users in the judicial system were identified. However, to move forward in the design process, it is crucial, as mentioned above, to transform these findings into clear and specific challenges that can be effectively addressed. The define stage, as part of Legal Design Thinking, has the purpose of synthesizing and prioritizing this information, delimiting the scope of the problem and establishing the basis for the generation of solutions in later stages.

In this sense, we reformulated the problems identified in Chapter 1 as concrete challenges, listing them in order of priority and subsequently transforming them into key questions that will guide the design of solutions in Chapter 3. In this sense, it would be as follows:

1. Revictimization: Revictimization was highlighted as the most critical challenge, due to its immediate emotional impact and its deterrent effect on victims when seeking justice.
2. Structural barriers: these were considered cross-cutting factors that, if addressed, would improve the efficiency and equity of the judicial system.
3. Lack of comprehensive accompaniment: The lack of comprehensive accompaniment was prioritized due to its relevance in guaranteeing continuous support and reducing the feeling of helplessness of the victims.

Questioning How it Can be Solved

Based on the identified and prioritized problems, three challenges were identified. About revictimization, the question arose as to how to reduce the need for victims to repeat their testimony at each stage of the judicial process without compromising the quality of the evidence? In addition, regarding structural barriers, we ask ourselves how we can improve the training of officials and ensure adequate infrastructure to provide efficient and respectful attention to victims? In addition, how can we ensure that the training of officials is effective and consistent over time? Finally, about the lack of comprehensive support, we wonder what model of integrated services could guarantee psychological, legal and social support throughout the judicial process?

These prioritized challenges provide a clear focus for the ideation stage, which will seek creative and effective solutions that respond to the most urgent needs of victims. By addressing the challenges at their root causes, it is hoped to design more humane, inclusive, and efficient legal processes.

Universal Applicability of Prioritized Questions and Problems

The strength of *Legal Design Thinking* lies in its ability to transcend the boundaries of specific areas of law, such as criminal law, by offering versatile tools applicable to a variety of legal contexts. The prioritization of problems and questioning of challenges in this chapter, derived from the analysis of rape victims' experiences, illustrates how this methodology can be adapted to other branches of law.

A representative example is the challenge of avoiding revictimization, a problem that can be transferred to the field of labor law, where it is essential to protect workers who report harassment from repeated questioning or reprisals that hinder their access to justice. Similarly, structural barriers, such as insufficient training and lack of resources, constitute a cross-cutting problem that affects, for example, administrative law, where excessive

bureaucracy and lack of specialized personnel hinder the efficient resolution of conflicts.

On the other hand, the lack of comprehensive support, prioritized in this analysis, has a clear parallel in family law. In this context, the parties involved often face exhausting processes, lacking adequate psychological or social support. In such cases, *Legal Design Thinking* can contribute to the design of comprehensive care models that address not only legal issues, but also the emotional needs of those affected.

Similarly, *Legal Design Thinking* is not limited exclusively to addressing legal issues. It is also used in organizational environments for the definition or redefinition of strategies, the creation of new products and services, the resolution of internal conflicts, the development

of technological tools and the improvement of the contracting experience. As Galarza García points out:

It is used for various purposes, to analyze the future of public or private sector organizations, defining or redefining their strategic lines, for the analysis and definition of new products and services, to solve organizational problems, the creation of technological tools and the improvement of the contracting experience. (Galarza Garcia 2022, 104)

In conclusion, the questions posed in this chapter transcend the resolution of specific problems in the criminal justice system, providing a frame of reference for reconfiguring and optimizing processes in various areas of law, thus, guaranteeing the most effective solutions focused on the specific needs of the user.

IDEATE

On the Concept

In this third stage, the ideation stage, a process focused on the generation of creative and innovative solutions to address the problems previously identified is carried out. Unlike the previous phases, which sought, from their own perspective, to understand and define the users' problems, this stage focuses on collective imagination and the development of proposals that transform the findings into possible solutions. As Rojas Quintero points out, "To encourage creative thinking, it is important to eliminate value judgments, since ideas cannot be labeled as 'good or bad'; they all contribute" (Rojas Quintero 2021, 26). Within this phase, an important tool is brainstorming, since, as Serrano Ortega and Blázquez Ceballos point out:

It is a way to generate a lot of ideas that we would not be able to do individually. The intention of brainstorming is to take advantage of the collective thinking of the group, listen, and based on other ideas build new ones. (Serrano Ortega and Blázquez Ceballos 2015, 76-77)

This method encourages collaboration between disciplines, promoting an integrative and creative approach.

In the field of criminal law, devising involves designing solutions that consider not only legal and procedural aspects, but also the emotional, psychological and social needs of the victims. This interdisciplinary approach allows the creation of tools and strategies adapted to the context, promoting a more humane and effective justice.

Examples of Generated Ideas

Based on the challenges prioritized in the "Define" phase, the following proposals were developed, aimed at reducing re-victimization, eliminating structural barriers and guaranteeing comprehensive support for victims.

1. Use of technology to reduce victim exposure: implement video conferencing systems that allow victims to give their testimony from secure

environments, avoiding direct confrontations with the aggressors and reducing the need to repeat statements. Additionally, design secure digital platforms where victims can provide evidence, access updates on the judicial process and communicate with professionals in a confidential manner.

2. Comprehensive support center: create multidisciplinary spaces that combine psychological care, legal advice and social support. These centers, located especially in rural or hard-to-reach areas, would ensure more equitable and dignified treatment for victims. In addition, train officials in gender perspective and victim-centered care, ensuring that interactions are empathetic and respectful.
3. Protocols for minimizing revictimization: establish mechanisms for recording the first testimony under optimal conditions to be used in the different stages of the judicial process, reducing the need for victims to repeat their traumatic experience. This follows the line of Law 21.057, which regulates recorded interviews with minors, establishing single recorded statements to reduce the need for victims to repeat their testimony at each stage of the judicial process. Likewise, tools such as the Gesell Chamber can be incorporated, which allows the victim to testify in a safe environment, avoiding direct confrontation with the aggressor. As Bonilla-Morejón et al. (Bonilla-Morejón et al. 2023, 192) argue, although in some cases confrontation between victim and perpetrator is legally unavoidable, it is essential to adopt measures that minimize its negative impact, ensuring a less traumatic process for the victim. Also, design clear guidelines for non-invasive questioning and prioritize the emotional well-being of victims throughout the process.
4. Ongoing and effective training for employees: establish a mandatory system of regular training, at least every six months, for officials working with victims. These trainings should be updated periodically to incorporate the latest advances in gender perspective, victim-centered care and humanized protocols. Implement control mechanisms to ensure effective compliance with training. For example, in case of

non-compliance with the updating deadline, a fine could be imposed on the institutions responsible or on the superiors of the officials, thus promoting institutional responsibility and continuous improvement.

These proposals illustrate how an interdisciplinary approach can generate efficient, practical, and people-centered solutions, improving the victims' experience in the justice system.⁷

Creative Methodology

The generation of these ideas was based on the use of creative tools typical of *Legal Design Thinking*, combined with disruptive questions that allow us to explore innovative solutions from different perspectives. Inspired by creative questions proposed by various authors, such as those mentioned by Serrano Ortega and Blazquez Ceballos "What are the most obvious solutions to this problem? What can be added, removed or modified from these initial solutions?" (Serrano Ortega and Blazquez Ceballos 2015, 77).

In the same vein, we broadened the focus with additional questions designed to delve deeper into user needs and explore out-of-the-box solutions, such as:

- How could this problem be solved with today's technological tools?
- If victims were to design their own judicial process, what would it look like?
- What solutions could be implemented quickly with minimal resources?

Through these tools, not only creative solutions were generated, but the possibilities of *Legal Design Thinking* to transform access to justice in criminal and other areas of law were demonstrated.

Universal Applicability in Other Areas of Law

Although the solutions proposed in this chapter are oriented to criminal law, the tools of *Legal Design*

⁷ The impact of *Legal Design Thinking* is not only reflected in a more dignified experience for victims, but also in the optimization of the judicial system's time and resources by reducing unnecessary processes and improving the effectiveness of evidence and testimony collection. From an economic perspective, this translates into reduced administrative costs and greater efficiency in case management.

Thinking can be applied in other areas of law. Its focus on empathy and innovation allows it to be adapted to diverse contexts; in the field of administrative law, for example, it can simplify procedures through user-friendly digital platforms. In this context, as Antón Antón points out:

We speak of a methodology that focuses on the needs of the users of a product, a service or a process, in this case taxpayers, and that can be used both to design digitization processes of the administrations and procedures aimed at compliance with tax obligations. (2021, 768)

In the labor field, this means the development of more humane and efficient conciliation processes

and in the commercial context the implementation of visual contracts and clear language to improve the understanding of the parties. For example:

Bringing people and law closer together through a human-centered design approach makes contracts more accessible, readable and understandable to their users and improves the delivery of legal services by lawyers. (Nousiainen 2022, cited in Soler Puentes 2024, 9)

In this way, the strategies developed in this phase allow us to visualize how the *Legal Design Thinking* methodology can be applied in various legal contexts, offering effective solutions adapted to the specific needs of each area of law.

PROTOTYPING

About the Concept

Previously, we talked about a comprehensive support center for victims, a prototype, which theoretically speaking, will be described in detail. The Comprehensive Support Center for Rape Victims has been proposed, an initiative that seeks to provide multidisciplinary assistance to those who have been victims of sexual crimes, ensuring equal and free access to legal, psychological and medical resources. To achieve its correct operation, various key areas related to its financing, infrastructure, professional team and implementation strategies have been considered.

Regarding the financing and sustainability of the center, being free, it must come mainly from the State, since the target audience is people who lack the economic resources to access private services. To avoid overload and long waiting lists, a filter based on the Social Household Registration Form (RSH) will be implemented. Access will be allowed to those who have a maximum percentage of 60% in the RSH card, while those people with a percentage between 60% and 80% will be able to access only if a social worker assesses that they cannot effectively afford private services.

In addition, to ensure long-term financial sustainability, the center can be complemented with strategic alliances with universities, international organizations and NGOs that work in the protection of human rights. Likewise, cooperation programs could be generated with the private sector in areas such as the training of professionals or the donation of technological equipment.

The center should include the following professionals:

1. Lawyers: Who are trained to guide victims at each stage of the judicial process.
2. Psychologists: Professionals specialized in trauma who offer emotional support and ongoing therapies.
3. Psychiatrists: To address more complex mental health problems.
4. Gynecologists and forensic doctors: To perform medical examinations, collect evidence and provide specialized care.
5. Social workers: To assess the socioeconomic situation of victims and provide support in the judicial process.
6. Specialized Carabineros unit: To receive complaints within the same center, thus avoiding victims having

to go to a police station, which can be intimidating or traumatic. These officials would be constantly trained in the same center, ensuring that they have specialized training in dealing with victims of sexual crimes.

It should be noted that the training of professionals must include a selection process that ensures that they are psychologically prepared to deal with these cases. It is recommended that lawyers and social workers be allowed to have interns, but not health professionals, due to the need for a stable and trusting bond with victims. Continuous training of officials is also key, with periodic talks and courses to ensure adequate and up-to-date treatment in their areas of specialization.

Regarding infrastructure and privacy, the design of the center should focus on generating a warm and welcoming environment, far from the coldness of a hospital. To this end, a large space with access to natural light, internal gardens and rooms differentiated according to the needs of the victims is suggested.

The aspects that were prioritized in the design of the prototype were:

1. **Positive impact:** The need to periodically evaluate how the prototype affects the experience of victims, and the functioning of the judicial system is emphasized. This allows for identifying improvements and ensuring that the solutions implemented reduce trauma and promote more effective justice. A system of satisfaction surveys and metrics on case resolution would be included.
2. **Accessibility:** To ensure equitable coverage, the strategic location of support centers in both urban and rural areas is prioritized, eliminating geographical barriers that hinder access to essential services. Online psychological care would also be considered to increase coverage.
3. **Economic viability:** The design of the prototype focuses on sustainability through public resources, seeking to implement a model that can be maintained over time without compromising the quality or continuity of the services offered. For this reason, financing would come mainly from the State, considering that many victims cannot afford

private services. As mentioned above; to meet the high demand, a filter would be applied through the Social Household Registration Form (RSH) to guarantee priority access to those who need it. In addition, alliances would be sought with universities, NGOs and the private sector to improve the long-term sustainability of the center.

Finally, to ensure effective implementation, it is suggested to start with a pilot plan in a rural area, where demand would be more controllable, and adjustments could be made before a national expansion. In urban contexts, the hiring of more staff and the use of technology would be evaluated to avoid saturation of the system.

Universal Applicability in Other Areas of Law

The principles identified in the prototyping phase can be transferred to other branches of law, adapting key elements to improve the care and protection of the different vulnerable groups. Beyond showing its versatility, the approach offers lessons that can be replicated in other contexts.

In family law, the centralization of services and specialized training of officials could be implemented to address situations involving minors, such as custody and protection processes. The implementation of spaces adapted and designed for taking statements from children, with personnel trained in child psychology, would reduce the stress associated with these procedures and guarantee the protection of their emotional integrity.

