

cábalmo

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICOS

Número 9 / Julio 2018



FACULTAD DE
DERECHO

- El Código Orgánico Administrativo:
Un compromiso jurídico impostergable
- El silencio administrativo positivo y su evolución
en la legislación ecuatoriana
- El error inexcusable, causal de destitución de jueces

cálamó

REVISTA DE ESTUDIOS JURÍDICOS

udla.

CRÉDITOS

UNIVERSIDAD DE LAS AMÉRICAS - ECUADOR

Facultad de Derecho y Ciencias Sociales
Escuela de Derecho

RECTOR

Carlos Larreátegui

VICERRECTOR ACADÉMICO

Gonzalo Mendieta

DECANA

Alexandra Vela

DIRECTOR ACADÉMICO

Jean Christophe Lievain

DIRECTORA CÁLAMO

Pamela Jijón

COMITÉ EDITORIAL NACIONAL

- Juan Carlos Prado, PhD. Universidad de las Américas
- Richard Ortiz, PhD Universidad de las Américas
- Pamela Jijón, PhD Universidad de las Américas
- Wladimir Sierra, PhD Universidad de Berlín
- Santiago Zarria, Mg. Universidad de las Américas
- Emilio Cerezo, Mg. Universidad de las Américas
- Juan Manuel Alba, Universidad de las Américas

COMITÉ ASESOR INTERNACIONAL

- Timothy Tambassi, PhD. Università del Piemonte Orientale “Amedeo Avogadro”, Italia
- 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 González Contró, PhD. Universidad Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas, México
- Teodoro Yan Guzmán, PhD. Universidad de la Habana, Cuba

- Julio Antonio Fernández, PhD. Centro de Estudios de la Administración Pública, Habana-Cuba
- Patricia Reyes, PhD. Universidad de Valparaíso, Chile
- Martín Aldao, PhD. Universidad de Buenos Aires, Argentina
- Raúl Gustavo Ferreyra, PhD. Universidad de Buenos Aires, Argentina

CORRECCIÓN DE ESTILO

Emilio Cerezo

TRADUCCIÓN ESPAÑOL-PORTUGUÉS

Marcella da Fonte Carvalho

TRADUCCIÓN ESPAÑOL-INGLÉS

Alejandro Sarzosa

DISEÑO GRÁFICO E IMPRESIÓN

V&M Gráficas

Contacto: 3201 171

PERIODICIDAD

Semestral

DEPÓSITO LEGAL

Para contribuciones o canje dirigirse a: Universidad de Las Américas. Facultad de Derecho. Sede Norte, instalaciones José Queri. Bloque 6. Quito, Ecuador.

Teléfono +593 (2) 3981000

Envío de artículos, información y suscripción:

calamo@udla.edu.ec

DERECHOS RESERVADOS

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

ISSN

1390-8863

Cálamo 9: Los artículos que conforman el número 9 de Cálamo, previo su publicación, han sido evaluados bajo la modalidad de revisión por pares ciegos.

Para Cálamo es importante mantener un espacio crítico ligado a la actualidad de la disciplina que nos convoca. De ahí que, este noveno número pone un acento en el Derecho Administrativo, pues si las formas de organización social se articulan con la búsqueda del perfeccionamiento de los mecanismos legales en el ámbito administrativo, éstos merecen un estudio de su pertinencia y evolución.

En la sección Dossier, José Gabriel Terán analiza la importancia de la entrada en vigencia del Código Administrativo COA en el Ecuador y nos invita a tomar en cuenta los avances y beneficios que el mismo implica para entender a la administración pública como un servicio a la comunidad. También desde el Ecuador, Gonzalo Muñoz propone un estudio de la evolución histórica de la figura del silencio administrativo, que constituye una garantía para el derecho de petición de los ciudadanos ante el Estado. El tercer aporte, más bien crítico, de José Suing, formula un ejemplo de disfunción jurídica, la aplicación errónea del error inexcusable en el proceso de destitución de jueces.

La sección de ensayos, de tema abierto, ha puesto en relación tres propuestas. La primera, de Luis Alberto Alzate Peralta y Ph.D. Odette Martínez Pérez, es un ejemplo de nuestro interés por el ámbito pluridisciplinar. En efecto, se trata de un artículo que moviliza las bases socio psicológicas para plantear un método cooperativo que sea eficaz en la resolución de conflictos en el ámbito judicial. En esta misma línea, pero desde una perspectiva multidualógica, la contribución de Paúl Córdova apunta a subrayar la necesidad de una deliberación colectiva entre las autoridades, los jueces estatales e interamericanos y la comunidad, para garantizar la ejecución de políticas de reparación integral.

La tercera entrada a cargo de Gabriel Ponce, da cuenta del importante movimiento del Derecho Penal para ajustarse a los nuevos requerimientos sociales, en los que las empresas son estructurantes, al incluir en su campo de acción al ámbito empresarial, a través por ejemplo del sistema de imputación objetiva.

Por otro lado, desde una mirada pluridisciplinar nos interesamos en la relación del derecho con el campo de la ética y las normas que guían la acción individual. De ahí que, en la sección entrevista, conoceremos las experiencias del Profesor Taupiz director del *Instituto de Derecho Médico y Salud Pública Alemán, Europeo e Internacional y Bioética*, y miembro del reconocido Concejo de Ética Alemán. En esta misma línea, Emilio Cerezo, especialista en Espinoza realiza un resumen comentado de la Ética de Espinoza, que pone en relieve la visión ontológica subyacente.

Por último, haciendo eco a la complejidad de las normas que determinan la acción del sujeto, la reseña realizada por Pierre Fremaux, del libro, *Portarse mal. El comportamiento irracional en la vida económica*, de Richard Thaler, expone los desafíos que se plantean al derecho desde los nuevos hallazgos de la economía comportamental.

Esperamos que este número continúe alimentando el debate académico del derecho y despierte nuevos cuestionamientos.

Alexandra Vela Puga
Decana de la Escuela de Derecho
Universidad de Las Américas

Dossier

- EL CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO:
UN COMPROMISO JURÍDICO IMPOSTERGABLE 6
José Gabriel Terán
- EL *SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO*
Y SU EVOLUCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA 17
Gonzalo Muñoz
- EL ERROR INEXCUSABLE, CAUSAL DE DESTITUCIÓN DE JUECES 26
José Suing

Ensayos

- EL MÉTODO COOPERATIVO COMO TÉCNICA CONCILIATORIA PARA TRABAJAR
LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: UNA HERRAMIENTA PARA ABOGADOS 38
Luis Alberto Alzate
Odette Martínez
- DIÁLOGOS INTERJURISDICCIONALES Y CORTES DIALÓGICAS CON LA
COMUNIDAD. LA REPARACIÓN INTEGRAL ENTRE LOS JUECES
LOCALES E INTERAMERICANOS CON LA COOPERACIÓN
DE LOS PODERES POLÍTICOS 46
Paúl Córdova
- RESPONSABILIDAD PENAL DEL EMPRESARIO 57
Gabriel Ponce

Entrevista

- “SOY UN FERVIENTE DEFENSOR DE LAS DIFERENCIAS
NACIONALES EN EL DERECHO”
ENTREVISTA AL PROF. JOCHEN TAUPITZ 72
Arturo Moreno

Resumen comentado de obra

- RESUMEN DE LA VISIÓN ONTOLÓGICA QUE SE HALLA A LA BASE
DE LA *ÉTICA* DE BENITO SPINOZA 78
Emilio Cerezo

Reseña

- PORTARSE MAL, EL COMPORTAMIENTO IRRACIONAL
EN LA VIDA ECONÓMICA 88
Pierre Fremaux

DOSSIER

ndb.

EL CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO: UN COMPROMISO JURÍDICO IMPOSTERGABLE

THE ORGANIC ADMINISTRATIVE CODE: AN UNPOSTPONABLE LEGAL COMMITMENT

O CÓDIGO ORGÂNICO ADMINISTRATIVO: UM COMPROMISSO JURÍDICO INADIÁVEL

*José Gabriel Terán**

Recibido: 07/04/2018
Aprobado: 15/06/2018

Resumen

La concepción moderna de la Administración Pública la concibe como un servicio a la colectividad. Así, exige, por parte del Estado, la articulación de un marco normativo en materia administrativa que esté acorde con los principios constitucionales, y con la imperiosa necesidad de mejorar la relación entre la Administración y sus administrados. En este sentido, el Código Orgánico Administrativo, que entra en vigencia el 8 de julio de 2018, una vez que se cumpla la *vacatio legis* señalada en la Disposición final, es una alternativa novedosa y coherente con tales necesidades.

El Código desarrolla ampliamente los principios que rigen la actividad de Administración pública, señalados en el artículo 227 de la Constitución de la República, y otros principios que corresponden al Derecho Administrativo actual. Esta configuración de las bases de la ley ha permitido establecer un procedimiento administrativo común, al que están sujetos las entidades y organismos que conforman el sector público y las empresas públicas, ha reducido la dispersión normativa actual, ha zanjado simultáneamente la discusión entre el plazo y el término en el ámbito, y ha promovido importantes avances cuyo desarrollo consta en el artículo siguiente. La aprobación de este nuevo cuerpo legal ha supuesto un hecho histórico para el Ecuador.

Palabras clave: Administración pública; Principios; Código orgánico administrativo; Dispersión normativa; Procedimiento administrativo

Summary

The modern conception of the Public Administration conceives it as a service to the community. Thus, it demands, from the State, the articulation of a legal framework in administrative matters which is in accordance with the constitutional principles, and with the imperative need to improve the relationship between the administration and its administrated. In this sense, the Organic Administrative Code, which will enter into force on July 8, 2018, once the *vacatio legis* indicated in its final disposition will be fulfilled, is a coherent and innovative alternative with such needs.

The Code develops widely the aphorisms that govern the activity of public Administration, indicated in article 227 of the Constitution, and other principles that correspond to the current Administrative Law. This configuration of the law bases has allowed to establish a common administrative procedure, to which the entities and organisms that make up the public sector and public companies are subject, has reduced the current regulatory dispersion, has simultaneously settled the discussion between the term and the term in the field, and has promoted important advances whose development is included in the following article. The approval of this new legal body has been a historical fact for Ecuador.

Key words: Public administration; Aphorisms; Administrative organic code; Normative dispersion; Administrative procedure

* Abogado por la Universidad de Las Américas. Cuenta con un Máster en Derecho de la Empresa y de los Negocios por la Universidad de Barcelona y en Abogacía por la Universidad Pompeu Fabra (UPF) y además con una especialización superior en Contratación Pública y Modernización del Estado y con otra en Tributación, ambas por la Universidad Andina Simón Bolívar (UASB). Profesor a tiempo completo de la Facultad de Derecho de la Universidad de las Américas.

Resumo

A concepção moderna da Administração Pública a concebe como um serviço a coletividade. Assim, exige, por parte do Estado, a articulação de um marco normativo em matéria administrativa que esteja em acordo com os princípios constitucionais, e com a imperiosa necessidade de melhorar a relação entre a Administração e seus administrados. Neste sentido, o Código Orgânico Administrativo, que entra em vigência em 8 de julho de 2018, uma vez que se finda a *vacatio legis* assignada na disposição final, é uma alternativa nova e coerente com tais necessidades.

O Código desenvolve amplamente os princípios que regem a atividade da Administração Pública assinaladas no art. 227 da Constituição da República, e outros princípios

que correspondem ao Direito Administrativo atual. Esta configuração das bases da lei vem permitindo estabelecer um procedimento administrativo comum, ao que estão sujeitos as entidades e organismos que formam o setor público e as empresas públicas, vem reduzindo a dispersão normativa atual, y lança simultaneamente a discussão entre o prazo e o término no âmbito, e vem promovendo importantes avances cujo desenvolvimento consta no artigo seguinte. A aprovação deste novo corpo legal foi considerada um fato histórico para o Equador

Palavras chave: Administração pública; Princípios; Código orgânico administrativo; Dispersão normativa; Procedimento administrativo

ANTECEDENTES DE LA MATERIA EN EL ECUADOR

En el Diccionario de la Real Academia Española, el verbo *administrar* –del latín *administrāre*– se refiere a “*Ordenar, disponer, organizar, en especial la hacienda o los bienes*” (RAE, 2014). El mismo Diccionario se refiere a la Administración Pública, en adelante AP, como al conjunto de organismos de gobierno de una nación (RAE, 2014).

Para el autor español Luciano Parejo, la AP tiene una doble peculiaridad que se refleja en las definiciones recogidas anteriormente: por un lado, reviste a todos los bienes públicos pertenecientes al Estado –entendido este como la suma de las instituciones públicas de un país–, y por otro, su objeto es el desarrollo de tareas al servicio del bien común y de la ciudadanía en general (Parejo 2011, 8).

En este sentido, señaló que el Derecho Administrativo –también llamado Derecho de la Administración Pública– apareció como resultado de las necesidades del Estado de gestionar y lograr la realización de los intereses generales de su población; intereses a los que calificó de “[...] *variables y progresivamente complejos en directa relación con las funciones asumidas por el Estado en cada momento para la garantía del mínimo existencial (vinculado a la idea de dignidad) de la persona, considerada fundamentalmente en su dimensión social [...]*” (Parejo, 2011, 18).

La Administración Pública es, en efecto, una organización cuya actividad está presente en la mayoría de ámbitos y facetas de la vida social, y resulta fundamental para el desarrollo de las personas en la actualidad. En efecto, ella tiene como misión cumplir funciones económicas, sociales, culturales, etc., y garantizar –mediante la llamada “regulación económica”– la provisión de bienes y servicios indispensables tales como los de: seguridad, sanidad, educación, infraestructura, transporte, suministro de energía eléctrica, etc., y pone a los ciudadanos en el centro de la atención brindada desde las instituciones públicas. Justamente, la Constitución de la República del Ecuador, promulgada en el año 2008, concibe a la AP como una estructura orgánica y, más adelante, como un servicio a la colectividad

Art. 225

- El sector público comprende:
 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social.
 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado.
 3. Los organismos y entidades, creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado.

4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos.

Art. 227

La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación. Así, los principios que ahora rigen la actividad administrativa son los de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación; pues el Estado ha asumido, en su Carta Magna, el fiel compromiso que mantiene respecto de la provisión de servicios óptimos (CRE, Art 225, 227, 2008).

Esta estructuración legal se halla en amplia concordancia con el artículo 1 de la misma Ley Suprema, conforme al cual, la soberanía radica en el pueblo cuya voluntad es el fundamento de la autoridad-, y se ejerce a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución.

Por tal motivo, y en alusión a las palabras del académico Parejo, la AP sería un poder público constituido, dado que la Administración tiene una potestad a partir del poder de actuación otorgado por el ordenamiento jurídico para el cumplimiento de una finalidad previamente determinada por el propio ordenamiento jurídico positivo: de ahí la estrecha relación entre el Derecho Constitucional y el Derecho Administrativo.

Sin embargo, sucede que, a lo largo de la historia republicana del Ecuador, la Administración Pública no ha sido regulada integralmente, por los reveses que los legisladores han encontrado en su camino, como por ejemplo las normas internas de procesos o procedimientos, en las distintas entidades públicas, y la franca decisión de no modificarlos en pro de una ley única, que deba reverlos y conjugarlos en un solo instrumento.

El tratadista ecuatoriano Efraín Pérez señaló que el Congreso Constituyente de 1830, que estableció el Estado del Ecuador y dictó su primera Ley Fundamental, se remitió a la legislación colombiana

de 1825 y, en particular, a la Ley de Régimen Político de los Departamentos, en cuanto a la organización administrativa se refería y que a la fecha se aplicaba en la Gran Colombia, de la cual, el territorio ecuatoriano formó parte hasta su independencia.

La *Ley sobre Organización y Régimen Político y Económico de los Departamentos y Provincias*, implementada en Ecuador, rezaba, tal como lo hacía a su vez la ley colombiana, que “[...] siendo pocas las variaciones que ha hecho en lo concerniente al régimen, ó gobierno interior de las provincias de su distrito, i habiendo manifestado la experiencia que las innovaciones y la multiplicidad de leyes reglamentarias solo causan confusión, inquietud i disgusto de los pueblos [...]” (Pérez 2009, 32).

Aquí aparece quizás la primera nota referente al deseo de los legisladores, a la época, de mermar cualquier posibilidad de dispersión normativa, porque la múltiple reglamentación genera confusión en los ciudadanos.

Pérez, en su ulterior reflexión sobre la época y la carencia nacional de una identidad socio jurídica propia, pues el Ecuador apenas nacía como República independiente, concluye que posiblemente se pensó que la *Ley de Régimen Político de los Departamentos* encajaría perfectamente en la sociedad naciente. Sin embargo, dicha imposición puede haber tenido relación con el hecho de que los ecuatorianos no hayan marcado y construido su propia historia en materia administrativa.

Recién en el año de 1843, el Ecuador contó por vez primera con una ley administrativa –con pocas variaciones– que mantuvo a los gobernadores, estableció un concejo provincial para asistirlos, y designó a corregidores y tenientes parroquiales para los cantones y parroquias (Pérez 2009, 3).

Para el académico ecuatoriano Marco Morales, el Derecho Administrativo nace con la independencia de los Estados Unidos de Norteamérica de Gran Bretaña y de la Revolución Francesa, como un medio para poner límites al poder monárquico (Morales 2011, 1)

El Derecho Administrativo es, en efecto, un límite legítimo al poder, una herramienta para evitar la arbitrariedad y el totalitarismo de los gobiernos, y se traduce en una rama del Derecho Público que protege a los ciudadanos frente a la Administración Pública.

LA NECESIDAD DE CODIFICAR LA NORMATIVA ADMINISTRATIVA

El concepto de código ha cambiado con el tiempo. Miguel Marienhoff recuerda que el código antiguo tenía un carácter general, pues abarcaba la totalidad del derecho; mientras que, en la actualidad, el código moderno comprende una rama determinada del derecho, o una parte de esa rama (Marienhoff 1964, 333). Una de las ventajas que tiene la codificación es que facilita el conocimiento y la aplicación del derecho y permite obtener de él ciertos principios generales, que sirven de base para la orientación jurídica del pueblo.

El Derecho Público regula las relaciones entre el Estado y los particulares, y abarca, así, a la rama del Derecho Administrativo, que engloba la regulación del ejercicio de la Función Administrativa, y la protección judicial del administrado. El Derecho Privado regula las relaciones entre particulares, fundamentalmente en lo referente a su patrimonio.

El Derecho Público está compuesto de un sinnúmero de códigos y leyes que regulan situaciones específicas, por ej., la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, la Ley Orgánica de la Contraloría General del Estado, la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, el Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomías y Descentralización, el Código Orgánico Monetario y Financiero, etc., y esta realidad, para cierto sector de la doctrina, hace que la codificación sea imposible, por la abundancia y amplitud de la materia.

El Derecho Privado está compuesto básicamente por dos Códigos, el Civil y el de Comercio.