In the workplace, the creation of support instances aimed at victims of harassment or workplace discrimination would replicate the legal and psychological counseling model developed for victims of sexual violence, guaranteeing more specialized and dignified treatment.

Similarly, in civil and administrative law, the approach of periodic training of judicial and administrative officials can be integrated into more humanized care protocols. In addition, they could raise the standard of care by developing mechanisms to simplify bureaucratic

processes through guided advice, preventing citizens from facing unnecessary obstacles in their access to justice.

In this context:

Prototyping of products or services usually also covers the public sphere, i.e., judicial services. A public policy prototype for service innovation involves visual creation, to conduct experiments

to test behaviors, risks and other possible outcomes that may be unexpected. (Lopez Ruiz and Restrepo Hoyos 2021, 28-29)

In short, the prototyping phase not only validates solutions in the criminal field but also provides a framework that can be replicated in various areas of law, allowing for the continuous improvement of justice systems and their adaptation to the specific needs of each sector.

TESTING

Impact of the Concept

The last stage of *Legal Design Thinking*, testing, focuses on evaluating and validating the solutions designed in the previous stages. This process is crucial to identify areas for improvement, guarantee the effectiveness of the proposals and adapt them to the real needs of the users. In this sense, the Hasso Plattner Institute of Design at Stanford explains:

This step consists of soliciting feedback and opinions about the prototypes that have been created from users and colleagues and is another opportunity to gain empathy for the people you are otherwise designing for. A good rule of thumb is to always make a prototype believing we are right, but we should evaluate thinking we are wrong. This is the opportunity to refine solutions and improve them. Ideally you should evaluate and test in the user context itself.⁸

In the context of rape, the solutions designed, such as comprehensive support centers or protocols to minimize revictimization, are evaluated to ensure their effectiveness and adapt them to the real needs of victims. This process should be carried out in environments that simulate the real dynamics of the judicial system, to identify practical improvements that ensure that the proposals are feasible, accessible and victim centered.

In addition, this phase reinforces empathy for the victims by gathering their opinions on the solutions, detecting previously unidentified barriers and adjusting the proposals to maximize their positive impact. This ensures that the solutions are not only functional, but also supportive of victim empowerment and procedural clarity.

Evaluation Methodology

To test the proposed solutions, it is essential to use a combination of quantitative and qualitative methods to obtain a true picture of their impact. Surveys could be designed for victims interacting with the prototypes, allowing feedback to be gathered on aspects such as accessibility, effectiveness, and treatment received. These would include both closed and open-ended questions to capture more detailed perceptions.

In addition, the data obtained during the trial period can be statistically analyzed to identify patterns, measure the degree of user satisfaction and evaluate the impact of the solutions on key indicators, such as the reduction of re-victimization or the efficiency of case resolution time.

In parallel, participatory observation would be applied, in which experts in law, psychology and design would directly observe the implementation of the solutions,

⁸ Hasso Plattner Institute of Design at Stanford. 2018. *Guide to the creative process. Mini guide: an introduction to Design Thinking+ Bootcamp bootleg*. Access on May 5, 2025. <https://shorturl.at/sZ8Yf>

recording interactions and detecting problems not evident in the previous stages. In-depth interviews will also be conducted, focusing on both victims and justice system officials, to explore their experiences and perceptions.

Finally, pilot tests were conducted in controlled environments to evaluate the functionality, feasibility, and acceptance of the designed prototypes, allowing adjustments to be made prior to full-scale implementation.

Universality in Other Areas of Law

This last stage is an inherent feature of this methodology and, like the previous stages, can be implemented in various legal areas beyond criminal law. Its iterative and experimental nature allows for cross-cutting application, being especially useful in contexts where end-user participation is essential to ensure the effectiveness of the measures implemented.

For example, in labor law, testing makes it possible to evaluate tools for resolving conflicts between employers and workers, such as conciliation simulations that improve communication and reduce inequalities. In administrative law, it validates systems that simplify procedures and improve citizen access, considering the needs of the elderly or the disabled. In family law, it ensures that solutions such as mediation models or support in divorce cases are effective and mitigate the emotional impact, especially on minors.

In all these assumptions, the purpose lies not only in ensuring the functionality of the solutions, but also in fostering an approach oriented towards humanity, accessibility and user-centricity. Moreover, the prototyping phase not only validates solutions in the criminal field but also provides a replicable framework in various areas of law, allowing for the continuous improvement of justice systems and their adaptation to the specific needs of each sector.

CHALLENGES OF IMPLEMENTING LEGAL DESIGN THINKING IN THE CRIMINAL FIELD

Although *Legal Design Thinking* can improve the experience of victims within the criminal system, its implementation faces structural, regulatory, and cultural challenges. The first obstacle is procedural rigidity and regulatory barriers because the criminal system is based on principles of legality and due process, which implies that any innovation must conform to a strict regulatory framework. This can slow down the adoption of new methodologies to improve the accessibility of judicial procedures. Along these lines, Flechas, García, and Escobar point out that “public projects tend to take longer to implement and are more difficult to coordinate between teams” (2021, 18), which reinforces the idea that introducing changes in the criminal field can be an even greater challenge.

Furthermore, bureaucracy in the criminal public sector discourages innovation, as officials may face sanctions if they exceed their functions. As Barbosa points out:

To analyze the interference of design thinking in the generation of public policies as a legal norm, we must accept the premise that law cannot solve everything alone [...] in public law, Administration officials are highly limited by their functions and are repressed for overstepping them, which translates into a disincentive for innovation. (2023, 256)

In the case of the Comprehensive Support Center for Rape Victims, the integration of a specialized Carabineros unit within the center to receive complaints in a safe environment could require legislative modifications, since currently, the complaint must be made in prosecutors' offices or police stations under pre-established protocols, which creates a barrier to improving the experience of victims.

The second problem is resistance to change, since, as Flechas, García, and Escobar point out, “the mental

barriers to learning from a lawyer are the same in the public and private sectors [...], convincing lawyers about the need to train in these methodologies was equally challenging in the public and private sectors” (2021, 19). This is because judges, prosecutors, defenders, and police have been trained under traditional legal models, where formality and procedure are essential to guarantee legal certainty, which makes it difficult to adopt innovative approaches such as *Legal Design Thinking*.

This resistance also stems from the fact that *Legal Design Thinking* proposes an open and iterative approach, which “can be seen in an ambiguous way and very far from the Cartesian methods commonly used in engineering and science” (Barbosa 2023, 262). Additionally, in the criminal field, there is a perception that the simplification of legal language could make legal documents less precise. However, in the case of victims of sexual crimes, a redesign of procedural documents could make them better understand their rights and the status of their process.

A third problem could be the lack of training in this type of modern methodology such as *Legal Design Thinking*, which “requires specific skills that are not always present in public sector environments” (Mintrom and Luetjens 2016, 394). It represents a barrier to its implementation in the criminal system, where the training of legal professionals is key to its adoption.

In the case of the Comprehensive Support Center, lawyers, psychologists, doctors, and police officers should receive training in legal design and victim-centered communication. However, in the criminal field, training often focuses on normative and evidentiary aspects, leaving aside innovative approaches.

In addition, training time can be a problem in public institutions, where the workload is already high. Barbosa warns that “Design for public policies can increase the time to develop them as it promotes the co-creation of policies and consensus on citizen objectives” (Barbosa 2023, 255). Although this process may be slower, its long-term impact on the experience of victims would justify the investment in training.

A fourth problem is institutional fragmentation and the lack of interdisciplinary teams, since for *Legal Design Thinking* to work effectively in the criminal system, collaborative work between various institutions is necessary, something that is often difficult due to bureaucratic rigidity. As Flechas, García, and Escobar point out, “in public entities, officials are usually assigned to specific roles, so, asking for collaboration to participate outside this framework of action is a bit difficult because it would be acting extra-contractually” (2021, 17).

Likewise, overcoming rigid hierarchical structures and divisions between agencies is essential for the design of innovative policies. Along these lines, Mintrom and Luetjens highlight that Legal Design Thinking promotes overcoming “organizational and procedural compartments, established hierarchies or bureaucratic categories” (2016, 395).

In the case of the Comprehensive Support Center for Rape Victims, its success would depend on cooperation between Ministries, the Prosecutor’s Office, Carabineros and the Judiciary. However, if there is no clear institutional commitment, the initiative could become fragmented and lose effectiveness, limiting its impact on the protection and assistance of victims.

Fifth and last, *Legal Design Thinking* faces the risk of not being taken seriously within the criminal system, since being an emerging methodology in the public sector, there is still a perception that it does not constitute a legitimate tool to transform criminal justice. As Mintrom and Luetjens warn, its application in the public sector remains “varied and dispersed,” which creates the risk that it “is not taken seriously” (2016, 400).

This lack of recognition could make it difficult to adopt in courts, prosecutors’ offices, or public defenders’ offices, where innovations are often viewed with skepticism if they do not have explicit regulatory backing.

However, despite its difficulties, “[o]nce the bureaucratic process is overcome, the impact of a project from the public sector reaches thousands of citizens” (Flechas,

García, and Escobar 2021, 20). This means that if, for example, the Comprehensive Support Center for Rape Victims is implemented as a pilot project, its success

could lead to its expansion nationwide, setting a new standard in care for victims of sexual crimes.

CONCLUSIONS

Based on the analysis carried out, it is concluded that *Legal Design Thinking*, as a user-centered methodology, constitutes an innovative tool with a growing impact, not only in terms of popularity but also in its expansion into various areas of law and even beyond this field. This approach has the potential to transform the way legal problems are addressed and resolved.

In the context of the crime of rape, it was shown that this approach allows transforming the experience of victims in the criminal system, developing more humanized, accessible, and effective solutions, contributing to reducing re-victimization and improving the interaction of victims with the judicial system.

The viability of the Comprehensive Support Center for Rape Victims illustrates how this methodology can be translated into concrete policies that prioritize empathy, accessibility, and economic viability. Measures such as the integration of technology to facilitate complaints, the redesign of judicial documents in clear language, and the interdisciplinary training of legal operators are tangible examples of their potential to improve the protection and assistance of victims. As Yankovskiy points out: “A key to success in a fast-changing world is the ability to see things from different angles, to quickly absorb everything new and to stay out of frames” (Yankovskiy 2019, 12).

However, its implementation faces regulatory and cultural challenges. The rigidity of the criminal justice system, resistance to change, and institutional fragmentation can limit its adoption. In this sense, legislators must promote reforms that allow the incorporation of

innovative approaches in victim care, guaranteeing their effectiveness within the current legal framework. Likewise, institutions in charge of criminal prosecution must promote training in *Legal Design Thinking*, integrating it as a key competence in the training of judges, prosecutors, and defenders.

As Nousiainen states: “The legal design approach applies various design methods to the law as well as the novel innovations in technology” (Nousiainen 2021, cited in Nousiainen 2022, 148). This versatility allows its application not to be limited to criminal law, but to be extended to other areas such as administrative, labor, and family law, optimizing the quality and efficiency of legal services.

In conclusion, *Legal Design Thinking* offers a flexible, replicable methodology that, by focusing on the needs of users, guarantees consistent and applicable results in different areas of law. As demonstrated in the case of the crime of rape, its implementation not only facilitates access to justice for victims of sexual crimes but also contributes to the construction of a more efficient⁹, accessible, and people-centered legal system.

Its approach not only responds to the challenges of a constantly changing world but also lays the foundations for a more inclusive, fair, and sustainable legal system. For this approach to have a real impact, legal operators and public policy designers must work collaboratively, overcoming institutional barriers and promoting a true transformation in the way in which law is designed and applied.

⁹ In the context described in the article, *Legal Design Thinking* is a methodology that contributes to the efficiency of the judicial system, as it allows for the optimization of resource use and the application of evidence- and data-based strategies. Its innovative approach facilitates the construction of a more rational and effective system, aligned with the principles of public management and legal economics.

REFERENCES

- Antón Antón, Álvaro. 2021. "Principios del *Human-centered Design* en los estudios de Derecho Tributario: técnicas de Legal Design y Legal Visualization para facilitar el cumplimiento de las obligaciones tributarias". In *EDUNOVATIC 2021: Conference Proceedings: 6th Virtual International Conference on Education, Innovation and ICT*, 766-771. Madrid: Red de Investigación e Innovación Educativa (REDINE). Access on May 5, 2025. <https://edunovatic.org/wp-content/uploads/2022/02/EDUNOVATIC21.pdf>
- Barbosa, Juan. 2023. "Innovación pública y pensamiento de diseño para políticas públicas en el contexto de desarrollo de ciudad (Public Innovation and Design Thinking as Mechanisms of Participatory City Creation)". *Revista Digital de Derecho Administrativo*, n.º 29 (enero-junio): 235-271. <https://ssrn.com/abstract=4330514>
- Bonilla, Diego, Jefferson Bonilla-Morejón, Jaime Guano, Patricio Meléndez, Franklin Murillo, Sarita Peña, Delia Samaniego, Diego Solis, Luis Vásquez and Ronny Núñez. 2023. *Los gritos silenciosos de las víctimas de violencia de género: Un enfoque desde la perspectiva pre procesal y procesal penal en el Ecuador*. Editorial Grupo AEA. Access on May 5, 2025. <https://doi.org/10.55813/egaea.l.2022.41>
- Calsamiglia Blancafort, Albert. 1988. "Justicia, eficiencia y derecho". *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N.º. 1: 355. Access on May 5, 2025. <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=1048059>
- Flechas, Angélica, Jorge García y Sofía Escobar. 2021. "Aplicación de la metodología de Legal Service Design de cara a contextos de derecho público vs. derecho privado". *RChD: Creación y Pensamiento* 6 (11): 1-23. Access on May 5, 2025. <https://doi.org/10.5354/0719-837X.2021.65499>
- Galarza García, Alejandra Patricia. 2022. "Legal Design: Un método disruptivo aplicado al Derecho". *Lawgic Tec (LT): Revista de Derecho y Tecnología*, no.02:96-105. Access on May 5, 2025. https://www.academia.edu/87830965/Legal_Design_un_m%C3%A9todo_disruptivo_aplicado_al_Derecho?auto=download
- López Ruiz, Camila, and Nickol Andrea Restrepo Hoyos. 2021. "Legal Design: Taking Law towards a Creative Society", thesis presented as a partial requirement for obtaining the title of Lawyer at EAFIT Universidad, Colombia. Access on May 5, 2025. <https://repository.eafit.edu.co/server/api/core/bitstreams/df524a49-d5b2-4107-b00a-7075552dcb13/content>
- Méndez Reátegui, Rubén, and Amparo Álvarez Meythaler. "Regulation or deregulation: a reflection from design thinking". *Desde el Sur* 12, no. 2 (2020): 365-376. Access on May 5, 2025. DOI: <https://doi.org/10.21142/des-1202-2020-0021>
- Méndez-Reátegui, Rubén, and Werner Betancourt Pinto. 2021. "Consideraciones generales sobre el AED, el Legal Design Thinking y el lavado de activos en el Ecuador". *Veritas & Research* 3 (1): 38-49. Access on May 5, 2025. [http://revistas.pucesa.edu.ec/ojs/index.php?journal=VR&page=article&op=view&path\[\]=49](http://revistas.pucesa.edu.ec/ojs/index.php?journal=VR&page=article&op=view&path[]=49)
- Mintrom, Michael, and Joannah Luetjens. 2016. "Design Thinking in Policymaking Processes: Opportunities and Challenges". *Australian Journal of Public Administration* 75 (3): 391-402. DOI: <https://doi.org/10.1111/1467-8500.12211>
- Morales Barra, Eduardo Bernardo, Rubén Méndez Reátegui and Yonni Albeiro Bermúdez Bermúdez. 2024. *El delito de violación: regulación y proporcionalidad*. Bogotá: Tirant Humanidades.

- Nousiainen, Katri. 2022. "Legal design in commercial contracting and business sustainability New legal quality metrics standards". *Journal of Strategic Contracting and Negotiation*, Volume 6, No. 2: 137-158. Access on May 5, 2025. DOI: <https://doi.org/10.1177/20555636221138972>
- Poto, Margherita Paola, y Giulia Parola, eds. 2024. *Building Bridges for Effective Environmental Participation: The Path of Law Co-Creation. The Chiquitano Multimodal Format for Disseminating the Escazú Agreement. Human Rights Interventions*. Springer. Digital book. <https://link.springer.com/book/10.1007/978-3-031-52791-3>
- Reyes, Mateo. 2024. "Legal Design Applied at Blackton Law Firm". Degree project presented at Universidad de los Andes, Colombia. Access on May 5, 2025. <https://repositorio.uniandes.edu.co/bitstreams/e17a1e26-fd22-44c5-813a-f3551489d800/download>
- Rojas Quintero, Isabella. 2021. "El nuevo desafío de los abogados: transformar la experiencia de los servicios legales a través de la innovación". thesis presented as a partial requirement for obtaining the title of Lawyer at EAFIT Universidad, Colombia. Access on May 5, 2025. <https://shorturl.at/nZ49G>
- Serrano Ortega, Manuel and Pilar Blázquez Ceballos. 2015. *Design thinking. Lidera el presente. Crea el futuro*. Madrid: ESIC Editorial. Access on May 5, 2025. https://www.academia.edu/37936016/Desing_thinking_lidera_el_presente_crea_el_futuro_pdf
- Soler Puentes, Karen Sofía. 2024. "Contratos mercantiles: Optimización y validez a través del legal design thinking". Undergraduate Program Thesis presented at Universidad El Bosque, Colombia. Access on May 5, 2025. <https://hdl.handle.net/20.500.12495/12927>
- Uribe Giraldo, Alejandra and Daniel Cardona Toro. 2022. "Diseño jurídico para el fortalecimiento del acceso a la justicia en Colombia". Undergraduate Program Thesis presented at Universidad de Caldas, Colombia. Access on May 5, 2025. <https://repositorio.ucaldas.edu.co/entities/publication/41329da2-b935-4ade-aefd-5813c1067059/full>
- Vega Sainz, José. 2020. "Legal Design Thinking. Visuales en los contratos y su validez legal". *Revista Jurídica Austral*, 1 (1): 303-318. DOI: <https://doi.org/10.26422/RJA.2020.0101.veg>
- Yankovskiy, R.M. 2019. "Legal Design: New Challenges and New Opportunities". *Zakon*, no. 5: 76-86. Access on May 5, 2025. <https://ssrn.com/abstract=3447215>

GYNECOLOGICAL-OBSTETRIC VIOLENCE IN CHILE State Responsibility for Failures in Service Provision

VIOLENCIA GINECO-OBSTÉTRICA EN CHILE Responsabilidad del Estado por fallas en la prestación de servicios

VIOLÊNCIA GINECOLÓGICA E OBSTÉTRICA NO CHILE Responsabilidade do Estado por Falhas na Prestação de Serviços

Noemí Collío Zambrano*

Recibido: 23/II/2025

Aceptado: 14/VI/2025

Abstract

Obstetric and gynecological violence (OGV) in Chile is a public issue that violates women's fundamental rights, revealing deficiencies both in the health service and in the existing regulatory framework. Although regulations such as Law No. 2.584 and the "Adriana Law" project address related aspects, they do not guarantee comprehensive reparation for victims, nor do they prevent this form of violence. OGV includes dehumanizing and negligent practices that affect women's dignity, autonomy, and health. In contrast, Colombia implements a robust regulatory model, with laws such as Law No. 2.244 of 2022, which promotes humanized childbirth and comprehensive reparation, including compensation, rehabilitation, and guarantees of non-repetition. This comprehensive approach, aligned with international standards, can serve as a reference to strengthen the Chilean legal framework and guarantee dignified and respectful care in the health system, thus effectively combating OGV.

Keywords: Gynecological-obstetric violence; State responsibility; Failure to provide service; Comprehensive reparation; Humanized childbirth

Resumen

La violencia gineco-obstétrica (en adelante OGV) en Chile es una problemática pública que vulnera los derechos fundamentales de las mujeres, revelando deficiencias tanto en el servicio de salud como en el marco normativo existente. Aunque normativas como la Ley No 20.584 y

el proyecto "Ley Adriana" abordan aspectos relacionados, no garantizan reparación integral a las víctimas ni previenen esta forma de violencia. La OGV incluye prácticas deshumanizantes y negligentes que afectan a la dignidad, autonomía y salud de las mujeres. En contraste, Colombia implementa un modelo normativo robusto, con leyes como la Ley No 2.244 de 2022, que promueve el parto humanizado y la reparación integral, incluyendo indemnizaciones, rehabilitación y garantías de no repetición. Este enfoque integral, alineado con estándares internacionales, puede servir como referencia para fortalecer el marco legal chileno y garantizar atención digna y respetuosa en el sistema de salud, combatiendo así la OGV de manera efectiva.

Palabras clave: Violencia gineco-obstétrica; Responsabilidad estatal; Falta de servicio; Reparación integral; Parto humanizado

Resumo

A violência ginecológica-obstétrica (doravante OGV) no Chile é um problema público que viola os direitos fundamentais das mulheres, revelando deficiências tanto no serviço de saúde como no quadro regulatório existente. Embora regulamentos como a Lei nº 20.584 e o projeto "Lei Adriana" abordem aspectos relacionados, não garantem uma reparação integral às vítimas nem previnem esta forma de violência. A OGV inclui práticas desumanizadoras e negligentes que afetam a dignidade, a autonomia e a saúde das mulheres. Em contraste, a Colômbia implementa

* Graduate in Law from the Autonomous University of Chile and currently a junior researcher at the CONVERGENCIA Research Group of the same university. Email: noemi.collio.zambrano7@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0009-0007-9266-9447>

Suggested citation format: Collío Zambrano, Noemí. 2025. "Gynecological-Obstetric Violence in Chile. State Responsibility for Failures in Service Provision". *Revista de Estudios Jurídicos Cálamo*, núm 23: 161-176. DOI: <https://doi.org/10.61243/calamo.23.463>

um modelo regulatório robusto, com leis como a Lei nº 2244 de 2022, que promove o parto humanizado e a reparação integral, incluindo indenização, reabilitação e garantias de não repetição. Esta abordagem abrangente, alinhada com as normas internacionais, pode servir de referência para fortalecer o quadro jurídico chileno e garantir um

atendimento digno e respeitoso no sistema de saúde, combatendo assim eficazmente a VGP.

Palavras-chave: Violência ginecológico-obstétrica; Responsabilidade do Estado; Falta de serviço; Reparação integral; Parto humanizado

INTRODUCTION

Public problems are challenges that affect a significant number of people in society and, due to their impact, require state intervention to provide effective solutions or repair the damage (Olavarria Gambi 2007, Perez Castreje 2021, Noveck 2022). Therefore, their relevance lies in the fact that they generate a substantial social impact and demand public recognition as a prerequisite for being addressed by specific public policies aimed at their remediation or mitigation.

Furthermore, obstetric and gynecological violence (hereinafter OGV) is a highly complex public problem due to its structural nature and the magnitude of the damage it causes to women's fundamental rights. As recent studies show, in Chile, 8 out of 10 women report having experienced some form of OGV, revealing that violence in healthcare settings is not exceptional but systematic (Cárdenas Castro & Salinero Rates 2022). This situation constitutes not only a serious public health problem but also a violation of human rights.

From an administrative law perspective, the state (as the main guarantor of collective well-being) has a duty to act in the face of structural failures in the provision of public services, particularly in the health sector. Administrative theory establishes that when a public service (such as a hospital) acts negligently, fails to fulfill its duty, or does not meet minimum standards, it constitutes a breach of duty, triggering state responsibility. Therefore, state intervention in a public problem such as the OGV is not only political or moral but also legal and administrative.

Public policies, understood as a set of collective decisions and actions aimed at solving public problems (Hernández 1999; Zabala Peñafiel, Dente & Subirats

2015), thus become key instruments of administrative law. Through them, the state not only responds to social demands but also fulfills its legal obligations to prevent, sanction, and remedy failures in service provision, thereby guaranteeing the full exercise of fundamental rights.

In practice, public policies materialize through various mechanisms, such as laws, regulations, social programs, or awareness campaigns. However, the focus of this article is on the legislative area, as in Chile there is a noticeable absence of a legislative framework that clearly and specifically addresses state responsibility regarding obstetric-gynecological violence (OGV) and the comprehensive reparation of damages suffered by victims.

Although the Ley Adriana project in Chile aims to regulate sexual and reproductive health care, its design is limited from an administrative perspective. It also introduces sanctions against practices that constitute gynecological-obstetric violence; these are limited to administrative fines imposed on violating health centers.

Furthermore, they do not include effective legal mechanisms to compensate victims according to the principles of administrative law, as would be the case for full reparation resulting from a failure in service provision. This limitation has been noted by attorney Paulina Gonzalez, who states that the bill does not incorporate mechanisms for comprehensive reparation for victims, leaving those affected by act of violence in medical care settings without adequate legal recourse (Gonzalez 2022).

According to article 17 of the Adriana Bill (Bulletin No. 12,148-11) an administrative procedure is only established before the Superintendence of Health to meet complaints, without guaranteeing a response that addresses the damage in its entire dimension and that attributes patrimonial responsibility to the State for failures in the provision of the service.

Given this situation, the research proposes resorting to the framework of state liability for failures in service provision as a viable alternative to ensure the reparation of damages arising from medical negligence in cases of gynecological obstetric violence. This concept refers to the omission or deficiency of public service in fulfilling its legal duty or acting contrary to its purpose.

Additionally, the tool of comparative legislation is employed, with special emphasis on Colombian regulations, to analyze how this country has implemented legal mechanisms that establish objective state responsibility for the reparation of damages caused by OGV. This administrative law approach allows for the identification of regulatory gaps in Chile and the consideration of best international practices to strengthen the Chilean legislative framework.

The methodology used in this article is theoretical-analytical. This approach facilitates the decomposition and analysis of key elements, such as social issues, public policies, obstetric-gynecological violence (OGV), and

state responsibility. Through this analysis, the lack of specific legislative tools that attribute responsibility to the State is evidenced, and the violation of the fundamental rights of the victims is highlighted.