Marienhoff señala que, entre las desventajas de la codificación, se encuentra que *“algunas veces el derecho, concentrado en códigos queda estancado, en tanto que las transformaciones sociales exigirían una transformación*

paralela de las reglas jurídicas” (Marienhoff 1964, 333), es decir, lograr una codificación concatenada y sistematizada de la normativa administrativa –al estilo del Derecho Privado– sería casi imposible, que implicaría olvidar los cambios que se presentan en las relaciones que regula el Derecho Administrativo.

Si bien la compilación de toda la actividad de la AP en un único texto puede constituir un reto lleno de dificultades. Con todo, dados los distintos objetivos de cada cuerpo legal particular y la complejidad de reducir los fines públicos, no es menos cierto que la ausencia de un desarrollo normativo de los principios que rigen a la AP, así como la falta de un procedimiento administrativo que es un problema común para todos los órganos que conforman el sector público, exigen plantear una alternativa real de codificación.

Aquí, nos referiremos solo a la facultad con que cuentan las distintas instituciones públicas –de mayor o menor jerarquía, centralizadas, descentralizadas o desconcentradas, provinciales o municipales– para emitir su propia reglamentación.¹

Si bien la ley no nace con la intención de generar caminos que evadan los controles, la excesiva reglamentación puede generar este problema, dado que las distintas instituciones públicas ecuatorianas han logrado, con su reglamentación propia, construir figuras jurídicas que las han alejado de los controles y garantías del procedimiento administrativo, y que han vulnerado reiteradamente el derecho constitucional a la seguridad jurídica:

“Art. 82.– El derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes” (CRE, Art 82, 2008).

¹ “Art. 7.– Marco normativo general.– Para regular el funcionamiento del sistema, la Contraloría General del Estado adaptará, expedirá, aprobará y actualizará, según corresponda.

1.- Normas de control interno [...]

2.- Políticas de auditoría gubernamental;

3.- Normas de control y fiscalización sobre el sector público [...]

4.- Normas de auditoría gubernamental [...]

5.- Reglamentos, regulaciones, manuales generales y especializados, guías metodológicas, instructivos y más disposiciones necesarias para la aplicación del sistema y la determinación de responsabilidades.

En el marco de las normas, políticas, regulaciones, reglamentos, disposiciones y más instrumentos indicados, cada institución del Estado, cuando considere necesario, dictará las normas, las políticas y los manuales específicos para el control de las operaciones a su cargo. La Contraloría General del Estado verificará la pertinencia y la correcta aplicación de las mismas.”

El derecho a la seguridad jurídica, consagrado en el artículo 82 de la Constitución de la República, está fundamentado en el respeto a la Constitución, y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por la autoridad competente, conforme lo ha señalado la Corte Constitucional en varias sentencias.

Se trata de un derecho que permite crear un ámbito de certeza y confianza ciudadana respecto de las actuaciones de los poderes públicos, pues su función es la de garantizar a las personas que toda actuación pública se realizará de acuerdo con la Constitución, así como con la normativa previamente establecida, que será aplicada por parte de las autoridades competentes: *“Esta garantía constitucional debe ser entendida, por tanto, como uno de los deberes fundamentales del Estado y, en consecuencia, corresponde a los jueces brindar, en todo momento, la certeza al ciudadano respecto de las actuaciones que, en derecho, se efectúan en cada momento procesal”* (Corte Constitucional del Ecuador, 2014).

La dispersión normativa ha ocasionado, en el Ecuador, una vulneración a la seguridad jurídica, porque promueve incertidumbre y desconfianza frente a las actuaciones de la AP, en la medida en que existen disposiciones de ciertos reglamentos que contrarían la propia ley. A modo de ejemplo, se puede traer a colación la Resolución RPC-SO-21-N.º244-2015, dictada por el Consejo de Educación Superior, CES; mediante la cual se dictó el *Reglamento de Sanciones*, cuyo objeto es: regular la potestad sancionadora del Consejo, reglamentar las infracciones, establecer las sanciones aplicables por su cometimiento cuando la responsabilidad sea atribuida a las Instituciones de Educación Superior (IES) y/o a sus máximas autoridades, etc. Este último asunto, en rigor, contravendría el artículo 132 de la Constitución de la República, conforme al cual se establece la reserva de ley, pues las infracciones y sanciones correspondientes solo podrían establecerse mediante la ley:

“Art. 132.- La Asamblea Nacional aprobará como leyes las normas generales de interés común. Las atribuciones de la Asamblea Nacional que no requieran de la expedición de una ley se ejercerán a través de acuerdos o resoluciones. Se requerirá de ley en los siguientes casos:

Tipificar infracciones y establecer las sanciones correspondientes (C.R.E, Art.132).

En el mes de diciembre de 2015, el asambleísta Vethowen Chica Arévalo, presentó a la Comisión Especializada Permanente de Justicia y Estructura del Estado de la Asamblea Nacional, el proyecto de Código Orgánico Administrativo (COA), con el objetivo principal de buscar la homogeneización de la normativa administrativa dictada en el ámbito público ecuatoriano, en pro de un procedimiento administrativo único y eficiente.

Con fecha 09 de agosto de 2016, la Comisión, tras conocer, analizar el proyecto y debatir sobre él, aprobó por unanimidad el informe para primer debate, y lo envió al Pleno de la Asamblea. El primer debate del COA en el Pleno tuvo lugar los días 25 y 30 de agosto de 2016; y se discutió en segundo debate el 5 y 19 de enero de 2017; se aprobó el 10 de mayo de 2017; y, la Asamblea Nacional se pronunció sobre la objeción parcial del ex Presidente Constitucional de la República el 20 de junio de 2018. Finalmente, se publicó en el Registro Oficial Segundo Suplemento N° 31, el 7 de julio de 2017. A modo de conclusión, la idea del Código Orgánico Administrativo no consiste, entonces, en regular toda la materia administrativa; sino que, con este, se busca unificar los asuntos fundamentales que encarnan la base del actuar administrativo, y que constituyen, en palabras de Miguel Marienhoff, un todo orgánico de vigencia constante. En nuestro caso nos referimos, por ej., a los principios, al procedimiento administrativo y a la responsabilidad extracontractual del Estado.

PRINCIPIOS QUE RIGEN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La versión inicial del proyecto de Código Orgánico Administrativo estaba estructurada por cuatro libros, 1) Las Personas y la Administración Pública, 2) El Procedimiento Administrativo, 3) Procedimientos especiales, y 4) Responsabilidad extracontractual del Estado.

Lo primero que hizo la Comisión fue incluir un Libro Preliminar de Normas Rectoras, que, entre otras cuestiones, incorpora los principios que regirán la AP, desarrollados previamente tanto por la doctrina como por el Derecho europeo.

En atención a que el artículo 227 de la Constitución, por una parte, establece que la AP constituye un servicio a la colectividad y, por otra, determina los principios que la regirán, más no los desarrolla; el libro preliminar antedicho hace un trabajo de profundización sobre el contenido de cada uno de ellos, porque se trata de una fuente del Derecho en general. Por su parte, la Constitución Política de Colombia, señala en su artículo 209, al referirse a la función administrativa, que *“está al servicio de los intereses generales y se desarrolla con fundamento en los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad, mediante la descentralización, la delegación y la desconcentración de funciones”* (C.P.C. Art.209).

En igual sentido, el artículo 103.1 de la Constitución española de 1978 señala que *“La Administración Pública sirve con objetividad los intereses generales y actúa de acuerdo con los principios de eficacia, jerarquía, descentralización, desconcentración y coordinación, con sometimiento pleno a la ley y al Derecho.”*

Para el autor Patricio Secaira los principios de una disciplina son los presupuestos lógicos que –escritos o no– ponen de manifiesto el alcance de las instituciones; en el caso presente, de las instituciones jurídico administrativas. Los principios son anteriores a la ley, nacen de la actividad social, de las convenciones sociales, y su aplicación debe fungir como una barrera de protección para los administrados, frente a los abusos y la arbitrariedad legislativa, administrativa y judicial (Secaira, 2004).

Para Diego Younes, abogado y sociólogo colombiano, los principios del Derecho Administrativo *“constituyen una importantísima fuente del derecho, y por supuesto del derecho administrativo”*, y también se refiere a la actual y trascendente *“princiología del derecho administrativo”* (Younes, 2007).

Es más, en virtud del objeto de estudio del derecho administrativo, que es el ejercicio de la función administrativa, no todos los principios del Derecho son de aplicación en el derecho administrativo. Ricardo Rivero Ortega y Víctor Granda Aguilar señalan que *“no todos los principios generales recibidos por el Derecho privado tienen perfecta cabida en el Derecho público. Si bien muchos de ellos son perfectamente aplicables, otros no los en modo alguno. De igual modo, hay principios*

generales del Derecho público difícilmente exigibles al comportamiento de los particulares, como el principio de proporcionalidad” (Ribero y Granda 2017, 59).

La incorporación de principios rectores en materia administrativa es, pues, un compromiso legislativo, que evitará redundancias jurídicas como las que aparecen a continuación:

“Para la aplicación de esta Ley [Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública] y de los contratos que de ella deriven, se observarán los principios de legalidad, trato justo, igualdad, calidad, vigencia tecnológica, oportunidad, concurrencia, transparencia, publicidad; y, participación nacional” (LOSNEP, Art 4, 2008).

“El ejercicio de la autoridad y las potestades públicas de los gobiernos autónomos descentralizados se regirán por los siguientes principios: a) Unidad [...] b) Solidaridad [...] c) Coordinación y corresponsabilidad [...] d) Subsidiariedad [...] e) Complementariedad [...]” (COOTAD, Art 3, 2010).

Estos ejemplos nos permiten concluir que los principios que rigen la aplicación de estas leyes son transversales, y deberán observarse no porque se hallen tipificados y repetidos en cada ley administrativa, sino por su naturaleza misma, y porque ya han sido establecidos en la Ley Suprema.

En base a las consideraciones antedichas, el Libro I Normas Rectoras del COA desarrolla los principios que rigen a la AP, y que han sido contemplados en la Constitución de la República –así como otros principios recogidos del Derecho Administrativo actual– y los categoriza del modo siguiente:

Capítulo I. Principios generales: eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia, evaluación, juridicidad, responsabilidad, proporcionalidad y buena fe.

Capítulo II. Principios de la Actividad Administrativa en relación con las personas: interdicción de la arbitrariedad, imparcialidad e independencia, control, ética y probidad, seguridad jurídica y confianza legítima, racionalidad y protección de la intimidad.

Capítulo III. Principios de las relaciones entre administraciones públicas: lealtad institucional, corresponsabilidad y complementariedad, subsidiariedad, colaboración.

Capítulo IV. Principios del procedimiento administrativo: tipicidad e irretroactividad

Los principios mencionados tienen la calidad de informadores e interpretativos, adquieren un valor trascendental en la aplicación de las disposiciones contenidas en el COA, y cumplen, además, con la función de limitar la actuación administrativa y asegurar el cumplimiento de los derechos de las personas.

LA REGULACION DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO EN EL COA

Según el profesor argentino Carlos Balbín, el procedimiento es un modo de elaboración de las decisiones estatales, y constituye, a su vez, un límite al ejercicio del poder estatal.

Por su parte, el profesor Agustín Gordillo, también de nacionalidad argentina, define al procedimiento administrativo como “[...] *la parte del Derecho Administrativo que estudia las reglas y principios que rigen la intervención de los interesados en la preparación e impugnación de la voluntad administrativa.*” (Gordillo 2010, 396)

Para Marco Morales, en cambio, el procedimiento administrativo contempla la actividad a la cual el ordenamiento jurídico ha conferido previamente efectos

determinados, y que es coordinada con miras a un fin. En el ámbito jurídico administrativo, dicha actividad está compuesta por una sucesión de actos concatenados y yuxtapuestos, orientados a garantizar al ciudadano la vigencia de sus intereses legítimos: “[...] *es lo que se denomina también Justicia Administrativa o Procedimiento Administrativo.*” (Morales 2011, 86).

En rigor, el procedimiento administrativo consiste en el cauce formal de la serie de actos en que se concreta la actuación administrativa, una vez que se ha accedido al logro de un fin irrenunciable y a la consecuente satisfacción del interés general.

Ahora, aclaremos la diferencia entre los términos procedimiento y proceso, pues suelen confundirse entre sí:

Cuadro N.º1: Diferencias entre procedimiento y proceso

Procedimiento	Proceso
El órgano que resuelve el conflicto es el poder Ejecutivo	El órgano que resuelve el conflicto es un tercero imparcial e independiente llamado juez
La decisión administrativa puede ser revisada por un juez	La decisión legal tiene carácter definitivo.

El proceso tiene relación con el ámbito judicial, que es, por antonomasia, rígido, formal, y perentorio; mientras que el procedimiento tiene relación con el ámbito administrativo, que es más flexible, exige menos formalismos y compromete –en palabras de Efraín Pérez– a los servidores públicos en el despacho de los asuntos a su cargo, sea en las dependencias del Estado o en sus entidades.

El procedimiento administrativo tiene como finalidad el garantizar los derechos de las personas que mantienen una relación con el Estado. A través de él, las

personas buscan, por un lado, hacer valer sus derechos –mediante el cumplimiento del debido proceso reconocido en la Constitución– y, por otro, cerciorarse de la legitimidad, racionalidad, acierto y eficacia de las resoluciones estatales que les competen. En este sentido, Ricardo Rivero Ortega y Víctor Granda Aguilar, han señalado que “*Dialécticamente suele presentarse en doble faz el procedimiento administrativo: por un lado, incrementaría la eficacia; por otro, garantizaría la posibilidad de defensa de derechos. Sin la maquinaria procedimental, la Administración en ocasiones no podría pronunciarse; sin la oportunidad de defensa del*

procedimiento, algunos derechos podrían verse gravemente dañados” (Ribero y Granda 2017, 169).

En la misma línea, y toda vez que el procedimiento administrativo tiene relación directa con las garantías básicas del derecho al debido proceso, definido en el artículo 76 de la Constitución de la República del Ecuador, el legislador decidió dedicar el Libro II del COA a regular el procedimiento administrativo. Según el profesor Balbín, el órgano competente para regular este procedimiento es el Poder Legislativo (Balbín, 2011).

En este orden de ideas, uno de los objetivos fundamentales del COA es unificar y simplificar el procedimiento administrativo en la AP, que garantice no solo la seguridad jurídica y el interés general, sino, sobre todo, el respeto al debido proceso y el derecho de las personas a la defensa.

Como es de suponer, las reglas del procedimiento administrativo son una pieza fundamental en el ámbito de la mejora de la gestión pública, pues ellas simplifican su tramitación, pues generan mayor eficacia y eficiencia del sector público y, como consecuencia, benefician directamente a las personas.

Las reglas contenidas en el Libro II del COA se aplican al procedimiento administrativo, a los procedimientos especiales y a los procedimientos para la provisión de bienes y servicios públicos, en la medida en que no afecten a las normas especiales que rigen su provisión. Sin embargo, estas reglas no serán aplicables cuando se trate de procedimientos derivados del control de recursos públicos y cuando se refieran a procedimientos para el ejercicio de la potestad sancionadora y la ejecución coactiva que están regulados en el Libro III, de conformidad con el párrafo final del artículo 134 del COA.

La dirección, instrucción, impulso y resolución del procedimiento administrativo están confiados a la administración pública correspondiente y su inicio puede ser de oficio o a solicitud de la persona interesada. En el primer caso, mediante una decisión del órgano competente, bien por iniciativa propia o como consecuencia de orden superior, a petición razonada de otros órganos administrativos o por denuncia, en los términos previsto en los artículos 184 y siguientes del COA. Por ej., la legislación española señala que el procedimiento administrativo inicia, de oficio, por la

Administración pública competente, a instancia ya sea de la persona interesada ya de una parte no interesada.

El COA prevé la posibilidad de que, antes de iniciar el procedimiento administrativo, las administraciones públicas realicen las actuaciones previas encaminadas a conocer las circunstancias del caso concreto, que permitan decidir la conveniencia o no de iniciar el procedimiento. El artículo 176 del COA determina los casos en que proceden las actuaciones previas:

“Art. 176.– Procedencia. En los procedimientos administrativos destinados a determinar responsabilidades de los interesados, incluso el sancionador, las actuaciones previas se orientarán a determinar, con la mayor precisión posible, los hechos susceptibles de motivar la iniciación del procedimiento administrativo, la identificación de la persona o personas que puedan resultar responsables y las circunstancias relevantes que concurran en unos y otros” (COA, art 175, 2018).

El *sentido* de las actuaciones previas es determinar si resulta conveniente o no iniciar un procedimiento administrativo y, para hacerlo, se deberá advertir, entre otros asuntos, la competencia del órgano administrativo.

El tratadista David Blanquer Criado pone de manifiesto una serie de preocupaciones sobre la experiencia práctica de las actuaciones previas al amparo de lo dispuesto en el artículo 55 de la Ley 39/2015, de 1 de oct., del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas:

“La experiencia práctica permite comprobar, que sobre todo en los expedientes sancionadores, con alguna frecuencia se utiliza esa fase para crear un periodo de tiempo sin garantías para el interesado, y que además retrasa el inicio del cómputo del plazo de caducidad del procedimiento, o de prescripción de la infracción sancionable. Como durante el desarrollo de las actuaciones previas del artículo 55 de la LPAC 39/2015, todavía no hay en rigor un auténtico procedimiento, en esa fase anterior no rigen las garantías del carácter contradictorio y de la audiencia al interesado que son propias de la tramitación formal de un expediente; no tiene derecho a presenciarlas actuaciones que se realicen; tampoco a que se le informe sobre las irregularidades que se le imputan (y que pudieran motivar la incoación de

un procedimiento administrativo o un expediente sancionador). Como en rigor tampoco hay un acto administrativo, tampoco hay nada que notificar. En definitiva, se trata de una fase burocrática opaca y sin garantías, que se sitúa de espaldas al Estado de Derecho.” (Blanquer 205, 422).

Es imperativo, entonces, es que nuestra administración pública comprenda el alcance y función que tienen las actuaciones previas; es decir, determinar la conveniencia o no de iniciar un procedimiento administrativo, mas no la de emitir una resolución, que en estos casos implicaría una violación al derecho de defensa y al debido proceso.

Este procedimiento administrativo contiene, como novedad, la eliminación de la discusión latente entre el cumplimiento de plazos o términos, que en más de una ocasión dejó a las personas indefensas. La eliminación de plazo garantiza a las personas el acceso sin obstáculos a los órganos de la AP.

En relación con la prueba dentro del procedimiento administrativo, Balbín ha señalada que “[...] son las herramientas de que intentan valerse las partes para sustentar sus pretensiones y derechos” (Balbín 2011, 518).

En cualquier procedimiento, la prueba es un elemento fundamental para facilitar la averiguación de los hechos; en el procedimiento administrativo, permite a la persona interesada utilizar todos los medios legales con los que desvirtuar los cargos que la AP le impute.