Furthermore, the comparative analysis of Colombian legislation, especially its focus on objective state responsibility, will serve as a reference point to propose improvements in the Chilean legal framework, to ensure comprehensive reparation for damages and promote a dignified healthcare system that respects women's rights. Therefore, the specific objectives of this article are: (a) the identification of obstetric-gynecological violence as a public issue and what public policies Chile has adopted to combat it, (b) the absence of Chilean regulations that establish state responsibility for failures in service provision in cases constituting obstetric-gynecological violence, and (c) how Colombian regulations establish state responsibility for failure to provide service and ensure comprehensive reparation for victims of obstetric-gynecological violence.

Based on these objectives, with an emphasis on the last one mentioned, this article presents a solution plan that advocates for the replication of the Colombian model in Chile, through the recognition and reinforced protection of women's reproductive rights, while also establishing mechanisms that contemplate state responsibility through comprehensive damage repair.

GYNECOLOGICAL-OBSTETRIC VIOLENCE AS A PUBLIC PROBLEM IN CHILE

Definitions of Gynecological-Obstetric Violence (OGV)

OGV is primarily addressed from three key perspectives: gender violence, human rights, and health system management. In this context, it is considered a public health issue in Chile that requires specific legislative policies to ensure that victims receive compensation for damages resulting from inadequate obstetric and gynecological care, whether provided by public or private facilities.

One definition that establishes gynecological-obstetric violence as a type of gender violence is the following: "OGV violates women's sexual and reproductive rights, limiting their autonomy and compromising their health" (Oliveira and Martinez-Perez 2022, 7).

From a human rights perspective, with an international outlook, the World Health Organization defines obstetric violence as disrespectful and offensive treatment during childbirth in health facilities, which violates women's rights to respectful care and threatens

their rights to life, health, physical integrity, and non-discrimination (World Health Organization 2014).

Although this definition focuses on the obstetric field, through a broad interpretation, its application can be extended to the gynecological area, as violations in the gynecological field also infringe upon these rights. Additionally, in Chile, the “Adriana Law” project defines gynecological-obstetric violence as:

Any mistreatment or psychological, physical, or sexual aggression, omission, unjustified denial, or abuse that occurs within the framework of the sexual and reproductive health care of women or individuals with the capacity to gestate, especially during the care of pregnancy, pre-labor, labor, postpartum, abortion, or gynecological emergencies. (Bulletin No. 12.148-11, 2018)

Quantitative studies reveal the magnitude of the problem. According to a survey conducted by Cardenas and Salinero, 79.3% of 2,105 surveyed women reported having experienced some form of obstetric violence. Common practices include infantilizing women, preventing companions during childbirth, performing procedures without consent, and administering medications to accelerate labor (Cárdenas Castro & Salinero Rates 2022). In addition, the data from the Ministry of Social Development and Family reflect that in gynecological consultations:

36.8% of women experienced undue pain due to a lack of care from medical personnel. 20.8% were medicated without receiving clear information. 21.4% perceived moral judgments about their sexual practices from doctors or nurses. (INJUV–Ministry of Social Development and Family 2023)

Therefore, from the definitions and statistics, it follows that gynecological-obstetric violence is a latent public problem in Chilean society, which consequently affects not only the physical and emotional health of women, but also constitutes a systematic violation of their reproductive rights.

Chilean Legislative Public Policies and State Responsibility

As previously mentioned by Noveck, public problems, due to their nature and scope, require state intervention to seek a solution or remedy for the harm they cause (Noveck 2022). It is precisely in this last point that State’s responsibility to provide solutions for the issue at hand is determined. This is closely linked to various norms in Chilean legislation, which establish the main obligations of the state towards its citizens.

As a fundamental norm related to responsibility, the Political Constitution of the Republic establishes the following:

The State is at the service of the human person, and its purpose is to promote the common good. To achieve this, it must contribute to creating the social conditions that allow each member of the national community to attain their highest possible spiritual and material fulfillment, with full respect for the rights and guarantees established by this Constitution. (C.P.R, article 1, paragraph 3)

According to this norm, the duties of the State are established, assigning it the responsibility to act as an entity that generates optimal conditions for citizens, seeking to safeguard the rights and guarantees outlined in article nineteen of the same legal framework.

Furthermore, taking as a reference the definition provided in the text of the Adriana Bill, it can be inferred that the OGV (Obstetric and Gynecological Care Violence) is carried out by health professionals in the exercise of their functions, providing health services at all stages of obstetric or gynecological care. Therefore, as health services are involved, the State must guarantee the right to health protection, which is enshrined in the Chilean Political Constitution, in article 19, N.º 9, establishing the following:

The State protects free and equal access to actions for the promotion, protection, recovery of health,

and rehabilitation of the individual [...] It is the State's preferential duty to ensure the execution of health actions, whether provided through public or private institutions. (article 19, N.º 9)

Under this provision, the State fulfills a dual role: (i) to guarantee that health centers provide dignified care and (ii) to oversee compliance with minimum standards. At the same time, it should be emphasized that the State, to fulfill its various obligations stipulated in the Chilean Political Constitution, works together with the organs of State Administration. Therefore, another norm related to this case is article 3, paragraph 1 of Organic Law No. 18,575 on General Bases of Administration of the Republic, which establishes that:

The Administration of the State has as its main objective to serve the people, seeking the common good through constant and efficient attention to public needs. This includes promoting the development of the country through the powers granted by the Constitution and laws, as well as the planning, implementation, and supervision of policies, plans, programs, and actions at the national, regional, and communal levels. (Law No. 18,575, 1986, art. 3, para. 1)

Furthermore, Law No. 20,584 on the rights and duties of patients establishes that:

Every person has the right to receive health care by national regulations and current protocols that guarantee patient safety and service quality, especially in aspects such as hospital-acquired infections, medical errors, and avoidable adverse events. Additionally, it states the right of the patient or their representative to be informed about any adverse event that occurred during their care, regardless of its severity. (Law No. 20,584, 2012, article 4, para. 1)

Therefore, the State has the duty and legitimacy to promote the general interest and the common good, which it can achieve through its administrative organs (which are primarily public services). These organs have the authority to propose and implement public policies to provide citizens with solutions for existing

public needs. Based on this, gynecological-obstetric violence perfectly fits the concept of a public problem, as there are verifiable data supported by studies highlighting the high percentages of women who have suffered this type of violence in the healthcare sector. This directly affects the fundamental right to receive dignified health services, while also violating their physical and psychological integrity.

Therefore, there is a clear and urgent need for a significant sector of the female population to have a specific regulatory framework that effectively guarantees and protects their reproductive rights. It also emphasizes the demand for a legal tool that addresses the particularities of women's sexual and reproductive health, providing comprehensive coverage against potential violations in this crucial area.

The State and its Responsibility Regarding the Consequences Generated by Gynecological-Obstetric Violence

As previously mentioned, in Chile, current legislation does not guarantee an adequate compensation system for victims of gynecological-obstetric violence (OGV). Although the Adriana Bill includes monetary sanctions for centers that engage in acts constituting OGV, it does not address the comprehensive reparation of the damage, leaving victims without effective compensation mechanisms.

Responsibility for Failures in Service Provision in Chile

Failure in Service Provision is a legal standard that attributes responsibility to the State when its administrative bodies do not meet the minimum quality standards in the provision of public services (Pierry Arrau 1996). This concept is especially relevant in gynecology and obstetrics services, where negligence and dehumanization constitute acts of gynecological-obstetric violence.

In the field of gynecology and obstetrics, failure in service provision is particularly significant, as it involves negligence, dehumanizing practices, or lack of information that violate women's reproductive rights.

These omissions, in addition to constituting a breach of the legal and ethical obligations of the state health system, also represent acts of gynecological-obstetric violence. This type of violence is punishable under the liability regime of article 42 of Law 18,575, which establishes that state administrative bodies are liable for damages caused by failure in service provision (Law 18,575, article 42).

Regarding the elements of liability for failure in service provision, Acevedo Espínola & Carmona Quintana (2021) point out that the configuration of state liability requires the concurrence of four elements:

1. Action or omission of the public service
2. Physical, psychological, or economic damage to the individual
3. Causal relationship between the action or omission and the damage
4. Breach of the duty of diligence.

It can be deduced that, in gynecology and obstetrics services, failure in service provision can manifest in multiple ways, such as medical negligence, omission of information to the patient, or dehumanizing treatment during pregnancy, childbirth, and the postpartum period. These behaviors not only constitute a breach of the minimum quality standard but also constitute acts of gynecological-obstetric violence.

This type of violence causes physical and psychological harm to patients, and its occurrence demonstrates a direct causal relationship: the action or omission of health personnel, as representatives of the State, results in the violation of women's reproductive rights. That is to say, the acts constituting gyneco-obstetric violence by health services cause physical and psychological harm to patients; therefore, the minimum standard of care is not met.

In cases of gyneco-obstetric violence, these omissions include medical negligence, lack of information, or dehumanizing treatment during pregnancy, childbirth, and the postpartum period, which results in physical and psychological damage. Examples of this issue have been recognized by Chilean jurisprudence, where the impacts on patients' health were attributed to clear

violations of ethical and legal standards (Judgment, Rol N° 99898-2016).

However, current Chilean regulations do not ensure comprehensive reparation for victims, as the regulations tend to focus on administrative sanctions or personal imputations, overlooking effective measures for compensation and guarantees of non-repetition (Soto Kloss 2012, 45). This reflects an asymmetry between the State and citizens, making it difficult for victims to access justice.

Furthermore, the lack of specific legal tools to address gyneco-obstetric violence in Chile highlights a gap in national regulations. Unlike other countries, such as Colombia, where specific laws like Law N° 2.244 of 2022 establish clear mechanisms for reparation and prevention, Chile continues to rely on general principles of administrative law and jurisprudence to address these situations.

Comprehensive reparations in cases of gyneco-obstetric violence must include not only financial compensation but also psychological support, structural reforms in the health system, and the implementation of international human rights standards. Therefore, due to the magnitude and relevance of gynecological-obstetric violence in Chile, the responsibility of the State should not be limited to administratively sanctioning the responsible officials but should also consider effective mechanisms for comprehensive reparation for victims of OGV. This includes not only economic compensation but also psychological support and structural legal reforms, which ensure dignified and respectful care in health services. The absence of specific legal tools that oblige the State to repair these damages reflects an outstanding debt in Chilean legislation.

Regarding OGV as Gender Violence and an Aggravating Factor in the Penal Code

As mentioned in the definition given by the authors Oliveira and Martinez-Perez, OGV falls into the category of a type of gender violence. For this reason, it is of utmost importance to emphasize that in Chile there

is Law No. 21,675 on measures to prevent, punish, and eradicate violence against women due to their gender, which introduced a modification to article 12, No. 24 of the Penal Code. Regarding the latter, it is limited to stipulating that the commission of a crime committed within the framework of gynecological-obstetric violence is considered an aggravating circumstance.

Despite the large number of norms, none of these fulfill the objective of being an optimal legislative public policy to combat or mitigate OGV in Chile, which will be demonstrated below. First, although Law No. 20,584 recognizes the rights and duties of patients from a general perspective, it does not specifically address the needs of women in perinatal situations in the face of obstetric violence, as noted below: “establishes a set of rights in favor of patients. None of them expressly refers to the protection of women in a perinatal situation against obstetric violence” (Díaz García and Fernández 2018, 136-137). Therefore, this law only focuses on regular principles regarding respectful treatment and informed decision-making by patients and health officials, which is reflected in ARTICLES 5, 12, 13, and 14 of the same.

Article 5 establishes respect for the dignity of patients, ensuring that they receive respectful and dignified treatment throughout the care process. Articles 12 and 13 contemplate confidentiality and privacy, referring to personal data and situations related to the patient's health status. Finally, article 14 constitutes informed consent, and stipulates that patients have the right to be informed in an understandable manner about all treatments, procedures, or interventions performed on them, including the risks, benefits, and alternatives.

As can be seen, none of these articles explicitly mention gynecological-obstetric violence, but rather they are limited to establishing parameters of patient care in a general context. Regarding informed consent, it ends up being the most common form of violation in the stages of pre-birth, delivery, and postpartum, since, in general, health officials do not usually treat women as active subjects in decision-making regarding medical procedures to be performed on their bodies to give birth.

Another relevant normative text is the Political Constitution of the Republic, which in its article 19 No. 1 contains the right to life and physical and psychological integrity. In this regard, there is a lack of specificity, since this article establishes rights in a general way, but does not specifically address the particularities of OGV. This type of violence is a complex phenomenon that requires regulations and guidelines that contemplate specific aspects of care in reproductive health and the rights of women in these contexts. On the other hand, this norm does not establish a clear mechanism to report, prevent, or sanction practices of gynecological-obstetric violence, which results in the difficulty of ensuring an effective legal response to these violating practices.

In addition, we have the modification to the Penal Code in article 12, No. 24, which raises gynecological-obstetric violence as an aggravating circumstance:

Committing the crime in the context of active conduct constituting gynecological-obstetric violence, in their capacity as public or private health workers, during pregnancy, pre-birth, birth, post-birth, and abortion care, in the causes established by law in the framework of care for women's sexual and reproductive health. (C.P., article 12, No. 24)

Therefore, this article only places gynecological-obstetric violence as an aggravating circumstance and does not expose it as a crime as such, establishing a fixed afflictive penalty or determining criminal liability.

Finally, article 18 of Law 21.675 on measures to prevent, punish, and eradicate violence against women based on their gender, establishes that the Ministry of Health, together with health services and providers, must implement measures to prevent any type of violence or discrimination against women, paying special attention to situations of vulnerability (Law 21.675, article 18). In this regard, according to Ulloa-Martínez (2022), violence and abuse against women represent a violation of their human rights, with serious effects on public health. These attacks have long-term consequences, both physical and psychological, that

deeply affect the victims. The current legal framework does not provide an efficient solution that eradicates gynecological-obstetric violence or, in a more realistic framework, even approaches proposals that effectively inhibit or reduce the practices of this type of violence.

State Responsibility for Failure in Service Provision in Comparative Legislation

In this section, Colombian legislation regarding OGV is analyzed as a reference for Chile, highlighting its comprehensive approach to the protection of women's rights, especially during pregnancy, childbirth, and the postpartum period. In addition, the concept of

humanized childbirth, promoted by the World Health Organization (WHO), is examined, and a specific case of medical negligence in Colombia is presented that illustrates state responsibility for reparations. Furthermore, Colombia has integrated "humanized birth" into its current legislation and has developed effective mechanisms for comprehensive reparation for victims of obstetric violence, which allows for the extraction of lessons applicable to the Chilean context. The normative wealth, combined with high-impact judicial decisions, makes Colombia a methodologically valid reference for comparative analysis, which will highlight the continuation (table 1).

Table 1: Similarities Between the Regulatory Models of Colombia and Chile

Aspects	Colombia	Chile
Healthcare system	Mixed system: coexistence of public and private services regulated by the state.	Mixed system: public network (FONASA) and private providers (ISAPRE), both under state supervision.
Constitutional framework guaranteeing rights	The Constitution recognizes fundamental rights such as health, equality, and protection of women (Art. 43).	The Constitution guarantees rights such as life, health, and physical and psychological integrity (Art. 19).
Gender approach in public policies	Explicit laws and policies: Law No. 1,257 (2008), Law No. 2,244 (2022), and reproductive health policies with a gender focus.	Gender approach in public policies Progressive incorporation: Adriana Bill.
Recognition of institutional violence	Recognized in law and jurisprudence as a form of gender-based violence.	Partially recognized: only as a criminal aggravating factor, still without autonomous classification of OGV.
Judicial participation in reparation	Constitutional Court requires comprehensive reparation and guarantees of non-repetition.	Civil courts can order reparation for failure in service provision, but without a gender focus.

Source: Author's elaboration.

Therefore, the selection of Colombia as a reference country is not arbitrary. The country presents important normative similarities with Chile, especially regarding

its public-private health system, its constitutional framework that guarantees rights, and its progressive incorporation of a gender approach in public policy.

Humanized Childbirth and Gynecological-obstetric Violence

The concept of humanized childbirth is essential to combat OGV, since it positions women as active subjects in the obstetric process. According to Lampert, this approach seeks to respect women's autonomy and ensure that they make informed decisions about medical procedures, while health personnel act as supportive agents (Lampert Grassi 2023).

Therefore, the main function of humanized childbirth is to establish respect for the autonomy of women and to recognize their intrinsic right to make informed decisions regarding the obstetric process. Humanization in health services integrates various elements focused on improving both the quality of care and the interaction between doctors and patients, guaranteeing a more satisfactory experience for those cared for (Gómez Ángel & Ortiz Ferro 2020).

Likewise, some of the guidelines proposed by the World Health Organization to improve the quality

of care are reflected in the adequate care that health officials must provide to achieve respect for women's autonomy, within which we have: (a) the duty to attend to physical, emotional, and cultural needs; (b) the minimization of unnecessary medical interventions, such as cesarean sections or episiotomies (only when medically justified); and (c) the promotion of an empathetic and safe environment for women, which focuses mainly on using respectful and understandable language.

In Chile, this concept has not yet been legally materialized, and its closest implementation would be the "Adriana Law," currently under consideration. In contrast, Colombia integrates humanized childbirth into its regulatory framework, laying the foundations for dignified and respectful care for women and establishing a strengthened legal system in favor of women and their reproductive rights, which will be demonstrated below.

COLOMBIAN LEGISLATION REGARDING OGV

Colombian legislation is an example of progress in the regulation of obstetric and gynecological violence, addressing both prevention and reparation of damages. Its main pillars include Law No. 2,244 of 2022 (Law on Dignified, Respected and Humanized Childbirth), which recognizes the rights of women during pregnancy, childbirth, and the postpartum period, guaranteeing their autonomy and support, as well as the right to receive clear information and make informed decisions. On the other hand, there is also Law No. 1,257 of 2008, which expands protection against gender-based violence, including OGV as a specific form of violence in health services.

Another key regulatory tool is the National Policy on Sexuality, Sexual and Reproductive Rights, promoted by the Ministry of Health and Social Protection. This policy aims to strengthen women's autonomy in their reproductive decisions, promoting access to quality

health services that respect their physical and emotional integrity (República de Colombia, Ministerio de la Protección Social 2003).

On the other hand, there is the Colombian Political Constitution, which in its article 43, establishes an essential foundation by recognizing gender equality and the special protection of women's rights, particularly in the context of motherhood (C.P.R. de Colombia 2011). This constitutional principle has been key to developing a broad interpretation of sexual and reproductive rights, considering that gynecological-obstetric violence violates the right to health, life, and human dignity.

Regarding the role of jurisprudence, the Constitutional Court of Colombia has played a central role in advancing protection against OGV. Its rulings have set precedents that require health services to respect

the dignity of women during childbirth and prohibit degrading or dehumanizing practices. For example, in specific cases, the Court has ordered compensation and comprehensive reparation measures that include guarantees of non-repetition, underlining the State's responsibility in complying with international human rights standards.

Finally, regarding the achievements and challenges in the Colombian regulatory framework, it is observed that thanks to the interaction of these legal bodies, Colombia has made notable progress in the fight against gynecological-obstetric violence. However, challenges persist in its implementation, such as ensuring adequate training for health personnel, establishing effective monitoring and supervision mechanisms, and ensuring equal access to justice for victims.

The Colombian legal framework is a valuable example for Chile, which could benefit from adopting elements such as the explicit recognition of humanized childbirth, the implementation of public policies with a gender focus, and the creation of legal tools that guarantee comprehensive reparation for the damage suffered by women.

In summary, the Colombian regulatory model offers a comprehensive approach that not only sanctions OGV but also focuses on preventing and repairing it from a human rights perspective. This framework could serve as a reference for the development of more robust public policies for Chile, thus ensuring that women's sexual and reproductive rights are effectively protected.

A Case of Gynecological-Obstetric Violence: Conviction of the Miraflores Regional Hospital

To illustrate how the Colombian system of state responsibility for gynecological-obstetric violence operates in practice, the case of the Miraflores Regional Hospital was selected for being one of the most representative failures in terms of the application of the gender approach, condemned for failure in service provision, and ordered full reparation. Although there are no other precedents, this case stands out for the clarity of the facts, the seriousness of the negligence, and the forcefulness of the judgment, which makes

it particularly illustrative for comparative purposes. The analysis of a single case responds to the criteria of an emblematic case study, a useful methodology to highlight good judicial practices in regional contexts. In Colombia, the E.S.E. (Empresa Social del Estado) Miraflores Regional Hospital was convicted for gynecological-obstetric violence.

In this situation, the Administrative Court of Boyacá convicted the E.S.E. Miraflores Regional Hospital for a failure in the provision of medical services that resulted in the death of a newborn. The plaintiffs, a mother, and her minor children, argued that the hospital did not act according to medical protocols nor prioritize adequate care during labor, which led to serious consequences.

Regarding the main facts, first, the failure in the medical service is identified. The Court found that there was indeed medical negligence, since the emergency cesarean section was performed 48 hours after the start of labor, which led to prolonged labor and caused severe hypoxia due to acute fetal distress (Judgment N. ° 15000-23-31-000-2008-00235-01, 7). There was also inadequate care during the pregnancy, since, at first, no abnormal risks to the health of the fetus were identified. However, the medical staff did not act quickly, despite the clear signs of complications, such as stationary dilation, which is defined as "the lack of progression of cervical changes for 2 hours" (Consejo de Salubridad General 2014, 6) and the mother's high blood pressure. Finally, there were deficiencies in the transfer of the newborn, since the baby was transported inappropriately, with improvised methods that included a styrofoam box with hot bags, which caused hyperthermia and first-degree burns on 50% of his body.

Regarding the highlighted legal and conceptual aspects, we have first medical liability, by which it was considered that the damage caused to the fetus during a normal pregnancy constituted a clear indication of failure of the medical service. In addition, the high degree of gynecological-obstetric violence is highlighted, since the court classified the acts as a manifestation of institutional gender violence, emphasizing that this implies mistreatment, dehumanization, and violation of the sexual and reproductive rights of women.

Regarding the gender perspective, the need for dignified treatment of pregnant women is highlighted, recognizing motherhood as a constitutionally protected right. In this context, the Court not only ruled in favor of the mother and her children but also ordered the implementation of comprehensive reparation measures, including guarantees of non-repetition as a mechanism to guarantee the full restitution of the violated rights. In addition to material damages, comprehensive reparation and non-repetition measures were ordered to guarantee the full restitution of the violated rights.

These reparation measures seek to address both material and immaterial damages through specific actions such as restitution, compensation, rehabilitation, satisfaction, and guarantees of non-repetition (Rojas Castillo 2022). This last component is especially relevant, since, as the Colombian Ministry of the Interior points out, guarantees of non-repetition are measures adopted by the State and are intended to involve the entire society to avoid future violations of Human Rights and breaches of International Humanitarian Law (Ministry of the Interior 2025).

Therefore, following the approaches of Rojas and the Ministry of the Interior, guarantees of non-repetition are not only a type of reparation measure, but also a key tool for the prevention of new violations, thus consolidating a comprehensive approach to the protection of Human Rights. In this sense, regarding the reparations ordered, the court ordered comprehensive reparation, which included economic and non-pecuniary measures, as actions to prevent future similar cases.

Regarding the human rights approach, the court applied the principle of *restitutio in integrum* and the right to comprehensive reparation established in article 63.1 of the American Convention on Human Rights, which tells us that “every person whose rights have been violated has the right to adequate reparation” (CADH, article 63.1). Furthermore, since it is mentioned that negligence occurred on the part of a public hospital, it belongs to the state services provided by the State to citizens. Therefore, the State has a direct responsibility and must compensate the mother and her children for

the damage caused. This thought is aligned with the statement by Sánchez, who maintains the following:

When a health service provided by state entities causes harm or affects the integrity and health of patients, as in the case of gynecological-obstetric care, and the responsibility of the assigned medical personnel is proven, the State is directly responsible for the consequences of those events that harmed the health of people. (2017, 41)

This case showed how gynecological-obstetric violence can arise from negligent institutional practices, underlining the responsibility of the State and health institutions to guarantee adequate, respectful, and humanized medical care, especially during pregnancy and childbirth. Therefore, Colombian legislation offers a robust model to address OGV, integrating prevention, reparation, and international human rights standards. This regulatory framework could serve as a reference for Chile, where the lack of specific legal tools leaves victims without effective protection and reparation mechanisms. Implementing elements such as humanized childbirth in a comprehensive compensation system would be a crucial step to combat OGV and guarantee dignified care in the Chilean health system. The following table summarizes the differences between the Chilean and the Colombian normative model.

From an administrative law perspective, a comparative analysis between Colombia and Chile reveals a substantial difference in the way both states assume their role as guarantors of the proper functioning of health services. While Colombia has incorporated a robust regulatory framework that allows for the attribution of state responsibility for failures in gynecological and obstetric care (through specific laws, comprehensive redress mechanisms, and recognition of humanized childbirth), in Chile the legal system still lacks effective instruments to enforce that responsibility from an administrative perspective. This shortcoming reflects an institutional weakness in the fulfillment of the state's duty to guarantee the quality of public services, which limits victims' access to effective redress for structural violations.

Table 2: Colombia vs. Chile on Gynecological-Obstetric Violence

	Colombia	Chile
Key legislation	Law No. 2.244 (2022) on dignified childbirth and Law No. 1.257 (2008) on awareness-raising, prevention, and punishment of forms of violence and discrimination against women.	Adriana Bill (Bulletin No. 12.148-11, 2018)
Recognition of VGO	Explicit: considered institutional and gender-based violence.	Partial: only considered an aggravating factor in the Penal Code.
Comprehensive reparation	Mandatory: includes compensation, rehabilitation, and guarantees of non-repetition.	Non-existent: limited to administrative fines for the health facility.
Gender perspective	Incorporated into legislation and constitutional jurisprudence.	Limited, as there is no cross-cutting gender approach.
Humanized childbirth	Recognized as a legal right, women take on the role of active subjects.	There is no law in force, only the Adriana Bill, which is still pending.