Según David Blanquer Criado, “la regulación de la carga de la prueba se orienta a establecer las consecuencias jurídicas de la insuficiente acreditación de los hechos controvertidos (o la falta verosimilitud de los medios de prueba practicados en el procedimiento)” (Blanquer 2015, 441). La carga de la prueba estimula la actividad probatoria; porque está situada en aquel sujeto que más beneficios puede obtener y más perjuicios puede evitar, debido a la falta de convicción sobre la existencia de un hecho controvertido. En ese sentido, el artículo 195 del COA señala que “La prueba se referirá a los hechos controvertidos” Ahora bien, consideramos que surgen las siguientes interrogantes: ¿A quién le corresponde la carga de la prueba? ¿En función de qué se distribuye la carga de la prueba?

En este punto, cabe recordar la regla general del derecho procesal, que radica en que “quien alega tiene la obligación de probar”. Y, en relación con la distribución de la carga, el mismo David Blanquer señala que “el factor determinante de la distribución de la carga de la prueba es el interés jurídicamente tutelado y su adecuada satisfacción” (Blanquer 2015, 441).

Sobre la carga de la prueba regulada en el COA, la regla general es que la carga de la prueba le corresponde a la persona interesada. Pero si, en el procedimiento administrativo, la situación jurídica de la persona interesada pueda verse agravada con la resolución de la administración pública, en particular cuando se trata del ejercicio de potestades sancionadoras o de determinación de responsabilidades de la persona interesada, la carga de la prueba le corresponde a la administración pública.

Por ende, la *carga de la prueba* le compete a la administración pública cuando, con ella, se limita el derecho de los ciudadanos; mientras que les corresponde más bien a las personas interesadas cuando, al recurrir a ella, estas ejercen potestades que les benefician.

Y si partimos de que el procedimiento administrativo es más flexible en comparación con el proceso judicial, la oportunidad para producir la prueba –cuya función principal es que la persona interesada pueda descargar las posibles responsabilidades que le hubieren sido imputadas por la AP– no se agota en un momento único.

La persona interesada podrá acompañar la prueba en su primera comparecencia al procedimiento administrativo. Además, podrá incorporar nuevas pruebas cuando la Administración ordene la apertura a prueba y fije el término respectivo; y, finalmente, siempre se podrá solicitar la inclusión de pruebas no anunciadas hasta antes de la resolución por parte del órgano competente; pero, en este caso puntual, su aceptación dependerá de la decisión del órgano competente.

Los hechos sobre los que se fundamenta la decisión en un procedimiento podrán acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, con excepción de la declaración de parte de los servidores públicos.

Es importante destacar también que, frente a las resoluciones emitidas por la AP, la persona mantiene el derecho de impugnación, y podrá, por tanto, recurrir

las decisiones dictadas por los órganos y entidades del sector público a partir de su notificación, que, en palabras del profesor Balbín, ocurre cuando se da “el conocimiento de determinadas piezas o actuaciones de modo

de cierto y fehaciente en el marco del procedimiento, dando certeza de que el particular conoce el contenido del acto que es objeto de notificación y cuál es la fecha de tal comunicación” (Balbín 2011, 348).

CONCLUSIONES

Es imperativo entender a la Administración pública como un servicio a la colectividad y, a su vez, comprender que los administrados han dejado de ser simples destinatarios de decisiones estatales y que se han convertido en verdaderos partícipes en la formulación de políticas públicas. El COA busca destacar la centralidad del ser humano y de los derechos fundamentales como eje para comprender el sentido de la Administración pública, es decir, que esta tiene sentido por la existencia del ser humano y no al revés.

El COA no pretende codificar toda la materia administrativa. Este nuevo cuerpo normativo busca dotar de seguridad jurídica a las relaciones entre el administrado y la Administración pública desde el punto de vista del procedimiento administrativo, entre otros. Es adecuado contar con un solo procedimiento adminis-

trativo en todas las Administración públicas sean estas centralizadas, desconcentradas o descentralizadas para seguridad y certeza del ejercicio plenos de los derechos fundamentales de los administrados.

Es importante destacar el esfuerzo del legislador al momento de desarrollar los principios que rige a la Administración pública en su quehacer diario. Esfuerzo que no se limitó al tratamiento de aquellos principios que se encuentran previstos en el artículo 227 de la Constitución de la República sino de otros principios del derecho administrativo moderno: confianza legítima, lealtad institucional, interdicción de la arbitrariedad, entre otros. Finalmente, es necesario que tanto Administración pública como los administrados estén atentos del impacto del COA en la sociedad.

BIBLIOGRAFÍA

- Balbín, Carlos. 2011. *Manual de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley.
- Blanquer, D. 2015. *Introducción del Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Gordillo, A. 2010. *Tratado de Derecho Administrativo. El Procedimiento Administrativo* (Tomo 4). Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo.
- Marienhoff, M. 1964. *Tratado de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot.
- Morales, M. 2011. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Moreno, D. 2007. *Curso de derecho administrativo*. Bogotá: Ed. Temis.
- Parejo, L. 2011. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Pérez, E. 2009. *Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Real Academia de la Lengua Española. 2014. *Diccionario de la Lengua Española*, 23.^a ed., Real Academia de la Lengua Española.
- Ribero, R y Granda. 2017. *Derecho Administrativo*. Quito: Corporación Editorial Nacional.
- Secaira, P. 2004. *Curso Breve de Derecho Administrativo*. Quito: Ed. Universitaria.
- ### Legislaciones
- C.R.E véase en, Constitución de la República del Ecuador. 2008
- LOSNCP ver en, Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento 395, de 4-ago.-2008.
- COA ver en, Código Orgánico Administrativo, Registro Oficial Segundo Suplemento 31, de 7 de julio de 2017.
- COOT ver en Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización. Registro Oficial Suplemento 303, de 19-X-2010.
- CE, Constitución Española. Boletín Oficial del Estado N.º 311, de 29-XII-1978.
- CPC ver en, Constitución Política de Colombia
- ### Jurisprudencia
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia N.º 031-14-SEP-CC, caso N.º 0868-10-EP.

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO Y SU EVOLUCIÓN EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA

THE ADMINISTRATIVE SILENCE POSITIVE AND ITS EVOLUTION IN THE ECUADORIAN LEGISLATION

O SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO E SUA EVOLUÇÃO NA LEGISLAÇÃO ECUATORIANA

*Gonzalo Muñoz**

Recibido: 13/05/2018

Aprobado: 03/07/2018

Resumen

La figura del silencio administrativo nace como una garantía del derecho de petición que tienen los ciudadanos debidamente consagrado en la Constitución. Si el Estado en un tiempo prudencial no contesta lo solicitado por un ciudadano, dicha petición se entiende concedida, siempre que cumpla con ciertos requisitos, como por ejemplo que sea formulada ante autoridad competente, que lo que se pide sea conforme a derecho, entre otras.

En el Ecuador desde que esta figura fue implementada en nuestra legislación, la aplicación práctica de su ejecución fue un problema para los administrados, violentado de esta manera el derecho de petición consagrado en la Constitución de la República. Los principales inconvenientes se suscitaron por falta de herramientas legales que desarrollen un procedimiento adecuado mediante el cual los ciudadanos puedan, mediante el silencio administrativo positivo, hacer valer un derecho reconocido por un acto administrativo presunto generado ante la falta de respuesta de las administraciones públicas. Como se verá en el presente artículo, esta deficiencia legal tuvo que ser reemplazada por un importante desarrollo jurisprudencial.

Palabras clave: Silencio administrativo; Acto presunto regular; Derecho de petición; Nulidad; Vicios

Summary

The figure of administrative silence was born as a guarantee of the right to petition that citizens have duly

enshrined in the Constitution. If the State in a reasonable time does not answer a citizen petition, said petition is granted, provided that it fulfills with certain requirements, such as that formulated before a competent authority, that what is requested is in accordance with the law, among others.

In Ecuador since this figure was implemented in our legislation, its execution was a problem for the administrated, thus violating his right to petition enshrined in the Constitution. The main drawbacks were caused by lack of legal tools to develop an appropriate procedure by which citizens can, through administrative silence positive, enforce a right recognized by a presumed administrative act generated in the lack of response from public administrations. As will be seen in this article, this legal deficiency had to be replaced by an important jurisprudential development.

Key words: Administrative silence; Presumed regular act; Right to petition; Nullity; Defects

Resumo

A figura do silêncio administrativo nasce como uma garantia ao direito de petição devidamente consagrado na Constituição, que têm os cidadãos. Se o Estado em um tempo razoável não dá uma resposta ao solicitado pelo cidadão, esta petição se entende concedida, sempre que conte com certos requisitos, como por exemplo, que seja formulada diante de uma autoridade competente, que o pedido seja conforme o direito, entre outros.

* Gonzalo Humberto Muñoz Hidalgo, Magister en Derecho Administrativo por la Univ. San Francisco de Quito, especialista en Derecho Administrativo, Municipal/Urbanístico y Propiedad Intelectual. En tanto Asesor Parlamentario, ha colaborado en la elaboración del Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomías y Descentralización COOTAD. También ha asesorado a varias Municipalidades del país en temas de Derecho Municipal. Correo electrónico: gonmunozh@gmail.com.

No Ecuador desde que esta figura foi implementada em nossa legislação, a aplicação prática de seu exercício foi um problema para os administrados, afetando desta maneira o direito de petição previsto na Constituição da República.

Os principios inconvenientes ocorreram pela falta de ferramentas legais que desenvolvam um procedimento adequado por meio do qual os cidadãos possam, por meio do silencio

administrativo positivo, fazer valer um direito reconhecido por um ato administrativo presumido gerado diante da falta de resposta das administrações públicas. Como será visto no presente artigo, esta deficiência legal teve que ser substituída por um importante desenvolvimento jurisprudencial.

Palavras chave: Silencio administrativo; Ato presumido regular; Direito de petição; Nulidade; Vícios

INTRODUCCIÓN

La Constitución de la República del Ecuador reconoce el derecho fundamental a la *petición* como una garantía de todos los ciudadanos para poder formular a las administraciones públicas solicitudes y reclamos, así como poder recibir de ellas una respuesta oportuna dentro de un tiempo prudencial. De esta manera, lo reconoce expresamente el artículo 66 numeral 7 de la Ley Fundamental, cuando dispone: “Art. 66.- Se reconoce y garantizará a las personas: [...] 23. El derecho a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades y a recibir atención o respuestas motivadas. No se podrá dirigir peticiones a nombre del pueblo” (CRE, Art. 66, N.º 23. Registro Oficial N.º 449, 2008).

Este derecho, reconocido como fundamental igualmente en múltiples legislaciones como la española (Art. 29 de la Constitución del Reino de España) y la colombiana (Art. 23 de la Constitución Política de la República de Colombia), no ha sido debidamente desarrollado en nuestro país dentro de normativas inferiores a la Carta Magna y, como consecuencia, hace imposible su efectivo ejercicio por parte de los administrados. El objetivo de este análisis será exponer cómo evolucionó el tratamiento del derecho de petición a partir de la expedición de la Ley de Modernización en el año 1994, hasta la aprobación del Código Orgánico Administrativo en el 2017 y, así, demostrar los escollos que tuvieron que librar los ciudadanos cuando, por la inacción de la administración sus solicitudes no fueron respondidas en los términos establecidos en la Ley.

Hemos dicho que la Constitución, en su art. 66 numeral 23, obliga a las administraciones públicas a

responder formulaciones de las personas y a recibir atención o respuestas de manera motivada.

¿Qué sucede cuando dicha respuesta no llega en el término legal? El legislador, de manera correcta estableció la figura del silencio administrativo como una garantía para asegurar que se cumpla este trascendental derecho ciudadano. En palabras de Jaime Orlando Santofimio podemos definirlo como:

El Silencio Administrativo es el transcurso del tiempo definido por el legislador y considerado como máximo para adoptar una decisión. Lapsos que vencido se hace presumir, a manera de sanción para la administración, la existencia de un acto que resuelve, en determinado sentido, la actuación iniciada. El acto emanado del silencio es ficticio, constituye una simple presunción de origen legal para interrumpir la actuación, garantizando de esta manera al interesado su debido proceso, en especial el derecho a una decisión que ponga término en algún sentido a sus relaciones con la administración (Santofimio 1994, 184).

Esta definición es bastante completa, por cuanto analiza todos los elementos que caracterizan al silencio administrativo. En primer lugar, reconoce el lapso que pasó sin que la administración respondiera una petición del administrado en el término legal, aunque esté obligada a hacerlo. Asimismo, considera al silencio como una medida aplicada al ente administrativo que no atendió a tiempo el trámite correspondiente; y, a la vez, como una garantía para quien formula la solicitud.

EL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO Y NEGATIVO

Ahora bien, una vez que se ha definido el silencio administrativo, tenemos que hablar necesariamente de sus tipos. De esta forma nos encontramos con el silencio negativo y el positivo, cada uno con consecuencias jurídicas absolutamente distintas, para garantizar los derechos ciudadanos. Respecto al silencio administrativo negativo, Juan Manuel Trayter nos explica: “Significa que, ante la solicitud de un particular u otras circunstancias (por ej., la presentación de un recurso), y llegado el vencimiento de del plazo máximo sin haberse notificado resolución expresa al interesado, se entiende desestimada, denegada, la pretensión. Aquí, la desestimación es «a los solos efectos de permitir a los interesados la interposición del recurso administrativo o contencioso administrativo que resulte procedente»” (Trayter 2013, 342).

En este caso, como explica el autor, si yo formulo una petición ante la administración y no responde en el término legal, esta es negada. Debemos entonces analizar si, en este caso, se configuran los elementos de la definición que se señalamos anteriormente. Si se deniega la petición, mal podríamos decir que el silencio administrativo sanciona de una u otra forma la omisión del órgano, por el contrario, lo premia no aceptando la pretensión solicitada. De esta manera se pone a las administraciones públicas en una posición sumamente cómoda, en la de garantizar el derecho del solicitante, quien a su vez tiene, como única alternativa, el recurso al acto ficticio que, en efecto, nace como producto del silencio negativo. Ciertos tratadistas coinciden en mencionar que, si bien en el silencio negativo no se acepta la pretensión del administrado, si se está precautelando el derecho de petición, toda vez que acaba la espera por la respuesta y, aunque esta sea negativa, ha sido recibida y, como acabamos de señalar, puede ser recurrida. Esta situación jurídica tendría asidero constitucional complejo en el Ecuador; pues, como claramente se desprende del artículo 66 numeral 23, la respuesta debe ser motivada; más aún si se la deniega.

Si se toman en cuenta las razones expuestas, el silencio administrativo negativo debe considerarse en las legislaciones como una excepción a la regla general del silencio positivo, y debe estar reservado para ciertos casos específicos en los cuales, la petición del adminis-

trado, concedida mediante silencio, pueda tener consecuencias de cierta gravedad o complejidad.

Un ejemplo de este tipo lo recoge la Ley Orgánica de Telecomunicaciones respecto al otorgamiento de títulos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones. En su artículo 40 dispone:

Dada la naturaleza del otorgamiento de títulos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones y uso del espectro radioeléctrico, así como su renovación, no se aplica la institución del silencio administrativo positivo.

Antes de la emisión de la decisión de renovación se evaluará el cumplimiento de los términos y condiciones del título habilitante que está por fenecer, para lo cual la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones, emitirá el informe respectivo (LOT. Art. 40. Registro Oficial N° 439,2015).

En esta norma se puede evidenciar la excepcionalidad del silencio administrativo negativo reservada para un tema puntual. No se puede, mediante silencio, obtener un título habilitante para la prestación de servicios de telecomunicación, aunque la administración no responda en los plazos debidos. Este hecho tiene una coherencia absoluta por la verificación de los requisitos exigidos.

En cuanto al silencio administrativo positivo, podemos decir que es el mecanismo más adecuado con el que cuentan los ciudadanos para hacer efectivo el derecho de petición. Al respecto, Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández mencionan lo siguiente:

El silencio positivo de la Administración tiene un sentido y una funcionalidad radicalmente diferentes. De acuerdo a ello, su configuración técnica, ámbito de aplicación y su régimen jurídico también son distintos. En su versión positiva o estimatoria el silencio de la Administración no tiene nada que ver con la finalidad de facilitar las exigencias procesales que derivan de la configuración impugnatoria del recurso contencioso –administrativo–. Es simplemente una técnica de intervención

material o tutela, que viene a hacer más suave la exigencia de obtener para una determinada actividad una autorización o aprobación administrativa. En rigor, el silencio positivo, sustituye esta técnica de la autorización o aprobación por la de un veto susceptible de ejercitarse durante un plazo limitado, pasado el cual lo pedido por el requirente se entiende otorgado (Enterría y Fernández 1989, 585).

Si el Estado no contesta lo solicitado por un ciudadano en un tiempo prudencial, dicha petición se entiende concedida, siempre que cumpla con requisitos como, por ej., que sea formulada ante autoridad competente o que el asunto que se pide sea conforme a derecho. En nuestro ordenamiento jurídico, tiene su origen formal en la Ley de Modernización del Estado, que en su artículo 28 disponía lo siguiente:

Art. 28.- DERECHO DE PETICION.- Todo reclamo, solicitud o pedido a una autoridad pública deberá ser resuelto en un término no mayor a quince días, contados a partir de la fecha de su presentación, salvo que una norma legal expresamente señale otro distinto. En ningún órgano administrativo se suspenderá la tramitación ni se negará la expedición de una decisión sobre las peticiones o reclamaciones presentadas por los administrados. En todos los casos vencido el respectivo término se entenderá por el silencio administrativo, que la solicitud o pedido ha sido aprobada o que la reclamación ha sido resuelta en favor del reclamante. Para este efecto, el funcionario competente de la institución del Estado tendrá la obligación de entregar, a pedido del interesado, bajo pena de destitución, una certificación que indique el vencimiento del término antes mencionado, que servirá como instrumento público para demostrar que el reclamo, solicitud o pedido ha sido resuelto favorablemente por silencio administrativo, a fin de permitir al titular el ejercicio de los derechos que correspondan.

En el evento de que cualquier autoridad administrativa no aceptare un petitorio, suspendiere un procedimiento administrativo o no expidiera una resolución dentro de los términos previstos, se podrá denunciar el hecho a los jueces con jurisdicción penal como un acto contrario al derecho de petición garantizado por la constitución, de conformidad con el artículo 212 del Código Penal,

sin perjuicio de ejercer las demás acciones que le confieren las leyes.

La máxima autoridad administrativa que comprobare que un funcionario inferior ha suspendido un procedimiento administrativo o se ha negado a resolverlo en un término no mayor a quince días a partir de la fecha de su presentación, comunicará al Ministro Fiscal del respectivo Distrito para que éste excite el correspondiente enjuiciamiento (LME Art. 28. Ecuador, Registro Oficial 349, 1993).

Precisamente en este punto es donde se presentan algunos dilemas: ¿Qué sucede si la petición formulada es contraria a derecho? ¿Cómo hago valer mi derecho generado a través de un acto administrativo presunto ante una negativa de la administración?

Ante la primera interrogante, y dado que no fue debidamente tratada en la Ley de Modernización, la respuesta tuvo que ser posteriormente desarrollada jurisprudencialmente y se lo hizo de manera correcta, pues no se puede atender un reclamo o petición contraria a la Ley. Así, se estableció una división entre actos administrativos presuntos regulares y actos administrativos presuntos irregulares. Los primeros son aquellos que no adolecen de ningún vicio de nulidad; mientras que los últimos son los que si los tienen. Para ejemplificar estos conceptos, es conveniente citar la Sentencia N° 0291-2009 de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, que realiza un análisis interesante al respecto:

En lo que respecta a los requisitos de orden sustantivo, se ha manifestado reiteradamente que, en todo caso y sin excepción de ninguna índole, cuando la Administración no atiende las peticiones de los administrados oportunamente, esto es, dentro del tiempo previsto en la Ley, se genera un acto administrativo presunto, admitiendo o aceptando lo solicitado. Sin embargo, no todo acto administrativo presunto genera los efectos jurídicos que pretende el administrado, pues, para que ello ocurra se requiere que el acto administrativo presunto sea también “regular”, esto es, que no contenga vicios invaldables que generen su nulidad de pleno derecho, y que tales vicios no se presenten de manera manifiesta. Nótese, a este respecto, que el análisis del contenido del acto administrativo presunto se basa en las razones jurídicas alegadas por

el peticionario, y no en los aspectos fácticos que se presumen admitidos por la Administración. Cuando un acto administrativo presunto es irregular, aunque los hechos se puedan dar por admitidos, si existe razón jurídica para que el acto administrativo se considere nulo de pleno derecho, ninguna autoridad puede dar valor jurídico a lo que nunca lo tuvo. De otra parte, además de que el acto administrativo presunto sea regular, si el administrado pretende que se lo ejecute, como en el caso que se ha puesto a consideración de esta Sala, es requisito formal indispensable que conste en el proceso el certificado al que se refiere el artículo 28 de la Ley de Modernización o la constancia de que se haya requerido en sede administrativa y, en su caso judicial, el certificado acerca del vencimiento del plazo que tenía la autoridad para resolver lo solicitado. Debe subrayarse el hecho de que la certificación o el requerimiento en sede administrativa o judicial son útiles únicamente en los supuestos en que el actor pretende una actuación material (dar, hacer o no hacer) a cargo de la Administración.

Como podemos observar, todo lo que no fue debidamente considerado en la Ley fue tratado de manera progresiva a favor de los derechos en el ámbito jurisdiccional. Siempre surgió la interrogante sobre cómo podía ejecutarse un acto administrativo presunto, si este no cumplía con los requisitos de validez propios de los actos administrativos y si, en la sentencia citada, se otorga una respuesta clara a este tema. Así pues, para que un acto presunto pueda tener efectos jurídicos, tiene necesariamente que estar acorde con la Ley y no contener vicios invalídables que acarreen su nulidad.

A fin de resolver la segunda interrogante, debemos mencionar que la Ley de Modernización del Estado únicamente mencionaba que, con el objeto de proceder al reconocimiento del derecho generado, el administrado debía requerir, a la autoridad pública, una certificación en la cual debía constar había operado el silencio administrativo positivo, so pena de destitución. Lamentablemente, no existía un procedimiento reglado en la Ley que permita al administrado hacer efectivo el acto presunto, puesto que, en la práctica, las administraciones públicas se negaban a emitir la certificación dispuesta en la Ley, la supuesta destitución nunca ocurría y, al final, el derecho de petición del ciudadano se veía vulnerado. Tal circunstancia puede

evidenciarse en innumerables fallos de la ex Corte Suprema de Justicia y la actual Corte Nacional, donde el accionante demandaba la ejecución del acto administrativo presunto regular y, por falta de la certificación que se exige en el art. 28 de la Ley de Modernización, se rechazaba la demanda.

Un ejemplo de esta temática lo observamos en la Sentencia n.º 0130-2009 de la sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, que en su parte pertinente establece:

QUINTO: No obstante, es necesario continuar con el análisis de las exigencias de orden formal para la procedencia del silencio administrativo. Se ha manifestado reiteradamente que, en todo caso y sin excepción de ninguna índole, cuando la Administración no atiende las peticiones de los administrados oportunamente, esto es, dentro del tiempo previsto en la Ley, se genera un acto administrativo presunto, admitiendo o aceptando lo solicitado. Sin embargo, si el administrado pretende que se lo ejecute, como en el caso que se ha puesto a consideración de esta Sala, es requisito formal indispensable que conste en el proceso el certificado al que se refiere el artículo 28 de la Ley de Modernización o la constancia de que se haya requerido en sede administrativa y, en su caso judicial, el certificado acerca del vencimiento del plazo que tenía la autoridad para resolver lo solicitado (Corte Nacional de Justicia Sentencia n.º 0130-2009).

Es interesante revisar que la solicitud de la certificación también es propia de otras legislaciones, y que no ha sido excenta de problema como lo vemos en el caso español, como señala Ramón Parada:

En cuanto a la fundamental cuestión de cómo el solicitante de un derecho puede acreditar la existencia de un acto presunto, la norma permite, en primer lugar, que se utilice cualquier medio de prueba admitido en Derecho (normalmente las copias selladas de las instancias y demás escritos dirigidos a la administración), también puede solicitar el certificado acreditativo del silencio producido que pudiera solicitarse del órgano competente para resolver. Solicitado el certificado, éste deberá admitirse en el plazo máximo de quince días, pero si la Administración no lo emite, como antes advertíamos, el particular está de nuevo en indefenso

pues no tiene otra solución, frente a la desestimación por silencio que incurrir ante la Jurisdicción contencioso Administrativa para que se condene a la Administración a dar el certificado. ¡Una hipótesis kafkiana! (Ramón Parada 2005, 119).

Si comparamos lo que sucede en el caso español con la Ley ecuatoriana del momento, encontramos que hay grandes diferencias, como por ej., el hecho de que se permitan todos los medios probatorios válidos en

Derecho para comprobar la existencia del silencio. En cuanto a la certificación requerida, podemos acotar que, en la legislación española, el particular puede accionar ante la jurisdicción contencioso-administrativa para obligar a la administración a que entregue el acto, mientras que, en nuestro país, como se desprende de la sentencia citada, dicha certificación era un requisito esencial para poder ejecutar el acto presunto; razón por la cual el administrado, cuando ésta no era entregada, quedaba en indefensión.

SOLUCIONES PRÁCTICAS PARA SU EJECUCIÓN

A falta de norma que resuelva este problema, en la práctica se dieron dos soluciones. La primera consistió en suplir la entrega de la certificación por parte de las administraciones públicas, por una constatación notarial en la cual se establece que, efectivamente, no existió respuesta alguna a la petición o reclamo formulado por el administrado en el tiempo establecido en la Ley, de forma que, así, se daba origen al silencio administrativo positivo. De esta manera se acudía a la

jurisdicción contencioso administrativa con el acta de la diligencia notarial, como una prueba irrefutable de que no había existido respuesta alguna por parte de la autoridad pública. La segunda, algo menos ortodoxa pero que fue aceptada en algunos casos en los tribunales, fue demandar únicamente con la constancia de haber solicitado la certificación, y alegar que nunca existió respuesta. Sin lugar a dudas, el primer recurso era mucho más solvente.

PROBLEMAS CON EL COGEP: CONOCIMIENTO O EJECUCIÓN

Todo el desarrollo jurisprudencial a favor de los administrados que se generó a partir de la Ley de Modernización del Estado sufrió un grave retroceso cuando se expidió el Código Orgánico General de Procesos en el año 2015. En efecto, de manera inconcebible y, en un error sin precedentes que afectaba a la seguridad jurídica de los ciudadanos, se dispuso que el trámite de silencio administrativo positivo en sede jurisdiccional se lleve a cabo en un proceso sumario, es decir en un proceso de conocimiento, en lugar de uno de ejecución. Resultaba inaceptable que un acto administrativo presunto, que establece derechos subjetivos a favor de un particular y que, como ya explicamos, goza de los requisitos de validez de un acto expreso, así como de las presunciones de legitimidad y ejecutoriedad, deba volver a probar dicha validez en un juicio de conocimiento, en lugar de proceder a su inmediata ejecución, donde lo único que entra en análisis para el juzgador son las causales de nulidad.

Una vez más, para ejemplificar este tema, debemos citar la sentencia publicada en el RO 287 de 3 1-111- 98 dentro del caso Agip vs. Petrocomercial, de la Sala de lo Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, en la que se consideró que:

El derecho que se establece por el silencio administrativo positivo es un derecho autónomo, y al que ni siquiera le afecta la contestación negativa del organismo cuando tal contestación es emitida con posterioridad al término que la ley establece para la oportuna contestación (...) por lo cual, la acción que se endereza ante el órgano jurisdiccional no está dirigida a que se declare el derecho, que, como ya señalamos se encuentra firme, sino a que dicho órgano disponga la ejecución inmediata, de tal forma que una acción de esta clase no da origen a un proceso de conocimiento sino a uno de ejecución (...) Precisamente por ello, el efecto del silencio

administrativo, no es una presunción de hecho sino de derecho que da origen a un accionar procesal autónomo (Registro Oficial 287, de 31-11- 98).

Este fallo es uno de los tantos que trata al silencio administrativo como un proceso de conocimiento, de suerte que, al considerarlo así en el de Código Orgá-

nico General de Procesos, se desnaturalizó al silencio administrativo, cuyo objetivo es justamente garantizar el derecho de petición del administrado frente a la inacción de un determinado órgano administrativo. El proceso sumario no garantiza ese derecho, puesto que el ciudadano debería acudir a dos audiencias a probar la existencia de un acto que se presume legítimo.

EL COA: LA SOLUCIÓN

Con la entrada en vigencia del Código Orgánico Administrativo (COA) existe un cambio favorable y sustancial tanto en la aplicación como en la ejecución del silencio administrativo positivo. A diferencia del mandato establecido en la Ley de Modernización, el artículo 207 amplía de 15 a 30 días el término que tiene la administración para atender la petición del administrado, y deja clara constancia de que, con miras a que opere el silencio administrativo y el nacimiento de un acto administrativo presunto, este no debe incurrir en las causales de nulidad previstas en el artículo 105 del propio Código, las cuales son que: 1. Sea contrario a la Constitución y a la ley. 2. Viole los fines para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide. 3. Se dictó sin competencia por razón de la materia, territorio o tiempo. 4. Se dictó fuera del tiempo para ejercer la competencia, siempre que el acto sea gravoso para el interesado. 5. Determine actuaciones imposibles. 6. Resulte contrario al acto administrativo presunto cuando se haya producido el silencio administrativo positivo, de conformidad con este Código. 7. Se origine en hechos que constituyan infracción penal declarada en sentencia judicial ejecutoriada. 8. Se origine de modo principal en un acto de simple administración.

Como podemos ver, el Código Orgánico Administrativo pasa a regular los vacíos importantes que existían en la anterior Ley de Modernización respecto al contenido y a la validez de los actos administrativos presuntos. De igual forma, el Código Orgánico Administrativo resuelve y corrige el error contenido en el Código General de Procesos, al mencionar que “el acto administrativo presunto que resulte del silencio será considerado como título de ejecución en vía judicial”.

También se deja de lado el inconveniente de la certificación que el administrado debía solicitar a la

administración y reemplaza esta por una declaración jurada del propio administrado, de que no ha recibido la respuesta en el término previsto en la Ley. Otro avance constituye lo dispuesto en los artículos 207 y 208, respecto a cómo debe operar el silencio administrativo positivo cuando existe falta de resolución en los procedimientos iniciados de oficio por la administración o por el administrado.

Finalmente, el COA reforma y cambia, para bien, el grave inconveniente que fue durante muchos años la ejecución de los actos administrativos presuntos; la cual, como analizamos, empeoró con el COGEP. En su Disposición Reformativa Quinta a este cuerpo jurídico, agrega un artículo después del artículo 370 que establece:

Artículo 370 A.- Ejecución por silencio administrativo.

Si se trata de la ejecución de un acto administrativo presunto, la o el juzgador convocará a una audiencia en la que oír a las partes. Corresponde a la o al accionante demostrar que se ha producido el vencimiento del término legal para que la administración resuelva su petición, mediante una declaración bajo juramento en la solicitud de ejecución de no haber sido notificado con resolución expresa dentro del término legal, además acompañará el original de la petición en la que aparezca la fe de recepción (COA, Art 370, A, 2017).

Con esta reforma, se deja de lado el sinsentido que presentaba el proceso de conocimiento anterior y, por fin, después de tantos años, nuestro país cuenta con una norma que garantice la efectiva ejecución de un acto administrativo presunto, de manera que se precautela, así, el derecho de petición consagrado en la Constitución de la República.

CONCLUSIONES

1. Para garantizar el derecho de petición de los particulares es fundamental contar con mecanismos cuya eficacia práctica pueda ser comprobable. Hemos visto que, al principio, en nuestro país estuvo vigente el silencio administrativo negativo y, durante muchos años, se evidenció que las administraciones públicas utilizaban este recurso para no dar paso a las peticiones de los administrados y simplemente no responder; de modo que solo quedaba, como única posibilidad, la de recurrir el acto en vía jurisdiccional. Por tal razón, fue una decisión correcta, en el año 1994, migrar al silencio administrativo positivo.
2. Con la implementación del silencio administrativo positivo existieron esperanzas de que las administraciones públicas fueran más ágiles y expeditas en contestar las peticiones ciudadanas. No obstante, debido en un principio a la imposibilidad de ejecutar en la práctica el acto administrativo presunto que concedía una determinada solicitud, lo que realmente sucedió fue que el sistema empeoró, a tal punto que muchos abogados llegaron a extrañar el silencio negativo.
3. Ante la imposibilidad de conseguir la certificación por parte del órgano administrativo de que había operado el silencio, empezaron a surgir procedimientos alternativos que no constaban en la ley, y que fueron los que permitieron al administrado hacer valer sus derechos. La constatación notarial fue sin duda fundamental para el efecto.
4. El trabajo jurisprudencial fue trascendental para el desarrollo del silencio administrativo positivo en el Ecuador. Mediante fallos judiciales, se estableció poco a poco un procedimiento para la ejecución de los actos presuntos, la definición de los actos regulares e irregulares, así como también acerca de cuándo considerar el proceso de ejecución o conocimiento.
5. Cuando ya estaba todo regulado por el desarrollo jurisprudencial, llegó el Código General de Procesos con un retroceso impresionante. La incorporación de que en vía jurisdiccional se trate el silencio administrativo positivo como proceso sumario nunca tuvo sentido. Este logro fue fruto, en parte, del desconocimiento de la mayoría de legisladores y, sobretodo, de una norma que estaba orientada a proteger los intereses del Estado en desmedro de los ciudadanos.
6. Sobre el Código Orgánico Administrativo podemos argumentar que regula la institución del silencio administrativo positivo de una manera bastante favorable al administrado, sin perjudicar a las administraciones públicas, puesto que el tiempo para que opere el silencio es mayor ahora. Pero, a diferencia del anterior marco legal, los particulares contamos con un procedimiento expedito y claro para ejecutar un acto presunto, y sabemos qué requisitos debe cumplir para que tenga el carácter de regular y tenga efectos jurídicos. Esta norma tampoco inventa nada nuevo, pues recoge en gran parte los precedentes jurisprudenciales que sirvieron durante muchos años para hacer efectivo el derecho de petición de los ciudadanos.
7. Esta ha sido la evolución del silencio administrativo en el Ecuador. Ahora contamos con una norma garantista del derecho de petición, que es coherente con la Constitución de la República. Nos quedará por observar, a futuro, cuál es su real eficacia en la práctica y su respectiva aplicación, tanto en el ámbito administrativo como en el jurisdiccional.

BIBLIOGRAFÍA

García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás R. 1989. *Curso de Derecho Administrativo*. Vol. I. Madrid: Ed. Civitas.

Parada, Ramón. 2005. *Derecho Administrativo I, Parte General*. Madrid: Marcial Pons.

Santofimio, Jaime. 1994. *Acto Administrativo Procedimiento, eficacia y validez*. Colombia: Univ. Externado de Colombia.

Trayter, Juan Manuel. 2013. *Derecho Administrativo Parte General*. Barcelona: Atelier Libros Jurídicos.

Legislación

CRE ver en Constitución del Ecuador, 2008

COA ver en Código Orgánico Administrativo, (Ecuador: Registro Oficial Suplemento, de 31-Jul.-2017)

LME ver en Ley de Modernización del Estado (Ecuador: Registro Oficial 349, de 31-dic.-1993)

LOT ver en Ley Orgánica de Telecomunicaciones (Registro Oficial No. 439, de 18-feb.-2015)

Jurisprudencia

Corte Nacional de Justicia Sentencia n.º 0130-2009 Registro Oficial 287 de 31-11- 98

EL ERROR INEXCUSABLE, CAUSAL DE DESTITUCIÓN DE JUECES

THE INEXCUSABLE ERROR, CAUSE OF DISMISSAL OF JUDGES

O ERRO INEXCUSÁVEL, COMO CAUSA DE DESTITUIÇÃO DE JUÍZES

*José Suing**

Recibido: 13/03/2018
Aprobado: 10/06/2018

Resumen

El “error inexcusable” es una conducta tipificada como falta gravísima en el Código Orgánico de la Función Judicial del Ecuador, COFJ, que sanciona con la destitución a quien incurre en ella, conducta que no corresponde a faltas disciplinarias comunes y corrientes, sino que involucra decisiones judiciales expresadas en autos o sentencias emitidas por jueces de derecho en ejercicio de su función jurisdiccional, de conformidad con el mandato constitucional.

La figura, sobre la que no dice nada más la norma legal que la contempla (artículo 109.7 del COFJ), fue utilizada indiscriminadamente por el Consejo de la Judicatura, tanto por el transitorio, que operó por 18 meses luego de la consulta popular de mayo de 2011, como por el designado con el mecanismo implementado a partir de esa fecha y que entró en funciones en el 2013. Este fue recientemente cesado por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, CPCCS-T, por haber desconocido, en la aplicación del error inexcusable, esa otra exigencia prevista también en la ley, que es su declaratoria por un juez de derecho, conforme lo prevé el artículo 131.3 del COFJ.

La doctrina, el derecho comparado y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, CIDH, han establecido qué se debe entender por error inexcusable: un desconocimiento grosero, una aplicación arbitraria de la ley que produzca un efecto irreparable. Esta definición no fue suficiente para que el Consejo de la Judicatura dejara de aplicarlo en la destitución de jueces y fiscales que, a fin de cuentas, resultaban incómodos o no respondían a los intereses del gobierno, de manera que se violentó flagrantemente la autonomía e independencia del juzgador.

Palabras clave: Función Judicial; Consejo de la Judicatura; Jueces; Independencia judicial

Summary

The “inexcusable error” is a conduct typified as very serious fault in the Organic Code of the Judicial Function of Ecuador, COFJ, which punishes with the dismissal of whoever incurs in it, conduct that does not correspond to common and current disciplinary offenses, but involves judicial decisions expressed in orders or judgments issued by judges in the exercise of their jurisdictional function, in accordance with the constitutional mandate.

The figure, which the legal norm that contemplates it does not say anything more (article 109.7 COFJ), was used indiscriminately by the Board of the Judicature, as much by the transitory one, which operated for 18 months after the popular consultation of May of 2011, as per the designated with the mechanism implemented as of that date and which became operational in 2013. This Board was recently ceased by the Council for Citizen Participation and Social Control, CPCCS-T, for having unknown, in the application of the inexcusable error, that other requirement also provided for in the law, which is its declaration by a judge, as provided in article 131.3 COFJ.