Source: Author's elaboration.

Therefore, Colombian legislation offers a robust model for addressing OGV, integrating prevention, redress, and international human rights standards. This regulatory framework could serve as a reference for Chile, where the lack of specific legal tools leaves victims without effective mechanisms for protection and redress. Implementing elements such as humanized childbirth as part of a comprehensive compensation system would be a crucial step in combating OGV and ensuring adequate care in the Chilean health system.

In Chile, failure to meet basic standards in medical care, together with the lack of specific legislation, limits victims' access to justice and perpetuates a cycle of impunity. Existing general regulations are not sufficient to address the complexity of OGV, which highlights the need for the implementation public policies and specific legal tools that include the gender perspective

and ensure the recognition of women as active subjects in reproductive health processes.

The Chilean State must adopt more effective measures to prevent, sanction and remedy acts that constitute gynecological-obstetric violence. Some concrete measures that could be implemented in the country, based on the Colombian model, are: (i) the creation of a special law that incorporates the necessary measures to ensure a Humanized Birth and (ii) the implementation of a National Policy on Sexual and Reproductive Rights. These two measures together would raise the importance of protecting and responding to acts that constitute gynecological-obstetric violence, and therefore, cases of negligence due to failure in service provision would also have to face strict sanctions, having to grant comprehensive reparation to the victims.

CONCLUSIONS

Gyneco-obstetric violence is a structural manifestation of gender violence that violates the fundamental rights of women and at the same time exposes serious

deficiencies in the provision of public health services, configuring, in many cases, what the administrative law calls a failure in service provision. In the Chilean

context, this problem reveals a crisis in gynecological-obstetric care, as well as the omission of the State in its duty to guarantee a dignified, efficient, and respectful provision of rights in the reproductive sphere.

As stated by Lampert, the OGV ranges from dehumanizing medical practices to acts of explicit discrimination, directly impacting the dignity and autonomy of women during essential processes such as pregnancy, childbirth, and postpartum (Lampert Grassi 2023). These acts violate fundamental rights and constitute illegitimate harm derived from a poorly provided public service, which must be addressed from within the scope of state responsibility.

If general norms such as Law 20.584 and the Chilean Constitution ensure general rights for patients, their current design does not allow claiming patrimonial liability from the State for acts of institutional negligence, nor access to full reparation. This lack of specific regulations prevents victims from obtaining justice and weakens the principle of legality and efficiency that must govern public administration.

In contrast, the Colombian model offers a more robust normative framework that regulates humanized birth and sexual and reproductive rights, enabling concrete legal mechanisms to attribute administrative

responsibility to the state and repair damages caused by institutional failures. This reparation includes economic compensation on the ground, as well as non-pecuniary measures such as rehabilitation, restitution of rights, and non-repetition guarantees, aimed at comprehensively addressing both the physical and emotional consequences of gynecological-obstetric violence (Ulloa-Martínez et al. 2022).

Cases like the ruling of the Boyacá Administrative Court in 2018 illustrate how Colombian jurisprudence interprets these crimes as sanctionable state omissions, strengthening access to justice and structural reparation. Accordingly, this case emphasizes the need to guarantee timely and dignified medical care, as well as to implement comprehensive reparation measures, establishing important precedents for the fight against OGV (Sentencia N. ° 15000-23-31-000-2008-00235-01, 34).

Therefore, from an administrative law perspective, it is urgent that Chile move toward a regulatory framework that allows the state to be held accountable for failures in the provision of public health services, particularly in situations of gynecological and obstetric violence. This implies not only gender-sensitive public policies but also laws that clearly define administrative duties and the legal consequences of noncompliance.

REFERENCES

- Acevedo, Luis and Esteban Carmona. 2021. "Responsabilidad por falta de servicio en materia sanitaria y ley Ricarte Soto: Un análisis dogmático y jurisprudencial." *Actualidad Jurídica, Universidad del Desarrollo*, núm. 45: 379-404. Accessed June 14, 2025. <https://derecho.udd.cl/actualidad-juridica/files/2022/03/AJ-45-08-Luis-Acevedo-y-Esteban-Carmona-Responsabilidad-por-falta-de-servicio-en-materia-sanitaria.pdf>
- Cárdenas, Manuel and Stella Salinero. 2022. "Violencia obstétrica en Chile: percepción de las mujeres y diferencias entre centros de salud." *Revista Panamericana de salud pública*, núm. 46. DOI: <https://doi.org/10.26633/RPSP.2022.24>
- Consejo de Salubridad General. 2014. "Vigilancia y Manejo del trabajo de Parto en Embarazo de Bajo Riesgo." Accessed June 14, 2025. https://omm.org.mx/wp-content/uploads/2020/04/Vigilancia-y-Manejo-del-Trabajo-de-Parto_compressed-1.pdf
- Díaz García, Luis and Yasna Fernández. 2018. "Situación legislativa de la Violencia obstétrica en América latina: El caso de Venezuela, Argentina, México y Chile." *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 51. DOI: <http://dx.doi.org/10.4067/S0718-68512018005000301>
- Gómez, Yuri and Marijeimy Ortiz. 2020. "Parto humanizado: Percepción de profesionales de la salud sobre facilitadores y barreras al acompañamiento de las gestantes durante el trabajo de parto." Master's thesis, Universidad Nacional de Colombia. Accessed June 14, 2025. <https://repositorio.unal.edu.co/bitstream/handle/unal/78858/1023934277.2020.pdf?sequence=1&isAllowed=y>
- González, Paulina. 2022. "Adriana y Jacinta: los proyectos de ley que impactan en el ejercicio profesional." *Revista Falmed*. Accessed June 14, 2025. <https://www.falmed.cl/revista-falmed/adriana-y-jacinta-los-proyectos-de-ley-que-impactan-en-el-ejercicio>
- Hernández, Gustavo. 1999. "El Análisis de las Políticas Públicas: Una disciplina incipiente en Colombia." *Revista de Estudios Sociales*, núm. 4. Accessed June 14, 2025. <https://www.redalyc.org/pdf/815/81511266007.pdf>
- INJUV-Ministerio de Desarrollo Social y Familia. 2023. "Violencia hacia las juventudes." En: *Hablemos de todo*. Accessed June 14, 2025. <https://recursoshdt.injuv.gob.cl/wp-content/uploads/2022/10/2-violencia-ginecologica-y-obstetrica-cifras-de-interes-2023.pdf>
- Lampert, María. 2023. "Parto humanizado y violencia obstétrica en parámetros de la Organización Mundial de la Salud: Legislación de Argentina, Colombia y Uruguay." Asesoría técnica parlamentaria. Accessed June 14, 2025. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/34479/2/BCN_parto_humanizado_y_violencia__obstetrica_Argentina_Colombia_Uruguay_FINAL.pdf
- Ministerio de la Protección Social de la República de Colombia. 2003. "Política Nacional de Salud Sexual y Reproductiva." Accessed June 14, 2025. https://www.mineduacion.gov.co/1621/articles-172061_archivo_pdf_politicaSSR.pdf
- Ministerio del Interior, Gobierno de Colombia. N.d. "Prevención, protección y garantías de no repetición." Acceso el 14 de junio 2025. <https://www.mininterior.gov.co/prevencion-proteccion-y-garantiasdenorepeticion/#:~:text=Las%20Garant%C3%ADas%20de%20No%20Repetici%C3%B3n,Humanitario%20nunca%20vuelvan%20a%20ocurrir>

- Noveck, Beth Simone. 2022. "Cómo resolver problemas públicos: Una guía práctica para arreglar el gobierno y cambiar el mundo." Accessed June 14, 2025. <http://www.puvill.com/toc/9788419075482.pdf>
- OMS. See: Organización Mundial de la Salud. 2014. "Prevención y erradicación de la falta de respeto y el maltrato durante la atención del parto en centros de salud." Accessed June 14, 2025. <https://www.who.int/es/publications/i/item/WHO-RHR-14.23>
- Olavarría Gambi, Mauricio. 2007. "Conceptos básicos en el análisis de políticas públicas." Documento de trabajo núm. 11 del Instituto de Asuntos Públicos, Departamento de Gobierno y Gestión Pública. Accessed June 14, 2025. https://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/123548/Conceptos_%20Basicos_Políticas_Publicas.pdf?sequence=1
- Oliveira, Thais and Ana Martínez Pérez. 2022. "Violenciagineco-obstétrica y justiciareproductiva: Una reflexión psicoantropológica." *Religación. Revista de Ciencias Sociales y Humanidades*. DOI: <http://doi.org/10.46652/rgn.v7i34.990>
- Pérez Castreje, Manuel. 2021. "¿Cómo se define un problema público? La redefinición del problema en las políticas de bienestar locales. El caso del Plan de Acción de Servicios Sociales de la Diputación de A Coruña." *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, núm. 27: 85-100. DOI: <https://doi.org/10.24965/gapp.i27.10940>
- Pierry Arrau, Pedro. 1996. "Algunos aspectos de la responsabilidad extracontractual del Estado por falta de servicio." *Revista de Derecho Público*, núm. 59: 287-309. Accessed June 14, 2025. <https://revistaderechopublico.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/43308?utm>
- Rojas Castillo, Jaime. 2022. "Medidas de reparación por violación de los derechos humanos: Derecho internacional y legislación comparada." Congreso Nacional de Chile. Accessed June 14, 2025. https://obtienearchivo.bcn.cl/obtienearchivo?id=repositorio/10221/33173/1/BCN_2022_Medidas_de_reparacion_por_violacion_de_Derechos_Humanos_Derecho_Internacional_y_legislacion_comparada.pdf
- Sánchez Camacho, Hildebrando. 2017. "La responsabilidad del Estado en la actividad ginecobstetra." Master's thesis, Universidad Santo Tomás. Accessed June 14, 2025. <https://repository.usta.edu.co/items/9334ff6c-4bcb-4099-b7f8-579ebf38965f>
- Soto Kloss, Eduardo. 2012. "La responsabilidad del Estado por la actividad jurisdiccional." *Revista chilena de Derecho*, 10(1): 45-58. Accessed June 14, 2025. <https://revistachilenadederecho.uc.cl/index.php/Rchd/article/view/79102>
- Ulloa, Jorge, Liset Acosta, Bernarda Sandoval and Javiera Villar. 2022. "Prácticas y experiencias de violencia obstétrica y gineco-obstétrica como violencia de género en Chile." *Revista de Salud Pública*, 24(2). DOI: <https://doi.org/10.15446/rsap.v24n2.98604>
- Zabala, Tania, Bruno Dente and Joan Subirats. 2015. "Decisiones públicas. Análisis y estudio de los procesos de decisión en políticas públicas." *Iconos. Revista de Ciencias Sociales*, núm.. 53: 193-196. Accessed June 14, 2025. <https://www.redalyc.org/pdf/509/50941149011.pdf>

Regulations

- Código Penal Chileno. Diario Oficial, Núm. 42.857 Normas Generales. 18-01-2021. <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/publicaciones/2021/01/18/42857/01/1881205.pdf>

Constitución Política de la República de Colombia.
Diario Oficial, No. 53.125. 22-05-2025. Art. 43.
<http://www.secretariasenado.gov.co/constitucion-politica>

Constitución Política de la República de Chile.
Decreto Supremo N°100. 17-09-2005. Artículos 6 y 19 N.°1 y N.°9. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=242302>

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica). Secretaría General OEA. . Gaceta Oficial No. 9460 del 11 de febrero de 1978.

Ley 1.257 de 2008. Diario Oficial No. 47.193. Congreso de Colombia. 04-12-2008. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_1257_2008.html

Ley 2.244 de 2022. Diario Oficial No. 53.125. Congreso de Colombia. 11-07-2022. Artículo 1. http://www.secretariasenado.gov.co/senado/basedoc/ley_2244_2022.html

Ley 18.575 Orgánica Constitucional de Bases Generales del Estado: D.F.L 1/19.653 Ministerio Secretaría General de la Presidencia. 13-12-2000. Artículos 3 inciso 1 y 42. <https://www.bcn.cl/leychile/navegar?idNorma=191865>

Ley 20.584. Diario Oficial, Núm. 40.245 Normas Generales, Ministerio de Salud. 24-04-2012. <https://www.bucher.cl/ley20584.pdf>

Ley 21.675. Diario Oficial, Núm. 43.876 Normas Generales, Ministeriodelamujeryequidaddegénero. 14-06-2024. <https://www.diariooficial.interior.gob.cl/edicionelectronica/index.php?date=14-06-2024&edition=43876>

Proyecto de Ley Adriana. Senado de la República de Chile [Boletín N° 12148-11]. 02-10-2018. http://www.senado.cl/appsenado/templates/tramitacion/index.php?boletin_ini=12148-11

Jurisprudence

Administrative Court of Boyacá. Second Instance Judgment. Exp: 15000-23-31-000-2008-00235-01. 23 de febrero de 2018. Confirma condena por violencia gineco-obstétrica contra la E.S.E. Hospital Regional de Miraflores y ordena medidas de reparación integral, incluyendo actos públicos de disculpa y prevención Institucional https://www.ramajudicial.gov.co/documents/13277735/0/Boyaca_Trib%2BAadm%2Btivo_2008-00235-01_Reparacion%2Bdirecta_Hospital%2BMiraflores_feb%2B2018.pdf/dcfb0fa4-cd6a-40ca-af4c-473e87f6d2b4

Supreme Court of Chile. Rol N° 99898-2016, 13 de noviembre de 2017. Falta de servicio/ responsabilidadextracontractual. https://juris.pjud.cl/busqueda?Buscador_Jurisprudencial_de_la_Corte_Suprema

ENTREVISTA

no/da.