The doctrine, the comparative law and the jurisprudence of the Inter-American Court of Human Rights, IACHR, have established what should be understood by inexcusable error: a gross ignorance, an arbitrary application of the law that produces an irreparable effect. However, this definition was not sufficient for the Board of the Judicature to stop applying it in the dismissal of judges and prosecutors who, after all, were uncomfortable or did not respond to the interests of the government, so that autonomy and independence of the judge were flagrantly violated. This subject is addressed in this essay.

Key words: Judicial Function; Board of the Judicature; Judges; Judicial independence

* Abogado de los Tribunales de la República y Doctor en Jurisprudencia, Especialista en Legislación Tributaria, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Quito, Magíster en Economía con mención en Descentralización y Desarrollo Local, Universidad de las Américas, Quito, Diplomado en Derecho Administrativo, Universidad de Salamanca, Candidato doctoral en Derecho, Universidad Andina Simón Bolívar. Profesor a tiempo completo de la Escuela de Derecho, UdlA-Ecuador. Presidente del Instituto de Estudios de Derecho administrativo y social IDEAS.

Resumo

O “erro inexcusável” é uma conduta tipificada como falta gravíssima no Código Orgânico da Função Judicial do Equador, COFJ, que sanciona com a destituição a quem incorre nesta conduta que não corresponde a faltas disciplinares comuns, mas que envolvem decisões judiciais expressas nos autos ou sentenças emitidas por juízes de direito no exercício de sua função, conforme o mandato constitucional. A figura, sobre a qual não diz nada mais a norma legal que a contempla (artigo 109.7 do COFJ), foi utilizada indistintamente pelo Conselho de Juízes, tanto pelo transitório, que operou por 18 meses depois da consulta popular de maio de 2011, como pelo designado com o mecanismo implementado a partir desta data e que inaugurou suas funções em 2013. Este foi recentemente finalizado pelo conselho de participação cidadã e de controle social, CPCCS–T, por haver desconhecido, a aplicação do erro inexcusável,

essa outra exigência prevista também na lei que é sua declaração por um juiz de direito, conforme prevê o artigo 131.3 do COFJ. A doutrina, o direito comparado e a jurisprudência da Corte Interamericana de Direitos Humanos, Corte IDH, estabeleceram o que deve se entender por erro inexcusável: um desconhecimento grosso, uma aplicação arbitrária da lei que produza um efeito irreparável. Esta definição não foi suficiente para que o Conselho de Juízes desejasse aplicar na destituição de juízes e promotores de justiça que, no fim das contas, resultavam inconvenientes ou não respondiam aos interesses do governo, de maneira que se violentou flagrantemente a autonomia e independência do julgado. Este tema se aborda no presente ensaio.

Palavras chave: Funcao Judicial; Conselho de Juízes; Juízes; Independência judicial

INTRODUCCIÓN¹

La denuncia presentada en 2013 por parte del Director General del Servicio de Rentas Internas, SRI, en contra de dos jueces nacionales², fue atendida con una celeridad digna de mejor causa, primero con la suspensión en el cargo, luego con el sumario y, finalmente, con la resolución de destitución adoptada en forma unánime por el Pleno del Consejo de la Judicatura. De esta forma se violentó el Derecho, en flagrante vulneración de prescripciones expresas como la prevista en el artículo 115 del Código Orgánico de la Función Judicial, COFJ, que establece que “No se admitirá a trámite la queja o denuncia si los hechos materia de ella no constituyeren infracción disciplinaria... Así mismo, *no se admitirá a trámite la queja o denuncia si en ella se impugnare criterios de interpretación de normas jurídicas...*”; y, en una decisión judicial, lo que existen precisamente son criterios de interpretación de normas jurídicas.

La sentencia objeto de la denuncia presentada motivó la exclusión de dos Jueces de la Corte Nacional de Justicia, el más alto Tribunal de justicia ordinaria del país, jamás produjo ningún perjuicio. En efecto, fue invalidada por la Corte Constitucional, vía acción extraordinaria de protección, por una supuesta “falta de motivación”, porque habría vulnerado derechos del Estado como el de tutela judicial efectiva y la seguridad jurídica. Solo ahora se sabe también que, pese a que los jueces de la CNJ a quienes les correspondió fallar nuevamente sobre el tema le dieron la razón al Estado, la empresa no ha pagado un centavo de los valores que estaban en discusión. Así pues, ¿Quién realmente perjudicó al Estado?, ¿los jueces que fallaron en derecho o el funcionario que, prevalido del poder circunstancial que ostentaba y sobredimensionando resultados, abusó del derecho para imputar a los jueces supuestas conductas reprochables, como el error inexcusable?,

1 CPCCS = Consejo de Participación Ciudadana y Control Social
 CNJ = Corte Nacional de Justicia
 SRI = Servicio de Rentas Internas
 COFJ = Código Orgánico de la Función Judicial
 Art = Artículo
 Num.= Numeral
 L= Literal

2 Siendo yo uno de los jueces destituidos, acusado de, supuestamente, haber perjudicado al erario nacional en más de 250 millones de dólares (cifra magnificada y difundida públicamente en rueda de prensa), fruto de una sentencia en la que se declaró sin lugar una glosa establecida por el SRI, por un valor de cerca de 7 millones de dólares.

¿o más bien los integrantes del órgano administrativo de la Función Judicial, el Consejo de la Judicatura, escudados en argumentos también forzados y ajustados a las circunstancias, ya que sin detenerse a analizar en derecho antes de decidir, simplemente aplicaron la figura que resultaba políticamente correcta en ese entonces?

El actual Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio, nació de la voluntad mayoritaria de los ciudadanos expresada en las urnas en la consulta y referéndum de 4-II-2018. Este ha determinado con claridad que "...casos en los que no solamente se denota la abrogación de funciones por parte del Consejo de la Judicatura –pues ninguno tiene declaración judicial previa de error inexcusable–;

sino que también denota la intención del Consejo de la Judicatura de interferir en la función judicial para beneficiar a instituciones de la Administración Pública.”(CPCCS, N.º 298 de la Resolución PLE–CPCCS–T–O–037–04–06–2018, p, 86) y también que "...Respecto de la facultad sancionadora, el Pleno (del Consejo de Participación Transitorio) rechaza completamente que el Pleno del Consejo de la Judicatura haya tenido competencia para declarar la existencia del error inexcusable en las sentencias judiciales y destituir a los jueces...". (CPCCS, Conclusión 428 de la Resolución PLE–CPCCS–T–O–037–04–06–2018, pág. 122. Sobre la base de estos antecedentes es pertinente y oportuno volver sobre el tema del error inexcusable; pues las ideas que se esbozaron el año de la destitución, el 2013, no han perdido valor.

REGIMEN DISCIPLINARIO DE JUECES

El régimen disciplinario del servidor público en general forma parte del derecho administrativo sancionador, que está justificado para dar eficacia social a las normas jurídicas (Velásquez Díaz 2018,125) o de los jueces, y del derecho disciplinario judicial (España). Este es definido por Vacas García–Alós como:

El conjunto de normas destinadas a tipificar infracciones disciplinarias de Jueces y Magistrados, así como determinar el procedimiento oportuno para su imposición, en su caso, de las correspondientes sanciones. Constituye una respuesta del ordenamiento jurídico contra actuaciones supuestamente contrarias a valores y principios de ética judicial. Así configurado, el régimen disciplinario judicial representa el ejercicio de la potestad sancionadora en el ámbito de la deontología profesional de Jueces y magistrados (Milton Velásquez Díaz 2018, 139).

En el Ecuador, el ejercicio del régimen disciplinario debe ser cumplido por todos los servidores judiciales

(entre ellos, jueces y juezas de todos los niveles, incluidos los de la Corte Nacional de Justicia); además, está atribuido al Consejo de la Judicatura. Este organismo se incorporó a la institucionalidad de la Función Judicial, a partir de la Reforma Constitucional de 1992, a pedido de la propia Corte Suprema de Justicia, en sus inicios como órgano administrativo y de gobierno de la Función (Consejo Nacional de la Judicatura fue su primera denominación, presidido por el Presidente de la Corte Suprema de Justicia). Ahora está definido como órgano de gobierno, administración, vigilancia y disciplina de la Función Judicial, en los términos previstos en la Constitución. (CRE, Art.,178, I., 2) partir de la consulta popular de mayo de 2011, y una vez cumplidos los 18 meses del Consejo de Transición, está integrado por cinco delegados, elegidos de ternas enviadas por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, el Fiscal General del Estado, el Defensor Público, la Función Ejecutiva y la Asamblea Nacional. La facultad disciplinaria es ejercida por el Consejo de la Judicatura en base a las regulaciones del Código Orgánico de la Función Judicial³, artículos 102 al 119, y en base

³ El Código Orgánico de la Función Judicial fue publicado en el suplemento al Registro Oficial N.º 544 de 9 de marzo de 2009; no obstante, todas sus disposiciones tuvieron plena vigencia a partir de la posesión de los nuevos jueces/zas de la Corte Nacional de Justicia, el 26-I-2012, en base a la disposición transitoria 2.ª, inciso 3.º del propio COFJ. Ha tenido dos modificaciones importantes, la de la consulta popular de mayo de 2011, relativa a la integración del Consejo de la Judicatura, y la de la ley reformativa al mismo código, publicada en el suplemento al Registro Oficial N.º 38, de 17-jul-2013, que modifica el número de salas especializadas de la Corte Nacional de justicia (se reducen de 8 a 6), elimina la obligatoriedad de jueces/zas a integrar dos o más salas y mantiene los tribunales distritales de lo contencioso administrativo y de lo contencioso tributario, entre los asuntos más destacados de la reforma.

a las del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura⁴ que esencialmente establece el procedimiento administrativo a seguir, en observancia del principio constitucional del debido proceso.

El modelo del régimen, disciplinario⁵ es el sistema que está vigente y al que están sometidos quienes ejercen el papel del juez; por consiguiente, es de observancia obligatoria, pese a los inconvenientes y cuestionamientos que, de hecho, produce su aplicación.⁶ Las decisiones que el Consejo de la Judicatura adopte en ejercicio de

la facultad disciplinaria son impugnables ante los tribunales distritales de lo contencioso administrativo, en aplicación del artículo 173 de la Constitución y 217.7 del COFJ, que garantiza la impugnabilidad de todos los actos de autoridad pública y del Consejo de la Judicatura en particular. De las decisiones de los tribunales distritales se podrá interponer el recurso de casación; y, de la decisión de la Sala Especializada de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia, una acción extraordinaria de protección ante la Corte Constitucional, siempre que la sentencia de casación vulnere derechos consagrados en la Constitución.

EL ERROR INEXCUSABLE

De las conductas que describe el COFJ como faltas disciplinarias en las que pueden estar incurso los jueces, al menos una no corresponde a la naturaleza de las faltas disciplinarias. Se trata de la *error inexcusable*, que consta catalogado como infracción gravísima⁷ por la que se puede imponer la sanción de destitución a un servidor o servidora de la Función Judicial (COFJ, Art., 109, Num., 7) junto con otras causas como el dolo o la manifiesta negligencia que están previstas en el mismo numeral, y quince causas adicionales contempladas en otros numerales del mismo artículo.

Esta conducta ha sido descrita en una frase que bien puede pasar como aquellos *conceptos jurídicos indeterminados*⁸ que reconoce la doctrina en el derecho administrativo. No obstante, ha sido utilizada por el

Consejo de la Judicatura (tanto el de Transición como el que le sustituyó en funciones), en muchas ocasiones, para destituir a quienes ejercen como juez, luego del “trámite” del sumario respectivo, que se preocupa únicamente de observar formalidades como la citación y la apertura del término de prueba. Es más, aunque la norma disciplinaria prevé esta conducta para servidores judiciales en general, por sus características, pues conlleva implícitamente la revisión de decisiones judiciales, ha sido aplicada, con exclusividad, para juzgar la conducta de cualquier juzgador.

Dada la pródiga utilización de tal causa de infracción, importa comentar su contenido y alcance, como un medio idóneo para contribuir a generar certezas en las partes involucradas: autoridades administrativas

4 Es discutible que se trate de una potestad, como se expresa en la denominación del referido reglamento. La razón es que puede ser catalogada como una competencia, por su ámbito de acción general, o como una atribución, en tanto función específica del órgano de administración y gobierno de la Función Judicial; pues, como consecuencia del ejercicio del régimen disciplinario, se ejerce la potestad sancionadora que está expresamente reconocida por norma constitucional. No olvidemos que las potestades públicas son: reglamentaria, sancionadora y ejecutiva.

5 El modelo del régimen disciplinario conlleva algunas contradicciones en su aplicación, sobre todo con los jueces/zas de la Corte Nacional de Justicia, el más alto tribunal de justicia ordinaria. Por ej., el delegado del Presidente de la Corte, –en el entendido que así sea lo que señala la norma, pues de lo contrario, sería el delegado de la Corte Nacional de Justicia, es decir, de todos sus integrantes– que es quien preside el Consejo de la Judicatura, en un momento determinado podría ser el responsable de ejercer el régimen disciplinario en contra del delegante. Así sucedió, en la práctica, con la designación de los delegados de la Función Judicial para integrar el primer Consejo, luego de la consulta de 2011, con una interpretación extensiva de la norma constitucional que menciona que los delegados, principales y suplentes “...serán elegidos mediante ternas enviadas por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia, cuyo representante lo presidirá...” (Art. 179 de la Constitución). Nótese que la norma no señala que el delegado será “elegido” sino “enviado” por el Presidente de la Corte Nacional de Justicia; y la interpretación extensiva del alcance de la norma fue realizada por el Presidente de la Corte, quien eligió y envió la terna para la designación del Consejo de la Judicatura.

6 El Consejo de la Judicatura de Transición se ufano en señalar el número de destituciones, que resolvió en un espacio de tiempo relativamente corto; y la causa más recurrida fue el error inexcusable. En nota de prensa del Diario El Comercio, de 15-X-2013, preparada por Estefanía Celi, se señala que, entre el 7 de febrero y el 28 de agosto de ese año, el nuevo Consejo de la Judicatura destituyó 101 jueces, a nivel nacional, de los cuales, 96 lo fueron por la figura del error inexcusable (pág. web: www.elcomercio.com, visitada el 16-X-2013).

7 Las otras dos clases de infracciones son: leves, sancionadas con amonestación escrita o sanción pecuniaria (artículo 107 del COFJ); y, graves, sancionadas con suspensión (artículo 108 del COFJ).

8 Cassagne la describe como parte de la teoría alemana, calificada como arbitrio extraordinario que se configura cuando la norma adopta fórmulas elásticas, (v.gr. utilidad pública, salud pública, etc.), que presenta una estructura compleja, la cual, sin embargo y como regla general, no admite más que una solución justa (aunque en su halo conceptual pueda darse la posibilidad de elegir entre varias soluciones justas). (Juan Carlos Cassagne 2016, 185.)

disciplinarias y servidores judiciales, entre los que cuenta toda autoridad judicial; pues, en la práctica, su aplicación ha tenido más de una interpretación por el propio Consejo de la Judicatura. La frase incluye dos palabras, *error*, que puede ser de hecho o de derecho.

Para juzgar a quien actúa como juez, el error debe ser de derecho, y se descarta el de hecho; que cabría para otros servidores judiciales, pues son decisiones judiciales las que se cuestionan. *Error de derecho*, en derecho administrativo es entendido como "... la violación directa de la norma jurídica en razón de una indebida interpretación o su desconocimiento absoluto, actuándose, como si la misma no existiera en el derecho..." (Arias García, 2013, 97); y la otra palabra, *inexcusable*, es decir, absurdo, ilógico, imperdonable. La frase completa supone que la decisión judicial incurre en error de derecho (vulneración de norma jurídica) mediante una aplicación que resulta ilógica, absurda, imperdonable. Esa es la dimensión del error inexcusable.

Jaime Veintimilla y Gabriela Villacís, en el estudio "*Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada. Los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú*", de la Due Process of Law Foundation, en relación a Ecuador, sobre el tema, hacen un recuento de los criterios utilizados por el Consejo de la Judicatura, en contra de jueces de garantías penales, por no aplicar la prisión preventiva, cuando expresan:

"En este sentido, si se procede al estudio de lo que significa *error inexcusable*, que ha sido la causal predominante invocada contra los jueces que no ordenan la prisión preventiva o deciden sustitutivas, se puede advertir que el Consejo de la Judicatura ha argumentado, entre otros, los siguientes conceptos denominados reglas y que son aplicados gracias a las llamadas resoluciones ratificadoras: 1) *Inobservancia de norma adjetiva expresa*: la jueza o juez incurre en un error inexcusable cuando existe una norma procesal que le obliga a realizar actos procesales y ésta no es acatada. 2) *Las decisiones adoptadas en contra de norma jurídica expresa*, legítima, pertinente o en base a interpretaciones irrazonables constituye un error inexcusable. 3) *Doble pronunciamiento*: la autoridad que se pronunciaré más de una vez sobre el asunto de fondo de la causa incurre en error inexcusable" (Los resaltados son nuestros) (Veintimilla y Villacís 2013, 137).

Los tres conceptos, a su vez, abren las siguientes opciones de entendimiento a) En el caso de inobservancia de norma adjetiva, supone que el yerro está materializado en la inobservancia de una norma procesal, por ej., inadmitir la petición de audiencia de estrados formulada dentro del término legal, sin fundamentación alguna, daría lugar al error inexcusable. b) Las decisiones en contra de norma jurídica expresa, cuando por ej., aplica la caducidad de la facultad determinadora en seis años, por haber ocultación de rubros en la declaración y el juzgador determina que opera en tres años (COFJ, Artículo 94, 2007). Aquí, al inobservar una norma expresa se habría incurrido en error inexcusable; aunque en la misma situación podría estar el juzgador cuando por ejemplo, adopta una decisión inmotivada, de modo que incumpliría una norma constitucional (CRE, Art., 76. Num.7, l., 2008) pero que, en el Código Orgánico de la Función Judicial, se lo cataloga como falta grave, motivo de suspensión, y no de destitución. c) El caso de doble pronunciamiento se daría cuando el juzgador se pronuncia dos veces sobre el mismo tema, como por ej., en una sentencia se decide sobre intereses y, vía el recurso horizontal de aclaración, se vuelve a decidir sobre los mismos intereses. No obstante, no basta con identificar el yerro en la norma procesal o de derecho o el caso de doble pronunciamiento, pues, todo juzgador estaría inclinado a proceder así, por más cuidado que tenga en sus actuaciones. Para que se configure el *error inexcusable* como infracción sujeta al ejercicio de la potestad sancionatoria por parte del Consejo de la Judicatura, es indispensables tener en cuenta las consecuencias que se derivarían para las partes de la aplicación errónea de la norma. Así, para el caso del error en la norma procesal, cabría aducir error inexcusable si, como consecuencia de tal falencia, las partes pierden la oportunidad de que el juzgador conozca y se pronuncie sobre el fondo del asunto, sin que exista medio de reparación. Para el yerro en la norma de derecho, es menester que se ocasione perjuicio irreparable a las partes, de modo que, una vez ejecutoriada la decisión, tampoco exista medio de reparación; y, para el caso de doble pronunciamiento, puede concluirse de la actuación procesal que, en efecto, se incurre en contradicción en la doble decisión, en el entendido de que en la primera dice "A" y en la segunda, sobre el mismo tema, dice "B"; siempre y cuando no exista medio de remediar el error en el que incurre el juzgador.

El tema no queda allí; pues, cuando se trata de decisiones judiciales, los únicos mecanismos de revisión son

los contemplados en el ordenamiento jurídico, que no pueden ser otros sino los que realice un órgano jurisdiccional, en ejercicio de la función judicial. Así, de las decisiones de los juzgadores de primera instancia, la posibilidad de establecer error inexcusable le corresponde al juez de apelación; de las decisiones del juez de apelación, al juez de casación; y, de las decisiones de los jueces de casación, a la Corte Constitucional, cuando el proceso ha pasado a su conocimiento a través del mecanismo de la acción extraordinaria de protección, en los términos contemplados en la Constitución y en la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; es decir, cuando la acción extraordinaria sea pertinente porque el fallo cuestionado violenta derechos consagrados en la Constitución.

No corresponde al órgano administrativo que ejerce la facultad disciplinaria *revisar* y menos aún *calificar* decisiones judiciales, por más que alegue apego al debido proceso durante la sustanciación del sumario; ya que hacerlo equivaldría a una revisión de las decisiones judiciales por parte de un órgano sin jurisdicción ni competencia, y este proceder está reñido con el principio de independencia interna y externa de quienes ejercen como jueces, expresamente previsto por la Constitución. Es más, la actuación del órgano administrativo cuando declara la existencia de error inexcusable de los juzgadores en sus decisiones judiciales es contraria al mandato contenido en el artículo 131.3 del COFJ. En efecto, este, al referirse a las facultades correctivas de los Jueces, establece la de:

“3. Declarar en la sentencias y providencias respectivas, la incorrección en la tramitación o el error inexcusable de servidoras y servidores judiciales, y, comunicar al Consejo de la Judicatura, a fin de que dicho órgano sustancie el procedimiento administrativo para la imposición de sanciones” (COFJ, Art., 131., Num.3, 2009).

En esta línea, ilustran los requisitos que sistematiza Francisco Oliva Blázquez, extraídos del análisis pormenorizado y extenso de la jurisprudencia española, como sentencias del Tribunal Supremo:

1. “La negligencia o ignorancia debe derivarse de una actuación claramente dolosa o culpable del Juez o Magistrado, lo que se dará cuando se haya procedido con infracción manifiesta de

una ley sustantiva o procesal, o faltando a algún trámite o solemnidad, mandando observar bajo pena de nulidad” (STS de 23-IX-1994), (Blázquez 2010, 15)

2. La negligencia o ignorancia ha de ser manifiesta para que sea cohonorable con la “voluntad negligente o la ignorancia inexcusable”; pues, de otra suerte, solo podría conceptuarse como simple “error judicial” (STS de 20-I-1972, 23-XII-1988, 23-IX-1994 y 9-II-1999) (Ibidem).
3. Debe haberse producido la infracción de una norma de las denominadas rígidas (imperativas) o “no flexibles”. Así pues, para considerar que se ha infringido un precepto, ha de establecerse en él una concreta y determinada forma de actuar –rigidez–; pero, cuando su fijación ha de acomodarse a las circunstancias subjetivas y objetivas del procedimiento ponderadas por el Juez o Magistrado –flexibilidad– el fallo podría constituir, si acaso y todo lo más, un error judicial pero nunca una negligencia inexcusable aparejadora “de actuación culpable o dolosa de quien interpretó la norma” (STS de 23-XII-1988) (Ibidem).
4. A la hora de determinar la existencia del comportamiento culpable deben tenerse en cuenta, según el artículo 1104 de la CC: las diversas circunstancias y condiciones en que se desempeña la función judicial en relación con el sistema jerárquico de recursos, la labor unificadora de la jurisprudencia, el margen de error o desacierto inevitable en una actividad de esta naturaleza (que exige desechar como fundamento de la responsabilidad y la divergencia entre la sentencia a la que se impute el daño, aun cuando esta sea desafortunada. También hay que considerar: el criterio extraído de las opiniones del demandante o de otras resoluciones judiciales o antecedentes doctrinales de otra naturaleza (STS de 13-IX-2000), los remedios reconocidos por el ordenamiento jurídico para enmendar estos desaciertos, la preparación y situación profesional del juez o magistrado y la carga de trabajo a que se encuentra sometido (STS de 20-XII-2006) (Ibidem,16).

5. Además debe existir un perjuicio económico efectivo, evaluable y susceptible de ser individualizado (STS de 20–XII–2006).
6. El daño o perjuicio económico no debe poder ser reparado de otra forma, de forma que las reclamaciones formuladas no puedan prosperar sin el agotamiento de los remedios hábiles para revisar la resolución a la que se imputa el perjuicio (STS de 7–II–2006 y 20–XII–2006) (Ibidem, 16)
7. Finalmente, debe probarse “la existencia de una relación de causalidad directa e inmediata entre la acción u omisión productoras del daño o perjuicio y el resultado” (Ibidem, 16).

Sobre el error inexcusable la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el caso *Apitz Barbera y Otros* (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”) vs. Venezuela, en la sentencia de 5–VIII–2008 se ha sostenido (CORTE INTERAMERICANA) que:

“La Corte resalta que el derecho internacional ha formulado pautas sobre las razones válidas para proceder a la suspensión o remoción de un juez, las cuales pueden ser, entre otras, *mala conducta o incompetencia*. Ahora bien, los jueces no pueden ser destituidos únicamente debido a que su decisión fue revocada mediante una apelación o revisión de un órgano judicial superior. Ello preserva la independencia interna de los jueces, quienes no deben verse compelidos a evitar disentir con el órgano revisor de sus decisiones, el cual, en definitiva, sólo ejerce una función judicial diferenciada y limitada a atender los puntos recursivos de las partes disconformes con el fallo originario” (Ibidem, 24).

Y más adelante, en el mismo fallo la Corte se señala:

“En suma, para el derecho interno y para el derecho internacional por un lado se encuentran los recursos de apelación, casación, revisión, avocación o similares, cuyo fin es controlar la corrección de las decisiones del juez inferior; y por otro, el control disciplinario, que tiene como objeto valorar la conducta, idoneidad y desempeño del juez como funcionario público. Por esta razón, aun cuando existiera una declaración de error judicial inexcusable por parte de un órgano de revisión, debe analizarse la

gravedad de la conducta y la proporcionalidad de la sanción” (Ibidem, 25).

En resumen, el *error inexcusable*, es una conducta que, de estar presente en las decisiones (autos o sentencias) de los actores la judicatura, debe revestir tal gravedad, que sus efectos sean irreparables para las partes afectadas, solo así puede considerarse como antecedente válido para determinar una sanción tan grave como es la destitución de quienes ejercen como jueces. Entonces no se trata de cualquier error, y menos aún en la interpretación del contenido y alcance de una norma de derecho, cualquiera esta sea, adjetiva o sustantiva, rígida o flexible.

En efecto, para enfrentar problemas de este tipo existen los recursos jurisdiccionales respectivos que subrayamos: el error cometido para que sea calificado de inexcusable y sea causa gravísima de sanción, debe ser de tal trascendencia que resten idoneidad (capacidad) y probidad (honestidad) al juzgador, ya que solo así se justifica la intervención del órgano de control disciplinario, sin invadir la esfera jurisdiccional, vedada para, vía ejercicio de control disciplinario, por la garantía de independencia interna, entrar a revisar decisiones judiciales, que no le corresponde. Al respecto, el Tribunal Supremo Español indica que:

“El error judicial no se configura como una nueva instancia, ni como un claudicante recurso de casación, por lo que solo cabe su apreciación cuando el correspondiente Tribunal de Justicia haya actuado abiertamente fuera de los cauces legales, no pudiendo ampararse en el mismo el ataque a conclusiones que no resulten ilógicas e irracionales” (Ibidem, 22)

Ahora bien, igualmente queremos relieves que la falta de idoneidad no puede ser fruto de una sola decisión, sino que se requiere que ella se refleje, de modo reiterado en un periodo de tiempo, o al menos en más de una actuación. Con mayor razón ahora que los jueces son fruto de procesos de selección mediante concursos públicos que miden, entre otros aspectos, su idoneidad para el ejercicio del cargo; dado que, de lo contrario, se entraría a cuestionar la validez de los mecanismos de selección, porque, de otra manera, se cuestionaría la falta de idoneidad del juzgador. Similares razonamientos valen para el caso de probidad o de honestidad, pues la falta de ella debe ser demostrada.

APLICACIÓN EN EL SISTEMA DISCIPLINARIO

Demás está decir que todo proceso disciplinario en contra de quienes ejercen la judicatura debe observar el debido proceso⁹, asunto que le corresponde observar al órgano disciplinario. Mas, en el caso específico del error inexcusable, es menester considerar algunos aspectos. Por ej., es necesario discurrir sobre el mecanismo idóneo para su aplicación. En este sentido vale preguntarse ¿es un órgano de administración y gobierno de la Función Judicial como el Consejo de la Judicatura, el llamado a hacerlo, sin que medie pronunciamiento judicial que lo reconozca? Si bien esa es una de sus atribuciones expresamente reconocidas por la ley al órgano administrativo y de gobierno de la Función Judicial, no obstante, no puede operar de pleno derecho, porque no se analizan conductas disciplinarias del juez expresadas en actos, hechos o acciones, sino en decisiones judiciales.

En consecuencia, para llegar a determinar la existencia del error inexcusable es necesario analizar el contenido de la decisión en la que el juzgador ha incurrido en tal error; de manera que, para respetar y proteger la independencia interna de quienes ejercen como jueces, no puede el órgano administrativo realizar valoraciones de las decisiones judiciales. Así lo sostiene la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, en la reseña que realiza la Corte en el fallo antes referido:

“La Comisión indicó que en el presente caso ocurrió “una diferencia razonable y razonada de interpretaciones jurídicas posibles sobre una figura procesal determinada”, razón por la cual “la destitución por error judicial inexcusable [...] resulta contraria al principio de independencia judicial pues atenta contra la garantía de fallar libremente

en derecho”. En este sentido, “los magistrados no fueron juzgados por su conducta disciplinaria sino por la interpretación jurídica que adoptaron en el fallo” (Blázquez 2010, 23)¹⁰.

La misma Corte lo reitera:

“La Corte considera que en este proceso disciplinario era necesario el análisis del error judicial inexcusable como ilícito disciplinario, lo cual exigía, en primer lugar, una motivación relacionada con la idoneidad de las presuntas víctimas para el ejercicio del cargo.” (Ibidem, 26).

Con las decisiones de los jueces de primera instancia, el mecanismo idóneo para así establecerlo sería que, en su decisión subida en apelación o en casación, el superior, declare la existencia de tal error, pues, es la instancia correspondiente o el superior el que puede, legítimamente, revisar el contenido de la decisión y “calificar” si cabe el término, el contenido de dicha decisión. Con todo, la situación no es clara cuando la acusación de error inexcusable se tenga que emitir contra la decisión de un juez de casación; en cuyo caso, tampoco al órgano disciplinario le corresponde calificar el error, pues tal enjuiciamiento supone una valoración de la decisión judicial cuestionada que no le compete, bajo ninguna circunstancia.

Aquí también será necesario que la decisión de quienes fungen como jueces de la Corte Nacional, sea dejada sin efecto por la Corte Constitucional, garante de la prevalencia y observancia de los derechos constitucionales, como mecanismo válido para que el órgano administrativo juzgue, por esta clase de conducta, a juzgadores de la Corte Nacional de Justicia.

⁹ Bajo este principio se enuncia, entre otros temas, la garantía de ser sometido a procedimientos establecidos legalmente en los que se pueda verificar los derechos a ser escuchado y a ejercer una adecuada defensa por parte del reclamante. Este último incluye: conocer los cargos que se le imputan (cuando ello corresponde), defenderse de estos con los medios más adecuados, actuar pruebas oportuna y debidamente, recibir una respuesta ajustada a la legitimidad de los fundamentos fácticos y jurídicos del procedimiento, con la suficiente y adecuada motivación en Derecho; y, tener la posibilidad de recurrir de la decisión en las vías correspondientes (artículo 76, numeral 7 de la Constitución). Estos mínimos presupuestos, que no son los únicos, constituyen el núcleo esencial del derecho a la defensa; y se ven afectados cuando, en el procedimiento, se comprueba la existencia de vicios que afectan la imparcialidad y legalidad de quien está llamado a proteger precisamente la corrección en las actuaciones administrativas.

¹⁰ El resaltado es nuestro.

A MANERA DE CONCLUSIÓN

Desde nuestra visión del autor, no es dable que la figura del error inexcusable deba desaparecer como causal de remoción de jueces; porque, evidentemente, un juzgador, aunque de manera excepcional, puede incurrir en un yerro de proporciones que justifique su aplicación. Lo que sí se debe es procurar una redacción más prolija de la norma que no admita dudas respecto a cuándo deba aplicarse, y observar, como contempla el COFJ, que se aplique por el órgano disciplinario, solo después que un juez de derecho así lo declare.

De esta manera, el órgano administrativo únicamente se encargará de su aplicación, sin perjudicar ni poner en duda el principio de independencia del juez, ni provocar injerencias indebidas.

Ante la poca claridad de la norma actual tal como está redactada y los evidentes abusos y excesos que ha generado la aplicación de la figura del error inexcusable, cabe es incorporar una definición de qué debe entenderse por tal conducta, mediante una reforma del Código Orgánico de la Función Judicial o, en su defecto, una resolución con el carácter generalmente obligatorio del Pleno de la Corte Nacional de Justicia, ante la falta de claridad de la norma que establece tal conducta. Pero hacerlo vía resolución del órgano ad-

ministrativo de la Función Judicial, vulnera el derecho previsto en el artículo 76. In., 3 de la Constitución, de la preexistencia de norma legal que la establezca, en todo su contenido y alcance.

Mantener la figura como está prevista en la actualidad, solo servirá como mecanismo de presión contra quienes operan como juez, para incidir en sus conductas y decisiones. Además, vulnerará el principio de independencia interna y externa que cobija el actuar judicial, como se deja expuesto, más allá incluso de la “suspensión” de su aplicación declarada por el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social Transitorio, que fue fruto de la evaluación de los integrantes del Consejo de la Judicatura, recientemente cesados (y, por lo tanto, es muy discutible en su alcance y obligatoriedad de aplicación). Y, lo que es peor, equivale a mantener un mecanismo administrativo de calificación y revisión de las decisiones judiciales, que está a cargo del órgano de administración y gobierno de la Función Judicial y es activable por quien se considere afectado por la decisión judicial. Este mecanismo relativiza el valor de las decisiones judiciales y resulta flagrantemente contradictorio con el ejercicio jurisdiccional autónomo e independiente realizado por órganos jurisdiccionales, como lo prevé la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

Arias García, Fernando. 2013. Estudios de Derecho Procesal Administrativo. Bogotá: Grupo Editorial Ibáñez.

Benalcázar Guerrón, Juan Carlos. 2007. Derecho Procesal Administrativo Ecuatoriano, jurisprudencia, dogmática y doctrina. Quito: Fundación Andrade & Asociados, Fondo editorial.

Cassagne, Juan Carlos. 2016. El principio de legalidad y el control judicial de la discrecionalidad administrativa. Buenos Aires: editorial B de F Ltda.

Oliva Blázquez, Francisco. Responsabilidad civil de los Jueces y Magistrados por ignorancia inexcusable, InDret, Revista para el análisis del derecho. www.indret.com

Pásara, Luis (Editor). 2013. Estudio sobre “Independencia judicial insuficiente, prisión preventiva deformada, los casos de Argentina, Colombia, Ecuador y Perú”. Massachusetts: Due process of law foundation.

Velásquez Díaz, Milton. 2018. ¿Control Administrativo de la Jurisdicción?, Régimen Disciplinario del juez burócrata español y ecuatoriano. Samborondón, Ecuador: Universidad de Especialidades Espíritu Santo.

Legislación

COFJ ver en, Código Orgánico de la función Judicial

CRE ver en, Constitución del Ecuador

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos (“Corte Primera de lo Contencioso Administrativo”). Caso Apitz Barbera y Otros vs. Venezuela, Sentencia de 5 de agosto de 2008.

CPCCS ver en Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, N.º 298 de la Resolución PLE-CPCCS-T-O-037-04-06-2018

CPCCS, Conclusión 428 de la Resolución PLE-CPCCS-T-O-037-04-06-2018

Páginas Web

www.elcomercio.com, visitada el 16-X-2013

ENSAYOS

Handwritten signature or stylized text in a cursive script.

EL MÉTODO COOPERATIVO COMO TÉCNICA CONCILIATORIA PARA TRABAJAR LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS: UNA HERRAMIENTA PARA ABOGADOS

THE COOPERATIVE METHOD AS A CONCILIATORY TECHNIQUE FOR WORKING ON CONFLICT RESOLUTION: A TOOL FOR LAWYERS

O MÉTODO DA COOPERAÇÃO COMO TÉCNICA DE CONCILIAÇÃO PARA TRABALHAR A SOLUÇÃO DE CONFLITOS: UMA FERRAMENTA PARA ADVOGADOS

Luis Alberto Alzate*

Odette Martínez**

Recibido: 02/03/2018

Aprobado: 10/07/2018

Resumen

En muchos ordenamientos jurídicos, cada vez toma más fuerza el uso de los medios alternativos de solución de conflictos y, además del necesario perfeccionamiento de estos en su maniqueísmo jurídico, es necesario determinar las técnicas que permitan llegar a un consenso básico para la solución del conflicto *per se*; porque, sin duda, el consenso es humano y necesita aunar voluntades para el éxito del medio de solución de conflicto previsto por el Derecho.

Palabras clave: Litigios; Medios alternativos; Método cooperativo; Conflictos; Derecho

Summary

In many legal systems, the use of alternative dispute resolution methods is becoming more frequent, and in addition to the necessary improvement in its legal manichaeism, it is necessary to achieve the adequate techniques to reach a basic consensus for the solution of the conflict *per se*; because, undoubtedly, the consensus is human and needs to combine

will for the success of the conflict resolution throughout a method provided by law.

Key words: Litigation; Alternative methods; Cooperative method; Conflicts; Law

Resumo

Em muitos ordenamentos jurídicos, cada vez se torna mais forte o uso dos meios alternativos de solução de conflitos e, além do necessário aperfeiçoamento destes em seu maniqueísmo jurídico, é necessário alcançar as técnicas que nos permitam chegar a um consenso básico para a solução do conflito *per se*; porque, sem dúvidas o consenso é humano e precisa aderir vontades para o sucesso do meio de solução de conflito previsto pelo Direito.