LOS RETOS DE LA ADMINISTRACIÓN TRIBUTARIA FRENTE A LA ECONOMÍA DIGITAL

Entrevista con José Suing Nagua*

CHALLENGES FACED BY TAX ADMINISTRATIONS IN THE DIGITAL ECONOMY

Interview with José Suing Nagua

OS DESAFIOS DA ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA DIANTE DA ECONOMIA DIGITAL

Entrevista com José Suing Nagua

*Alessandro Solarte Cárdenas**



Entrevista realizada en Quito, en el mes de mayo de 2025

* Es abogado y doctor en Jurisprudencia por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador, cuenta con una con especialización en Legislación Tributaria, por la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador (UASB); además, tiene una maestría en Economía por la Universidad de Las Américas, Ecuador (UDLA), y un doctorado en Derecho (UASB). Ha sido consultor de organismos internacionales y es un referente en descentralización y administración pública. Inició su carrera como juez nacional en 2009 y es actualmente presidente de la Corte Nacional de Justicia y consejero del Centro de Estudios de Justicia de las Américas (CEJA). Correo electrónico: jose.suing.n@udla.edu.ec.

** Es estudiante de Derecho de la Universidad de Las Américas, Ecuador (UDLA), y pasante en Cepeda y Asociados. Fue asistente de gestión y ayudante de cátedra de las asignaturas de Teoría Delito y de la Pena e Infracciones Penales en Particular en la Facultad de Derecho de la UDLA. También realizó una pasantía en la Asamblea Nacional del Ecuador. Correo electrónico: alessandro.solarte@udla.edu.ec. ORCID: <https://orcid.org/0009-0000-1756-8418>

Cómo citar esta entrevista: Solarte Cárdenas, Alessandro. 2025. “Los retos de la administración tributaria frente a la economía digital. Entrevista con José Suing Nagua”. Revista de Estudios Jurídicos Cálamo, núm. 23: 178-183. DOI: <https://doi.org/10.61243/calamo.23.470>

Resumen

En esta entrevista, el presidente de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, José Suing Nagua, reflexiona sobre los cambios y los retos que han surgido en el Derecho Tributario a raíz del desarrollo de la economía digital en el mundo y específicamente en Ecuador. A partir de su experiencia como juez y como docente, expone sus ideas tanto sobre la normativa y la administración tributaria, como sobre la formación universitaria en estos temas.

Palabras clave: Servicios digitales; Tributación; Potestad tributaria; Activos digitales; Impuesto Mínimo Global

Abstract

In this interview, José Suing Nagua, President of the National Court of Justice of Ecuador, reflects on the changes and challenges that have arisen in tax law because of the development of the digital economy worldwide, and specifically in Ecuador. Drawing on his experience as a judge

and professor, he shares his thoughts on tax regulations and administration, as well as on university education in these areas.

Keywords: Digital services; Taxation; Tax authority; Digital assets; Global Minimum Tax

Resumo

Nesta entrevista, José Suing Nagua, Presidente do Tribunal Nacional de Justiça do Equador, reflete sobre as mudanças e os desafios que surgiram no direito tributário como resultado do desenvolvimento da economia digital em todo o mundo, e especificamente no Equador. Com base em sua experiência como juiz e professor, ele compartilha suas reflexões sobre regulamentação e administração tributária, bem como sobre treinamento universitário nessas áreas.

Palavras-chave: Serviços digitais; Tributação; Autoridade tributária; Ativos digitais; Imposto Mínimo Global

ALESSANDRO SOLARTE CÁRDENAS (ASC): Tras la pandemia, la demanda por servicios digitales ha aumentado, y ahora aún más con la inteligencia artificial. Este crecimiento vertiginoso se manifiesta a través de Internet. Es así que, algunos autores han señalado que el internet podría convertirse en un paraíso fiscal. ¿Qué opina sobre esta afirmación?

JOSÉ SUING NAGUA (JSN): Calificar al internet o a los servicios digitales como paraísos fiscales implica incurrir en una confusión conceptual. La digitalización, al igual que el internet, han transformado la forma en que tradicionalmente se prestan los servicios, generando nuevas dinámicas económicas que, si bien se aceleraron con la pandemia, han llegado para quedarse. En este contexto, la proliferación de servicios digitales representa un desafío tanto para las administraciones tributarias como para los marcos normativos actuales, que fueron diseñados bajo una lógica clásica basada en la fuente y la residencia.

Es importante aclarar que únicamente los Estados pueden ser considerados paraísos fiscales. Así lo establece la Ley de Régimen Tributario Interno del Ecuador,

que define criterios específicos para esta calificación, de los cuales deben cumplirse al menos dos de los tres siguientes: (1) una tasa efectiva del impuesto a la renta inferior al 60% de la vigente en el país; (2) que se permita operar sin una actividad económica sustancial en la jurisdicción; y (3) la inexistencia de mecanismos efectivos de intercambio de información.

Por tanto, no existe base legal ni técnica para considerar al internet como un paraíso fiscal. Lo que ha ocurrido, en realidad, es una transformación económica que requiere respuestas normativas modernas.

ASC: Las empresas multinacionales que ofrecen servicios digitales suelen operar a través de internet, lo que les permite no pagar impuestos en los países donde tienen usuarios. ¿Qué desafíos surgen para estos países cuando sus ciudadanos consumen estos servicios, pero las empresas no tributan allí?

JSN: Resulta importante hacer una precisión, las empresas multinacionales generalmente tienen una matriz y establecimientos permanentes, por lo que la aplicación del criterio de residencia fiscal es una

solución para la tributación de estas empresas. El decir, que el operar a través de internet es una consecuencia intrínseca del no pago de impuestos

Sobre la siguiente parte de la pregunta, hay varias alternativas de solución que ya están en discusión a nivel internacional. Esto se enmarca en lo que doctrinariamente se conoce como el Derecho Tributario Internacional, en el que los Estados ceden parte de su potestad tributaria y de su soberanía económica a una instancia supranacional, para que se encargue de expedir regulaciones que cubran estos escenarios.

El fenómeno digital trae como consecuencia la expansión de los servicios sin fronteras físicas, por el uso de tecnologías que le permiten estar presente en tiempo real en todo lugar. Por esas características es que los Estados, en general, no pueden aplicar su normativa interna para gravar a los proveedores de servicios, puesto que no se siempre se conoce de dónde provienen los servicios, cómo se materializan, y qué características poseen. Entonces, frente a aquello estamos en un escenario complejo. Tenemos que buscar unas alternativas completamente distintas, más allá del ordenamiento jurídico convencional, ordinario, que cubre los Estados.

ASC: Como usted ya lo mencionó, se han planteado soluciones desde el plano internacional. ¿Qué proyectos, qué mecanismos se han pensado?

JSN: A nivel internacional, se encuentra en discusión, pero vale señalar que, con avances significativos, la implementación del impuesto mínimo global, una propuesta para gravar a las corporaciones multinacionales con ingresos iguales o superiores a 750 millones de euros. Esta fue una iniciativa de la OCDE, después asumida por el G20. Actualmente, hay una base de acuerdos sobre los términos del convenio que permitirán su implementación. Pero se requiere de la aceptación de la mayoría de Estados, y una vez que los Estados adopten o acepten esas condiciones, podría entrar en aplicación.

En la actualidad, los 147 países que forman parte del Marco Inclusivo OCDE/G20 sobre BEPS (Erosión de la Base Imponible y Traslado de Beneficios) han

alcanzado un acuerdo para implementar un impuesto mínimo global del 15% sobre las utilidades generadas a nivel mundial por las grandes empresas multinacionales.

A nivel nacional, varios Estados han implementado medidas para gravar los servicios digitales mediante tributos internos. En el caso de Ecuador, desde 2018 se incorporó el Impuesto al Valor Agregado (IVA) a los servicios digitales, lo cual supuso un reto considerable para la administración tributaria. El proceso de identificar qué servicios debían estar gravados tomó más de un año, hasta que finalmente se publicó un listado específico de servicios digitales sujetos a IVA.

En los últimos años, la normativa ecuatoriana ha evolucionado para incluir, además, nuevas figuras relevantes en el ecosistema digital. La administración tributaria ha reconocido como sujetos pasivos a los agregadores de pago y a los mercados en línea. Estos incluyen tanto a las sociedades que proporcionan tecnología para facilitar pagos en nombre de comercios (de forma presencial o virtual), como a aquellas que operan plataformas tecnológicas que conectan oferta y demanda de bienes o servicios de terceros. Estas operaciones están sujetas a retenciones en la fuente tanto de IVA como de Impuesto a la Renta, según la calificación otorgada por la autoridad tributaria.

Asimismo, se ha definido que la “importación” de servicios digitales –es decir, aquellos contratados o prestados a través de internet o tecnologías equivalentes– también se encuentra sujeta a la retención del IVA. Sin embargo, dado que se trata de un impuesto indirecto, la carga impositiva recae sobre el consumidor o usuario final del servicio, no sobre la empresa extranjera que lo presta.

Este tipo de medidas, que también han sido adoptadas en países como Colombia y España, representan un avance, pero no resuelven completamente el problema de la falta de tributación efectiva por parte de los grandes proveedores digitales. Autores como Mauricio Plazas Vega ya advertían sobre este vacío normativo y propusieron soluciones anticipadas al fenómeno que hoy enfrentamos.

El IVA es un impuesto indirecto que no grava la riqueza, sino que grava el uso o el consumo. Esta es una alternativa que podría funcionar, pero que no grava al proveedor, grava al usuario del servicio, como ya fue señalado, manteniéndose los desafíos respecto de la tributación de las grandes empresas. Ese es el fenómeno que tiene que resolverse y posiblemente la solución internacional es la que funcionará.

ASC: El mundo cambia; cada día hay nuevas aplicaciones, nuevos servicios digitales, y eso exige una actualización, tanto por parte del órgano legislativo para poder adaptar la ley a estos nuevos cambios, y a su vez a la administración tributaria. ¿Cómo podría adaptarse la administración tributaria para reconocer cuáles son estos nuevos servicios y así ejercer alguna forma de tributación sobre ellos?

JSN: Nuestro ordenamiento jurídico ya define a los servicios digitales y tiene un listado de 14 servicios. Adicionalmente, la norma reconoce la facultad que tiene el SRI de incluir otros servicios, a través de una resolución de carácter general.

En este sentido, la Administración Tributaria lo que ha generado es un catastro de los prestadores de servicios digitales no residentes que actúan en calidad de agentes de percepción del IVA, que tiene como finalidad identificar a aquellas empresas que voluntariamente deseen actuar como agentes de percepción de este impuesto indirecto y permitirles presentar su declaración.

Por otro lado, el SRI tiene un departamento de tecnología que va desarrollando herramientas día a día, y esa es la tarea; es decir, las administraciones tributarias tienen que conectarse con la realidad de la economía virtual y de las herramientas que necesitan para estar actualizadas.

En Ecuador, si se identifica a una nueva aplicación que está siendo tendencia o que está transformando el mercado de la economía digital, la solución sería incluirla en el listado de servicios, así como la inclusión de las personas jurídicas en el catastro de prestadores de servicios digitales. Es decir, el mecanismo está dado, la regulación está dada y yo creo que es un procedimiento ágil.

ASC: Hay algunos servicios digitales que, a cambio de su prestación, no reciben dinero, sino datos. Ahora los datos también son considerados activos. Y en ese sentido, algunas empresas, más que tener un flujo de dinero, tienen un flujo de datos. Se ha hablado inclusive de la posibilidad de gravar ese tipo de activos. ¿Eso sería posible?

JSN: Considero que la respuesta debe partir de lo que se considera “dato”. Recordemos que, a partir de la promulgación de la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, las personas privadas o públicas tienen responsabilidad por el tratamiento y divulgación de datos personales. Considerar que el pago de servicios digitales se realice a cambio de entrega de base de datos con información personal puede generar responsabilidades y hasta sanciones.