Palavras chave: Litigios; Medios alternativos; Método cooperativo; Conflictos; Derecho

* Licenciado en Pedagogía de las ciencias por la Universidad Simón Bolívar. Magíster por la Universidad de Ciencias médicas de Villa Clara, especializado en Orientaciones Metodológicas basadas en Aprendizaje Cooperativo para el desarrollo de potencialidades Sociocognitivas en estudiantes de Enfermería. Doctor en Ciencias Pedagógicas por la Universidad de Oriente, Cuba. Especializado en la Concepción socio-educativa del aprendizaje cooperativo asistencial en la formación de Técnicos Superiores en Enfermería.

** Doctora en Ciencias Jurídicas y Máster en Derecho Constitucional y Administrativo, Profesora Auxiliar de la Universidad de Oriente, Cuba. Miembro del claustro del Programa de Doctorado tutelar de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente y otros programas de maestrías y Diplomados de dicha Facultad. Miembro de las Sociedades Cubana de Derecho Constitucional y Administrativo, Derecho Internacional Público y de Derecho Mercantil. Presidenta de la Cátedra Honorífica de Derecho Internacional Humanitario de la Facultad de Derecho de la Universidad de Oriente.

IDEAS PRELIMINARES

El contexto en que se desenvuelven las relaciones sociales puede causar un conflicto entre las partes que intervienen, que requiere una solución que, además de respetar el derecho de las partes, impida la paralización del crecimiento social; de modo que resulta necesario la existencia de una institución que dirima los conflictos y no afecte los legítimos intereses de las partes ni el tráfico de objetos del comercio. Sin embargo, una de las principales barreras para el óptimo funcionamiento de estas instituciones es la aptitud humana para el consenso.

En ocasiones, mecanismos jurídicos perfectamente creados no logran resolver la litis. Este trabajo tiene como propósito ofrecer una propuesta de respuesta, en materia de técnica, para lograr “consenso”, al emplear los medios alternativos para la solución del conflicto. Tomamos como referente las bases socio psicológicas que, para la cooperación, el crecimiento intelectual y el desarrollo de relaciones interpersonales aportan el método pedagógico del aprendizaje cooperativo, e intentan extrapolar este al ámbito conciliatorio, como técnica para la solución de conflictos.

ESTRUCTURA FUNCIONAL DE LOS LITIGIOS Y LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS JURÍDICOS

Francesco Carnelutti, citado por Luis Octavio Vado Grajales (CEJAMERICAS), elaboró el concepto de *litigio*, definiéndolo como: “el conflicto de intereses calificado por la pretensión de uno de los interesados y por la resistencia del otro”. Y le atribuye, dos elementos subjetivos: la persona que pretende, la que resiste; y un elemento objetivo, que es el bien jurídico sobre el que versan la pretensión y la resistencia.

Cuando una relación humana llega al nivel de un conflicto y este se manifiesta en un litigio, entonces se necesita la aplicación del derecho para su resolución. Los litigios pueden resolverse de muy distintas formas: con la realización de la pretensión, la resistencia, una transacción o un proceso en que se determine la prevalencia de un interés sobre el otro. Niceto-Zamora y Castillo, citado por Vado Grajales, ha sistematizado las categorías en las que puede incluirse la solución de conflictos: autodefensa, autocomposición y heterocomposición.

- **Autodefensa** o autotutela consiste en la imposición de la pretensión propia en perjuicio del interés ajeno. Se caracteriza por dos aspectos: la imposición de un interés en perjuicio del otro y que no interviene un tercero ajeno a las partes.
- **Autocomposición** es la renuncia del derecho propio en beneficio del interés ajeno. Al igual que en la autodefensa, sus manifestaciones pueden ser unilaterales o bilaterales, según provengan de ambas partes

del litigio o de una de ellas. Como se ve, también es una solución parcial.

- **Heterocomposición**, la solución del litigio viene dada por un tercero ajeno al problema, es decir, este resuelve de forma vinculativa el litigio. Sus formas clásicas son el arbitraje y el proceso judicial. Para el derecho procesal moderno, existen otras formas de vincular a terceros para resolver los litigios, denominados, medios alternativos de solución de conflicto.

Los medios alternativos consisten en diversos procedimientos mediante los cuales, las personas puedan resolver sus controversias sin necesidad de una intervención jurisdiccional. Entre ellos pueden mencionarse: la negociación, la mediación, la conciliación y el arbitraje. Los anteriores no son privativos de la jurisdicción, sino que coexisten con esta.

Los medios alternativos comparten ciertas ventajas que, aunque en todos los ordenamientos jurídicos no se aprecian, se visualizan en unos u otros países:

1. Mayor rapidez para la resolución del litigio.
2. Menor costo económico.
3. Menor costo emocional.
4. Descongestionamiento de instancias gubernamentales.
5. Optimización de recursos gubernamentales.

El autor citado continúa definiéndolos individualmente como sigue:

“Negociación: es un procedimiento en el cual, dos partes de un conflicto intercambian opciones sobre este y se formulan mutuamente propuestas de solución. En ella pueden intervenir en ocasiones terceros; por ej., cuando se solicita una opinión experta sobre algún tema, o cuando las partes se ven representadas por abogados o apoderados para la discusión de los puntos del acuerdo. La negociación se ha convertido también en un medio de vida para los “negociadores profesionales”. Para su utilización exitosa, requiere una serie de conocimientos y de herramientas especializadas, así como el desarrollo de habilidades especiales que se escapan al Derecho y son precisamente las herramientas necesarias para que las partes lleguen al consenso”.

“Mediación: Este es el procedimiento en el cual, dos partes de un conflicto se reúnen con un tercero, ajeno e imparcial, que facilita la comunicación entre aquellas para que puedan delimitar el conflicto y encontrar su solución. El tercero no hace propuestas de arreglo”.

“Conciliación: Procedimiento en el cual dos partes de un conflicto se reúnen con un tercero, ajeno e imparcial, que facilita la comunicación entre las personas enfrentadas para delimitar y solucionar el conflicto, y que además formula propuestas de solución. La conciliación suele dividirse en dos tipos: preprocesal e intraprocésal. La primera es la que se realiza antes de un proceso judicial, independientemente de que la realice un juez o un conciliador. La tendencia es que la conciliación extraprocésal sea realizada por profesionales del derecho con una capacitación especial, y no por jueces. La conciliación intraprocésal es la que se realiza dentro de un proceso judicial, y tiene la finalidad de evitar que este continúe”.

En la conciliación, es facultad de quien la conduce formular propuestas de arreglo. Ella no se debe utilizar sino hasta que se hayan establecido los elementos completos del litigio, se haya obtenido información que dé una idea exacta acerca de este y se haya intentado el acercamiento mediante propuestas de las partes. Es decir, no siempre llegará el conciliador a hacer propuestas; sino que, en

muchas ocasiones, serán las partes –con ayuda del conciliador– las que consigan arreglar el asunto mediante sus propuestas.

La mediación y la conciliación comparten las similitudes que en seguida se enuncian: usan las mismas técnicas y herramientas, ya que con estas se pretende facilitar la comunicación entre las partes; evitan el proceso o lo terminan, ya que la facultad de llegar al arreglo solo corresponde a los participantes (pues el tercero interviniente no puede imponerlo); están regidas por la ausencia de formalidades, la preponderancia de la oralidad y el principio de inmediatez.

Es importante distinguir la mediación y la conciliación; pues, aunque comparten técnicas y herramientas, tienen ciertas particularidades que las diferencian. El conciliador puede hacer propuestas de arreglo a las partes; pero el mediador carece de dicha facultad. Además, la conciliación puede ser una fase procesal, y la mediación generalmente no lo es.

“Arbitraje: El arbitraje es el sometimiento de un litigio a uno o unos terceros neutrales, ajenos a las partes, que deciden mediante una resolución, llamada *laudo*, vinculativa para estos. La esencia del arbitraje es el sometimiento que hacen los sujetos del conflicto de común acuerdo para acudir a dicho medio alternativo. Una característica propia del arbitraje es que el árbitro nunca puede ejecutar sus resoluciones, sino que requiere del auxilio judicial”. Aunque, en el caso de las medidas cautelares, los árbitros pueden estar facultados por las partes, mediante la cláusula arbitral, para imponerlas.

El arbitraje ha tenido un campo de crecimiento muy importante en el ámbito mercantil, sobre todo en comercio exterior. Y Ecuador ha firmado pactos internacionales como la Convención de Arbitraje de las Naciones Unidas y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Incluso se cuenta con la llamada Ley modelo sobre arbitraje comercial internacional de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, de junio de 1985.

Tenemos algunos otros medios alternativos que solo son variaciones o adecuaciones de las formas básicas de las que hemos hablado, y que en su mayoría se han desarrollado en Estados Unidos. Podemos citar los siguientes:

- *Mini trial*: las partes de un litigio, previo acuerdo, deciden presentar ante un “asesor neutral” (que generalmente es abogado), información y escritos sobre su conflicto, y los intercambian entre ellos. Al final de la presentación e intercambio de información, las partes intentan llegar a un acuerdo; y, cuando este no es posible, el asesor dictamina cuál sería el probable resultado de dicho caso si se presentara ante un tribunal. A esta forma también se le llama *evaluación experta*.
- *Neutral Listener* (oyente neutral): las partes nombran a una persona de su mutua confianza a la que hacen llegar las propuestas de arreglo, y este tercero determina si están lo suficientemente próximas como para verificar reuniones de negociación.
- *Summary jury trial*: un jurado integrado por personas incluidas en las listas de los jurados de los tribunales ordinarios escucha las peticiones de las partes, recibe pruebas y expide un dictamen que pueden o no aceptar las partes.
- *Moderated settlement conference*: es muy parecido al anterior, pero el jurado se compone de abogados, normalmente tres, que escuchan a las partes y presentan un dictamen, que también puede o no ser aceptado por los litigantes.

Por último, aunque no es propiamente un medio alternativo, tenemos los *juzgados multipuertas*, que funcionan en algunos estados de la Unión Americana, en donde se otorga al juzgador la facultad de recomendar a las partes que acudan a un medio alternativo para la solución del conflicto. El *resultado* de un conflicto es constructivo o destructivo según el enfoque

cooperativo o competitivo que haya entre las partes. En la mayoría será mixto, pues las partes tienen intereses competitivos y cooperativos de acuerdo al rol que desempeñen ante las obligaciones que les depare la relación jurídica en la que se encuentran inmersos. Esos intereses permiten establecer estrategias distintivas y tácticas relativas a las pretensiones de los contratantes, que varían durante el proceso, según las previsiones de estos sobre unos resultados que, lejos de ser contradictorios, sellen el acuerdo de las partes en un instrumento jurídico.

Se debe apelar al consenso en pos de viabilizar las soluciones de cada conflicto, de forma que las terceras personas mediadoras, conciliadoras, terapeutas, abogados... que sean llamadas para ayudar en un conflicto, deben lograr habilidades que contribuyan a establecer un sistema de relaciones efectivas con cada una de las partes en conflicto, de manera que estas puedan confiar en el mediador, comunicarse libremente y ser receptivas a sus sugerencias en relación con la negociación. También existen habilidades relativas al establecimiento de actitudes cooperativas en la solución de problemas entre las partes de un litigio, como las asociadas en el desarrollo de un proceso grupal creativo, así como un proceso fructífero de toma de decisiones. Tales procesos amplían el grado de alternativas disponibles, facilitan una evaluación realista del buen deseo de cada parte, así como la implementación del acuerdo.

Todos los medios esbozados pasan por la necesidad de convencer a las partes con herramientas ajenas al Derecho. De ahí la necesidad de obtener conocimientos vinculados a la búsqueda del consenso, entendido como sentimiento humano tendiente a hallar la solución del conflicto. Hacia ahí va la propuesta de nuestro próximo epígrafe.

BASES SOCIOPSICOLÓGICAS DEL MÉTODO COOPERATIVO QUE PERMITEN USARLO COMO TÉCNICA PARA TRABAJAR EN LOS MEDIOS ALTERNATIVOS PARA LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

El aprendizaje cooperativo como concepción en las ciencias pedagógicas es empleado con excelentes resultados en países como Dinamarca, Francia, Estados Unidos, España, Cuba, México... Se utiliza indistintamente como un tipo de aprendizaje, una forma de organización social del aprendizaje, en el aula y fuera

de esta; y, en otros casos, como método para potenciar el aprendizaje.

Sin embargo, como forma de organización social de un grupo, el aprendizaje cooperativo puede ser una forma de educar y encarnar los valores sociales y principios

morales. Las formas cooperativas de un aprendizaje centrado en el trabajo en equipo, constituyen un modo de reforzar los conocimientos y cualidades profesionales que se requieren en este servicio y que determinan su enfoque humanista. Asimismo, diferentes autores han enfocado otras formas de organización social del trabajo cooperativo en el espacio del aula. Entre ellas, la búsqueda de la homogeneidad y la forma de agrupamiento por capacidades. Estos factores han potenciado excelentes resultados en el contexto pedagógico. Se entiende el trabajo cooperativo como aquella modalidad de organización social del grupo en la que sus miembros tienen que colaborar entre sí para poder realizar la tarea encomendada, ya sea en el ambiente laboral o áulico, según lo explica Marchesi Martín¹.

El *aprendizaje cooperativo*, como forma de organización social para la búsqueda de soluciones efectivas en grupo y consenso, ha demostrado su efectividad en la realización de tareas con diferentes niveles de complejidad, donde se aprovecha la socialización; por ej., la teoría de la interdependencia social. La más influyente teorización sobre el aprendizaje cooperativo se centró en la interdependencia social. Al respecto, Kurt Lewin (1935) sugirió que: “la esencia de un grupo es la interdependencia entre sus miembros (creada por la existencia de objetivos comunes), que da como resultado que un grupo sea un “todo dinámico” que funciona de manera tal, que cualquier cambio en el estado de cualquiera de sus miembros o de cualquier subgrupo afecta el estado de cualquier otro miembro o subgrupo”.

Entre las investigaciones sobre el desarrollo cognitivo, la teoría de la controversia de Johnson y Johnson (1994) sugiere que este consiste en “el esfuerzo por alcanzar objetivos comunes, mientras se coordinan los propios puntos de vista con la conciencia de la existencia de los sentimientos y puntos de vista de los demás, los que contribuyen al desarrollo metacognitivo. El funcionamiento psíquico es la versión internalizada y transformada de los logros de un equipo. El conocimiento es social y se construye a partir de los esfuerzos cooperativos por aprender, entender y resolver problemas”.

Desde el punto de vista cognitivo, el aprendizaje cooperativo involucra el uso de modelos como el entrenamiento y el andamiaje (sistemas conceptuales que

funcionan como andamios para comprender lo que se está aprendiendo). El alumno debe ensayar y reestructurar cognitivamente la información para retenerla en la memoria e incorporarla a las estructuras cognitivas que ya posee; y una forma eficaz de lograrlo es explicar el asunto que se quiere enseñar a un colaborador.

La teoría de la controversia sostiene que el hecho de enfrentarse a puntos de vista opuestos crea incertidumbre o conflicto conceptual. Esta situación cual provoca una reconceptualización y una búsqueda de información que, a su vez, dan como resultado una conclusión más razonada. Sus pasos esenciales son: la organización de lo que ya se sabe en una posición, la defensa de esa posición ante alguien que sostiene la posición contraria, el intento de refutar la posición opuesta y defender la propia de los ataques del otro, la inversión de perspectivas para poder ver el tema desde ambos puntos de vista y de manera simultánea, así como la creación de una síntesis en la que todos estén de acuerdo.

Las propuestas teóricas recién analizadas constituyen una importante base conceptual y metodológica para la enseñanza-aprendizaje, en el contexto de la formación profesional, que favorece estructuras organizativas sociales dentro de la clase, donde el proceso cooperativo condiciona las acciones del docente y de los estudiantes, y confieren al equipo una significación particular para la mediación educativa. Sin embargo, nada obsta para que el método cooperativo sirva como forma de organización del trabajo y como técnica conciliatoria; y este hecho se colige a partir de sus bases conceptuales. Ya que, al movilizar las estructuras intelectuales existentes, obliga a reestructurarlas y da lugar al progreso intelectual; es decir, a ese resultado cualitativamente superior del que surge la solución del caso y la asimilación de perspectivas diferentes a las propias. Este proceso se traduce en avances cognitivos importantes que potencian habilidades sociales y comunicativas en los actores del método, que les permiten participar en discusiones y debates eficaces. Sus producciones son más ricas, ya que se basan en propuestas y soluciones de sujetos con experiencias y conocimientos distintos.

La vinculación de esta teoría con la del psicoanalista Gardner en su obra *Multiple Intelligences* demostró que el método cooperativo incrementa en los participantes las destrezas necesarias para la interacción

¹ Vid. Marchesi M., *Conceptos fundamentales de Pedagogía*, Ed. Herder. Barcel. 1999. pp. 267-297.

social: ponerse en el lugar del otro, establecer y mantener relaciones positivas con los demás, trabajar en equipo, planificar actividades y organizar tareas, tomar decisiones y negociar acuerdos, ejercer un liderazgo compartido, comunicarse de manera clara y eficaz, resolver conflictos de forma constructiva, dar apoyo y pedir ayuda: capacidades que contribuyen a estimular el desarrollo de las distintas inteligencias. Como este método implica la utilización de habilidades relacionadas con las diferentes inteligencias, el grupo ofrece un entorno relajado y seguro que anima a los sujetos a participar abiertamente en las activi-

dades, y les permite poner en práctica sus distintas habilidades con inteligencias diferentes. Dentro de los grupos, la información puede ser procesada de formas diversas. Este ambiente facilita la comprensión de las situaciones objeto de conflicto y su solución. Por este motivo, el método cooperativo se presenta como un método muy superior a otras dinámicas de tinte individualista o competitivo, ya que se establecen canales multidireccionales de comunicación que propician conflictos cognitivos constantes, fomentando el desarrollo intelectual y mayores posibilidades de éxito para la solución de controversias.

METODOLOGÍA PARA EL USO DEL MÉTODO COOPERATIVO PARA EL USO DE LOS ABOGADOS COMO TÉCNICA CONCILIATORIA EN LOS MEDIOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS

La práctica de nuevas formas alternativas de solución de conflictos necesita algo más que la técnica jurídica para su éxito: técnicas conciliatorias propiamente dichas que logren el acuerdo de los clientes en los distintos casos, para que los abogados promocionen su uso.

PASO PREVIO:

Se recomienda hacer este ejercicio entre abogados o por los abogados que representan a una parte.

Método por el cual dividamos la resolución de conflictos en pasos:

- *Definición del conflicto:* La primera tarea consiste en delimitar y formular el conflicto que se está experimentando: en reconocer, con un carácter objetivo, la posible naturaleza del problema, y precisar los objetivos que permitirán orientar su solución. Para lograr este objetivo se trata de buscar todos los hechos jurídicamente relevantes sobre el conflicto y, una vez recopilados, será posible describir la situación conflictiva de manera clara, y distinguir las informaciones relevantes de las intrascendentes, leyes aplicables, posibles pruebas, asuntos vinculados con la jurisdicción y competencia del caso, posibles formas a intervenir; también se deslindarán los hechos y los datos objetivos de las inferencias, suposiciones e interpretaciones no comprobadas y que pudieran ensombrecer un análisis objetivo. Estos recursos ayudarán a trabajar adecuadamente el caso; y el análisis que se haga con ellos permitirá identificar

los factores que ocasionan el problema y establecer unos objetivos realistas para solucionarlo, con todo el tractus procesal que deberían seguir.