Ahora bien, matizando la pregunta, yo creería que sí. Ya tenemos antecedentes, por ejemplo, los activos intangibles. Toda marca tiene un valor y está en la contabilidad de las empresas que son sus propietarias. Entonces, lo que se debe hacer es afinar la regulación para incluir, bajo ciertos parámetros, la comercialización de los datos, siempre que se encuentre dentro de la legalidad. Porque, recordemos que la clave del éxito de los servicios digitales es capturar información de los usuarios y entregarla a quienes los necesiten, a los que comercian. Un ejemplo claro es YouTube. Se puede acceder libremente a la aplicación, la cual le genera un perfil en función de las páginas que visita, de si escucha música, qué tipo de música, si es que consume otro tipo de contenido, qué tipo de contenido. Y claro, cuando usted accede a la plataforma gratuitamente, en cada segmento hay un bombardeo de publicidad. ¿Qué está sucediendo? La aplicación está haciendo uso de los datos, porque le está perfilando y orientando hacia dónde están sus necesidades, en función de cuál es su comportamiento respecto de esa plataforma. Está comercializando los datos. Por otra parte, si se quiere evitar anuncios, se condiciona a que se adquiera una afiliación (que sí tiene un pago). Ese es medianamente el mecanismo que tiene el servicio digital para facilitar. Por ello, estos servicios tienen almacenados una cantidad impresionante de información que es segmentada en función de los perfiles de usuarios que va creando. Entonces, la posibilidad de gravar intangibles es válido

y pertinente, y se deben fijar parámetros claros. Es hacia donde se enrumba la tributación en tiempos de economía digital.

ASC: Acerca del impuesto mínimo global para las multinacionales. ¿Cuál sería el criterio para imponer un gravamen a las multinacionales y cómo se podrían distribuir estas ganancias a los demás Estados?

JSN: El criterio es la comercialización de servicios digitales. Por ejemplo, en Ecuador tenemos servicios digitales de los que ya podemos cuantificar el consumo en función del IVA que se cobra. Entonces, con un registro de cuántos son los usuarios de Ecuador de una plataforma digital se determina cuánto le significa en ganancias al proveedor del servicio. Eso es factible totalmente. Así, si conocemos que en Ecuador hay ventas de un porcentaje concreto, la asignación se realizará en función de esta proporción.

Esos son los temas que hay que discutir, afinar y poner en práctica. Es decir, tomo como referencia el porcentaje de ventas que tengo en el país y en función de eso asigno un valor de recaudación para el Estado ecuatoriano, ya no por IVA, sino por renta; es decir, por los ingresos generados.

Las herramientas como la inteligencia artificial nos permiten, precisamente, llegar a establecer mecanismos de cuantificación. Pero insisto, lo que tenemos que hacer es resetearnos la cabeza. Los que tenemos una visión tradicional del Derecho, de la norma, del tributo, de los criterios de residencia y fuente y demás, debemos actualizarnos en función de estas nuevas condiciones, que se están incorporando en una vorágine de avances.

ASC: ¿Cuál es la línea que debe seguir el Ecuador para enfrentar estos retos?

JSN: El país no puede aislarse de esta realidad, de la economía digital y del fenómeno de las tecnologías. Al contrario, tiene que esmerarse por conectar con la discusión a nivel internacional. Tendrá que asistir a las discusiones que se promueven desde los grupos económicos de otros países, como los promovidos en

la OCDE, organismos que están muy al día de estas propuestas.

El Ecuador debe incorporarse y apoyar estas iniciativas, respetando los mínimos como la soberanía, las condiciones de la economía local, y adaptando o asumiendo que lo que se está discutiendo a nivel internacional, será necesario a nivel nacional. Eso significa que las instancias, los organismos internacionales seguirán promoviendo nuevas medidas y uno tiene que adaptarlas. A partir de ahí no hay vuelta atrás, es un proceso de desarrollo vertiginoso, y el Estado, a través del gobierno, el que corresponda, tiene que estar muy en sintonía con estos cambios.

Un ejemplo claro es el análisis de la figura del establecimiento virtual permanente, que se aborda las situaciones en las que una empresa –sin presencia física– cuenta con presencia digital significativa –prestación de servicios digitales a través de cualquier plataforma– en un Estado, generando que los ingresos gravados en dicho Estado sean gravados en esa jurisdicción.

ASC: Como estudiantes valoramos enormemente su enseñanza y, coincidiendo con nuestros compañeros, siempre es un honor tenerlo como profesor. En ese sentido, nos surge la duda: ¿qué lo llevó a elegir el Derecho tributario como su especialidad?

JSN: Esa es una buena pregunta, yo estuve siempre inclinado con el derecho público, y tuve la oportunidad de trabajar, antes de ser profesional, en la función pública, pero sin llegar a ser el típico burócrata; es decir, el que consiguió un puesto, y se quedó ahí, anquilosado. He sido, más bien, de esas personas aventureras, que pone en vértigo a la propia familia, buscando nuevos escenarios constantemente, y esa movilidad a mí me dio muchas experiencias desde cuando era estudiante. En ese entonces tenía un trabajo a destajo en el Banco Central del Ecuador, preparando unas fichas mnemotécnicas sobre la legislación económica y principalmente tributaria. Yo creo que ahí nació el nexo con los tributos, sobre la legislación tributaria en la década de los 70. El Banco Central del Ecuador publicaba, a través del Archivo Histórico, unos índices de legislación económica, más general, pero obviamente dentro de eso estaban los tributarios. Por eso, desde

la década del 70 eran muy populares y comunes las famosas “leyes de fomento”, como la Ley de Fomento Industrial, Ley de Fomento de la pequeña Industria, Ley de Fomento Artesanal, Ley de Abono Tributario, todas de carácter tributario, que surgieron en la etapa en que el Ecuador estaba apostando a la industrialización. Entonces, esa fue mi primera aproximación a los números y a los temas tributarios.

Luego, tuve la oportunidad de hacer la especialización, y yo no tengo maestría en Derecho Tributario, me quedé con la especialización. Hice una maestría en la UDLA, precisamente sobre descentralización y desarrollo local, que es otra de mis pasiones, y lo he trabajado mucho con gobiernos municipales, desde la asociación de municipalidades; y, desde la cooperación internacional, estuve a cargo de un proyecto de desarrollo urbano en Babahoyo, que era la parte técnica de un proyecto mucho más amplio, que contaba con asistencia financiera desde el gobierno alemán, 35 millones de marcos, en la década de los 90, cuando no surgía ni el euro. También, en lo local tuve oportunidad de trabajar en sistemas tarifarios de servicios, en esos servicios, y las características de los servicios. Ese ha sido básicamente mi impulso para estar vinculado en estos temas.

ASC: ¿Qué le recomendaría a un estudiante que quiere especializarse en Derecho tributario?

JSN: Que no le tenga miedo al Derecho Tributario. Cuando uno es estudiante teme a los números, pero en el Derecho Tributario, no lo son todo. Esta rama del Derecho tiene categorías, instituciones, conceptos,

procedimientos, y la misma fuerza del ejercicio de la potestad del Estado para establecer tributos, tiene contenido normativo puro y duro.

La serie de categorías que las hemos abordado en esta entrevista, precisamente por el fenómeno de la economía digital, contienen implicaciones teóricas profundas. Entonces, el estudiante puede ver la amplitud del Derecho Tributario, que no está en los números. Puede que, en una especialización, tal vez en una maestría, sí necesite el respaldo de la contabilidad, principalmente, porque si usted se va a dedicar a ser un abogado litigante, por ejemplo, tiene que saber cuáles son las condiciones económicas en las que la administración tributaria hizo el análisis para establecer una carga a su cliente. Así, mientras se tenga claridad sobre el concepto general de la contabilidad, de cómo van los números, puede desempeñarse sin problemas.

Lo que el estudiante y el profesional deben tener claro es que no trabajarán solos, se encargarán de los problemas jurídicos, al tiempo que un contador se enfoca en lo propio. Ahora, a propósito de la revolución tecnológica y digital, lo pueden hacer programas informáticos, debidamente programados para el efecto.

REFERENCIAS

- Suing Nagua, José. 2016. *Derecho Municipal*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Suing Nagua, José. 2011. *Gobierno autónomo descentralizado*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

POLÍTICA EDITORIAL

Cálamo es una revista de estudios jurídicos publicada de forma semestral (enero y julio) por la Facultad de Derecho de la Universidad de Las Américas, Ecuador, desde el 2014. Está pensada para la comunidad científica y para el público interesado por los estudios del Derecho y su relación con las demás ciencias. La revista recibe durante todo el año ensayos y artículos de investigación que aporten al conocimiento y análisis del Derecho, especialmente desde un enfoque interdisciplinario, y que muestren las conexiones de esta disciplina con el todo social.

Resumen de las normas de publicación

- El sometimiento de todo artículo, ensayo, reseña o entrevista presupone la **aceptación de la política editorial** y la adhesión al **código de ética** de la revista.
- Los textos deben ser originales, **inéditos** y no estar simultáneamente postulados para publicación en otras revistas u órganos editoriales.
- Se aceptan, con la aprobación del comité editorial, textos traducidos al español que hayan sido previamente publicados en idiomas distintos a éste y que sean relevantes en el marco del tema central de la convocatoria vigente.
- Los textos deben estar escritos en **español, portugués o inglés**.
- No es necesario tener afiliación a instituciones académicas u otras para proponer contribuciones. Se reciben contribuciones de personas estudiosas del Derecho independientemente de su **afiliación institucional** o académica, así como de investigadores-as independientes.
- Los artículos y otras contribuciones pueden tratar de diversos temas dentro de los estudios jurídicos sin tener que limitarse a un **ámbito geográfico** delimitado.
- Cálamo publica cuatro **secciones**: Dossier, Ensayo, Reseña y Entrevista. Recibe contribuciones todo el año para la sección abierta (Ensayo) y realiza **dos convocatorias temáticas al año** para la sección Dossier.
- Los artículos y ensayos pasan por varios procesos de evaluación y revisión, que incluyen la revisión del cumplimiento de la política editorial y las normas de citación, y un **arbitraje** de doble ciego, con el fin de garantizar la calidad académica de los textos publicados.
- Cálamo maneja una estricta **política de prevención de plagio**. Las y los autores se comprometen a citar de manera precisa las ideas que han sido adoptadas de otro texto o autor-a. Antes de la aceptación de los textos, se realiza una verificación del contenido mediante un programa de verificación de plagio.
- Publicar en Cálamo **no tiene costo**. Cálamo no recibe ningún ingreso monetario ni de otro tipo por el trabajo editorial realizado
- Las y los autores conservan sus **derechos de autor** y autorizan a la revista Cálamo, de manera ilimitada en el tiempo, a incluir su texto en el número correspondiente de la revista, exhibirlo y distribuirlo en sus soportes impreso y virtual, nacional e internacionalmente. Cálamo opera bajo la licencia *Creative Commons* CC BY-ND 4.0 (reconocimiento sin obra derivada).



Política por secciones

Dossier: Los artículos y ensayos de esta sección responden a la convocatoria vigente. En ellos se presenta la posición del o la autora con base en una lectura crítica de la literatura académica o en una experiencia de investigación. Son seleccionados por su calidad académica y su nivel argumentativo, y son sometidos al proceso de arbitraje.

Ensayo: En esta sección se publican artículos y ensayos que tratan temas fuera de la convocatoria vigente. En ellos se presenta la posición del o la autora con base en una lectura crítica de la literatura académica o en una experiencia de investigación. Son seleccionados por su calidad académica y su nivel argumentativo, y son sometidos al proceso de arbitraje.

Reseña: Se publican evaluaciones críticas de libros que hayan sido publicados en los últimos dos años en español, inglés, francés o portugués.

Entrevista: Esta sección recoge entrevistas a profesionales del Derecho, figuras públicas, miembros de iniciativas ciudadanas y personalidades políticas o académicas vinculadas al escenario jurídico.

Requisitos generales para las secciones Dossier y Ensayos

- El texto debe estar precedido de un resumen de al menos 500 caracteres con espacios (cce) y no mayor a 800 cce, en español e inglés.
- Las y los autores deben proporcionar de cinco (5) a ocho (8) palabras clave que reflejen el contenido del artículo y que no se repitan en el título, en español e inglés.
- El título del artículo no puede contener más de diez (10) palabras. El autor o autora puede completarlo utilizando un subtítulo.
- La extensión de los artículos y ensayos debe ser de 30.000 a 50.000 cce.
- El texto debe ajustarse a las normas de citación de Cálamo.
- En la etapa de edición, el equipo editorial podrá realizar la corrección de estilo que considere necesaria.

Orientaciones para el envío de propuestas de coordinación del Dossier

Las personas interesadas en coordinar un Dossier pueden enviar su propuesta en cualquier momento del año. Para ello, se deberá tomar conocimiento de los documentos normativos de la revista y, especialmente, de las directrices para coordinadores-as; y se deberá enviar el formulario de propuesta junto con la o las hojas de vida de las personas proponentes a calamo@udla.edu.ec. Las propuestas son seleccionadas por el comité editorial. Su aceptación o no aceptación será comunicada en un plazo máximo de quince (15) días una vez cerrado el plazo de la convocatoria.

Orientaciones para el envío de artículos y otras contribuciones

Las personas interesadas en publicar con Cálamo deben revisar la política editorial completa, así como el código de ética y las normas de citación, documentos normativos disponibles y descargables en la página web de la revista. Los envíos deben realizarse a través de la página web.

Contacto: calamo@udla.edu.ec





ud/a.