- *Establecimiento de objetivos:* pretensión jurídica o pretensiones jurídicas más claras, menos costosa, a partir de ordenar los objetivos, según prioridad. Diseñando las posibles soluciones, cuando se ha reconocido el conflicto y se conoce su naturaleza es posible precisar ya los intereses u objetivos de todos los implicados en relación con el tema que se ha problematizado y empezar a buscar soluciones que tengan en cuenta esas posiciones respectivas desde el derecho sustantivo, o sea, teniendo en cuenta el fondo del asunto. El criterio en este momento es producir el mayor número de soluciones, y evitar todavía emitir juicios sobre su idoneidad. Cuando se ha producido una cierta cantidad de soluciones alternativas, llega el momento de evaluarlas críticamente a fin de hallar aquella que parezca más adecuada. Los criterios que acaban dirigiendo esta elección son básicamente dos: la consideración positiva de las consecuencias que previsiblemente vaya a producir su adopción y la posibilidad de llevar a cabo realmente la alternativa que parece más adecuada.
- *Elegir la solución* más adecuada.
- *Idear un plan para llevarla a cabo*, o sea, los argumentos para convencer al cliente.

Paso para la reunión entre equipos de abogados y con los clientes de las diferentes partes:

El siguiente proceso se desarrolla con los abogados de ambas partes.

- Reúna a las partes en conflicto en un ámbito privado y seleccione la información identificada como válida por ambas partes.
- No debe permitirse las críticas entre ambas partes.
- Cada parte establece su posición, explica las afectaciones que han causado los hechos; mientras los demás participantes escuchan, sin interrupción.
- Se presentan a las partes los diferentes puntos de vista sobre los que se hallan en conflicto.

- Las partes buscan ideas que permitan llegar a un punto medio para resolver el conflicto o resolver el problema.
- Se establece un acuerdo formal, con acciones a tomar por ambas partes.
- Se identifica un procedimiento a seguir, en el caso de que surja algún desacuerdo.
- Presentación de la solución para su legitimación legal.

En la resolución cooperativa de conflictos, cada parte debería sentirse motivada a decir lo que piensa, sentirse escuchada, y sentir que son parte necesaria de la solución. También, cada quien debe escuchar y respetar a los otros, intentar entender su punto de vista, y trabajar activamente hacia una decisión mutua.

CONCLUSIONES

1. La sociedad actual se ha convertido en un reto para la socialización en general; pues incluye situaciones como el incremento de la complejidad de las relaciones y los fenómenos sociales; por ej., acuden a los bufetes y a otras instituciones públicas, nuevos cives o clientes. También se da una transformación continua de los fenómenos y relaciones sociales en lapsos pequeños.
2. Ante esta elevada complejidad de la sociedad, el Derecho y su praxis, se plantean las siguientes cuestiones: La legislación anterior a la nueva centuria, como tendencia general e hipermoderna del Derecho, comienza a dar indicios de obsolescencia, y asumen un rol cada vez más importante la interpretación y la jurisprudencia; toda vez que los fenómenos sociales son más diversos y cambiantes, y la norma no ofrece soluciones para todos en función de su perpetuidad en el tiempo; la legislación no alcanza a regular todos los fenómenos y sus efectos; además, existe crisis general de valores en los cives o clientes, y en los propios operadores jurídicos. La tendencia a la especialización en las aéreas del conocimiento ha sido y es mayor, de modo que se hacen necesarias las visiones multi- y trans-disciplinarias en cada caso. El estudio del Derecho se ha enfocado desde los Estados Nacionales y los Sistemas de Derecho, en un mundo que se halla hoy interconectado. Este panorama nos conduce a la

nueva concepción donde, en las instituciones jurídicas y desde las prácticas procesales, se fomenta una formación de desarrollo de competencias que van desde lo individual hacia lo colectivo.

3. El método cooperativo funciona de manera diferente a las estructuras tradicionales y de modo no continuo en nuestra realidad. Los grupos deben ser creados por los abogados de las partes, con formas y condiciones institucionales para su funcionamiento local y para la distribución de roles, a partir de las características técnicas, la experiencia y las habilidades y destrezas de los abogados.
4. El tratamiento a las nuevas formas de solución alternativas de conflictos, para su éxito, precisa, a más de la técnica jurídica, de técnicas conciliatorias que logren el acuerdo de los clientes en los distintos casos, para que los abogados promocionen su uso. De ahí que necesitemos métodos que, desde la psicología, nos ayuden a encaminar el diálogo entre las partes. En la resolución cooperativa de conflictos, cada parte debería sentirse motivada a decir lo que piensa, sentirse escuchada, y sentir que debe constituir un aporte a la solución. También, cada uno es obligado a escuchar y respetar a los otros, a intentar entender su punto de vista; y a trabajar activamente hacia una decisión mutua, compartida.

BIBLIOGRAFÍA

- Allport, G.W. 1954. *The nature of prejudice*. Cambridge: Mass, Addison-Wesley.
- Ayala Calvo, J.C. 2007. (coord.). *Conocimiento, innovación y emprendedores: Camino al futuro*. La Rioja: Ed. Universidad de La Rioja
- CEJAMERICAS ver Vado Grajales, Luis O. *Los medios alternativos en la solución de conflictos* [https://www.cejamericas.org/Documentos/DocumentosIDRC/7nuevo.pdf](https://www.cejamericas.org/Documentos/Documentos>IDRC/7nuevo.pdf) (consultada el 2012.11.16)
- Dussel, E. 2005. “Transmodernidad e Interculturalidad. Interpretación de la Filosofía de la liberación” en [www. Afl.org/avat.pdt](http://www.Afl.org/avat.pdt). (consultada el 23.04.2015., 15: 45).
- Ferreiro, R. y Calderón, M. 2000. *El ABC del aprendizaje cooperativo. Trabajo en Equipo para enseñar y aprender* México: Ed. Trillas.
- Gardner, H. 1993. *Multiple intelligences: The theory and practice*. New York: Basic Books
- Johnson, D.W. y Johnson, R., 1994. *Joining Together: Group Theory and Group Skills*, 5.^a ed. Massachusetts: Needham Heights, Allyn & Bacon.
- Kitchener, R. 1986. *Piaget’s theory of knowledge* [La teoría del conocimiento de Piaget]. New Haven: Yale University Press
- Lewin, K. 1935. *Dynamic Theory of Personality: Selected Papers*. New York: McGraw-Hill Publications in Psychology.
- Marchesi M. 1999. *Conceptos fundamentales de Pedagogía*. Barcelona: Ed. Herder.
- Rodríguez, M. Transmodernidad: La globalización como totalidad transmoderna, *Revista de Occidente*. N.º 4. 2007. www.alfonselmagnanim.com/ (consultada el 23.04.2015): 15- 45.
- Traver, J. A. 2000. *Trabajo cooperativo y aprendizaje solidario*. Universitat Jaume I. Tesis doctorales en red.
- Williams Benavente, J. 2003. *Lecciones de Introducción al Derecho*, 4.^a ed, Santiago de Chile: Fundación de CC.HH.

DIÁLOGOS INTERJURISDICCIONALES Y CORTES DIALÓGICAS CON LA COMUNIDAD. LA REPARACIÓN INTEGRAL ENTRE LOS JUECES LOCALES E INTERAMERICANOS CON LA COOPERACIÓN DE LOS PODERES POLÍTICOS

INTERJURISDICTIONAL DIALOGUES AND DIALOGICAL COURTS WITH THE COMMUNITY. WHOLE REPARATION BETWEEN LOCAL AND INTER-AMERICAN JUDGES WITH THE COOPERATION OF POLITICAL POWERS

DIÁLOGOS INTER JURISDICIONAIS Y CORTES DIALÓGICAS COM A COMUNIDAD. A REPARAÇÃO INTEGRAL ENTRE OS JUÍZES LOCAIS E INTERAMERICANOS COM A COOPERAÇÃO DOS PODERES POLÍTICOS

*Paúl Córdova**

Recibido: 13/04/2018

Aprobado: 07/07/2018

Resumen

El trabajo es un esfuerzo descriptivo por discutir cuáles serían los componentes de una hoja de ruta hacia la implementación de un esquema de justicia dialógica para la reparación integral de derechos con la intervención de las Cortes locales y la Corte IDH, más la cooperación del Poder Ejecutivo y el Poder Legislativo, y todos estos actores participarían en un diálogo democrático permanente con la ciudadanía para la formulación de las políticas de reparación.

La tesis central consiste en afirmar que los derechos, sus formas de ejercicio y protección, necesitan de una deliberación colectiva y extendida entre las autoridades, los jueces estatales e interamericanos y la comunidad para que sus alcances no dependan de monólogos proferidos por minorías selectas como los jueces, ni de los vaticinios de las autoridades políticas de turno que representarían a las grandes mayorías. Así, los desafíos deberán centrarse en los aportes de cada una de estas instancias mencionadas para un intercambio dialógico constitucional que garantice la ejecución de políticas de reparación integral.

Palabras clave: Diálogo multidimensional; Derechos humanos; Jueces locales e interamericanos; Protección y reparación

Summary

This essay is a descriptive effort to discuss what would be the components of a road map towards the implementation of a dialogical justice scheme for a whole reparation of rights with the intervention of local Courts and the Inter-American Court, plus the cooperation of both Executive and Legislative powers; all these actors would participate in a permanent democratic dialogue with citizens for the formulation of reparation policies.

The main thesis to ensure that rights, their forms of exercise and protection, need a collective and widespread deliberation among authorities, state and inter-American judges and the community so that their scope does not depend on monologues uttered by select minorities such as judges, or the predictions of the shift political authorities that would represent the majorities. Thus, the challenges should focus on the contributions on each of the instances above mentioned for a dialogical constitutional exchange that guarantees the execution of comprehensive reparation policies.

Key words: Multidimensional dialogue; Human rights; Local and inter-American judges; Protection and repair

* Es Docente de la Universidad Central de Ecuador en Instituto de Posgrados en la Escuela de Derecho. Doctor en Jurisprudencia y Abogado (UCE), Mgs. Internacional de Investigación en Derecho, con mención en Derecho Constitucional (UASB-E), Mgs. en Gestión y Desarrollo Social (UTPL), Especialista Superior en Ciencias Internacionales y Superior en Derechos Humanos (ISP-UCE).

Resumo

O trabalho é um esforço por discutir quais seriam os componentes de uma folha de roteiro para implementação de um esquema de justiça dialógica para a reparação integral de direitos com a intervenção das Cortes locais e da Corte IDH, mais a cooperação do Poder Executivo e o Poder Legislativo, e todos estes atores participariam em diálogo democrático permanente com a cidadania para a formulação das políticas de reparação.

A tese central consiste em afirmar que os direitos, suas formas de exercício e proteção, precisam de uma deliberação coletiva e estendida entre as autoridades, os juízes dos Esta-

dos, interamericanos e a comunidade para que seus alcances no dependam de monólogos proferidos por minorias seleccionadas como os juízes, nem dos vaticínios das autoridades políticas da vez que representariam as grandes maiorias. Assim, os desafios deverão centrar-se nos aportes de cada una destas instancias mencionadas para um intercambio dialógico constitucional que garanta a execução de políticas de reparação integral.

Palavras chave: Diálogo multidimensional; Direitos humanos; Juízes locais e interamericanos; Proteção e reparação

INTRODUCCIÓN

Los sistemas jurisdiccionales latinoamericanos contienen escasos instrumentos dialógicos para la formulación de políticas de reparación. El trabajo propone un marco institucional para plantear esquemas deliberativos que promuevan nuevas prácticas constitucionales; y, en esa perspectiva, dimensionar los alcances de un activismo dialógico en los ámbitos jurisdiccional y litigante hacia la construcción de un control democrático de constitucionalidad y la reparación de los derechos humanos. Para pensar otro tipo de constitucionalismo y sus desafíos, propone una agenda básica de políticas e innovaciones institucionales para los Estados constitucionales de la región. Varios tribunales en Colombia, la India, Sudáfrica, Canadá y otros países desarrollan procesos de activismo judicial

dialógico y suscitan aportes relevantes para tutelar y restaurar derechos. Uno de los grandes legados de estas jurisdicciones para el mundo constitucional es la búsqueda de decisiones deliberativas para superar los procesos monológicos y que contribuyan a redefinir su rol.

Este trabajo apunta a señalar que los diseños constitucionales latinoamericanos deben revisar sus modelos institucionales para avanzar hacia esquemas de constitucionalismos dialógicos, donde los problemas sobre los derechos y garantías involucren a las distintas ramas del poder, a los jueces locales e interamericanos y a la ciudadanía para la toma de decisiones en las políticas y medidas de reparación.

LA INTERACCIÓN DIALÓGICA DE LOS JUECES LOCALES E INTERAMERICANOS CON LA CIUDADANÍA PARA LA REPARACIÓN INTEGRAL

Para interpretar el sentido o el alcance de los derechos, siempre existen diferencias. De ahí que, para resolver estas cuestiones, el paradigma de la justicia dialógica propone innovar las metodologías y los saberes de los operadores de justicia con miras a desarrollar mecanismos conversacionales con las partes en conflicto para concebir la revisión judicial en términos de inclusión y deliberación con la ciudadanía. Entendida así, los alcances y límites de la justicia dialógica pueden

explicarse desde el propósito de democratizar los soliloquios de los jueces para superar el excesivo formalismo legal y la tecnocracia judicial por un desempeño deliberativo del juzgador con las personas que puedan sentirse perjudicadas en sus derechos y garantías.

Ciertamente, la argumentación del juez debe partir del derecho de las personas a participar en la discusión sobre los problemas y límites de los derechos

iusfundamentales y los operadores deben desarrollar su argumentación mediante la prestación de condiciones que aseguren esa reflexión democrática y un diálogo colectivo y abierto con la ciudadanía.

Lo que pretendería la justicia dialógica es que las cuestiones resolutorias sobre los derechos y sus interpretaciones requieren siempre de discusiones inclusivas y plurales que garanticen respuestas democráticas y, que los jueces sean los encargados de promover, mediar y preparar esas discusiones para que las decisiones jurisdiccionales no se conviertan en órdenes supremas o

superiores fulminantes, sino en construcciones dialógicas que surgen de la voluntad conversacional de los juzgadores con los oprimidos o los excluidos en sus derechos. Siendo así, la argumentación deja de ser un diálogo entre élites que realiza el juez con otras voces¹ que no son los directamente involucrados o los posibles perjudicados por la forma de interpretación jurisdiccional de los derechos, sino que se extiende con otros protagonistas para buscar las mayores argumentaciones con distintos participantes en la provisión de las normas constitucionales y convencionales interamericanas.

ACTIVISMOS DIALÓGICOS JURISDICCIONALES Y LITIGANTES PARA CONECTAR LAS DECISIONES JUDICIALES A LAS POLÍTICAS DE REPARACIÓN

El estudio del fenómeno de la litigación vinculada con los derechos supone atender factores protagónicos como las fuerzas que lo impulsan, el impacto que ejerce sobre las políticas de reparación y protección de derechos y la asignación de recursos, todo lo cual supone que los procesos jurisdiccionales en las distintas materias requieren enfoques multidisciplinarios y comparativos que combinen el conocimiento del Derecho y los procesos jurídicos con las políticas públicas del ámbito en estudio y los sistemas que las integran (Gloppen 2013, 31). La orientación propuesta por Siri Gloppen es relevante para atender la realidad de los procesos contenciosos en materia de salud en la región como un ejemplo. La discusión sobre los litigios en derechos y sus impactos suscita un debate de fondo acerca de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales y culturales que según varios estudios contemporáneos “desplazó su eje de las sentencias – con la victoria en los tribunales de justicia como criterio de éxito- a considerar, además, su implementación, incluidas las relaciones entre litigación y movilización social en general” (Gloppen y Roseman 2013, 20).

La vinculación entre políticas públicas y litigios judiciales se activa para enfrentar distintos obstáculos históricos para la justiciabilidad de derechos sociales como el uso de garantías jurisdiccionales en defensa de aquellos derechos. Christian Curtis señala un

primer obstáculo de tipo ideológico por cuanto se ha concebido estos como programáticos y dirigidos a motivar la acción de los poderes políticos y no a ser aplicados por los jueces. Al respecto, afirma que el Derecho internacional de los derechos humanos y, en especial, del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, han contribuido con respuestas para enfrentar esos prejuicios como la previsión de parte del Estado de recursos suficientes, dentro de los que destacan aquellos de carácter judicial o equivalente en los casos de incumplimiento de sus obligaciones por parte del deudor “-que habitualmente, es el Estado, aunque los deudores de derechos sociales también pueden ser sujetos de carácter privado, como en los casos de privatización de ciertos servicios públicos, tales como los de salud, educación o seguridad social” (Curtis 2007, 206-7).

Otro obstáculo señalado por Curtis se refiere a la falta de mecanismos judiciales o mecanismos procesales adecuados para tutelar los derechos sociales. Para este autor, la vía jurisdiccional permitiría atender los reclamos extraordinarios de quienes tienen mayor acceso a los estrados judiciales, que no son necesariamente quienes más necesidades tienen. Este obstáculo remite a pensar que la satisfacción de derechos sociales requiere remedios y medidas de alcance colectivo y propone algunas medidas:

¹ Como la doctrina, la jurisprudencia, el derecho comparado, entre otros. Todos estos son elementos relevantes, pero no pueden ser sus voces las únicas protagonistas en la decisión judicial.

El primero, que ya he abordado, es la preferencia por la especificación del contenido de los derechos sociales por medio de la ley, entendida ésta en sentido formal, como norma general emanada del órgano representativo. Desde el punto de vista procedimental, además de la legitimidad electoral, se trata del instrumento jurídico que requiere mayor consenso político y el que supone mayor publicidad y transparencia. Desde el punto de vista del contenido, la generalidad de la ley, la definición de los titulares y el alcance de los derechos sociales en términos universales permiten identificar más claramente en qué consisten el derecho y sus correlativas obligaciones, y qué previsión presupuestaria debe hacer el Estado para satisfacerlo. De este modo, hay menos espacio para la asignación discrecional, a partir de criterios meramente partidarios u orientados a clientelas políticas del gasto en materia social. Queda más claro así quién puede reclamar un derecho ante los tribunales, qué puede reclamar y de qué recursos se dispone para satisfacer los derechos previstos legalmente (Courtis 2007, 209).

Los litigios estructurales sobre derechos deben ser pensados a partir de sus implicaciones en las políticas públicas porque son cuestiones de interés público y de justicia social. En cuanto a la primera, porque las complicaciones que se desprenden como resultado de una prestación deficiente o excluyente en servicios relacionados con derechos puede incrementar los riesgos del derecho a la vida y su falta de protección; y, en cuanto a la segunda, porque los sectores más vulnerables de la sociedad son quienes sufren las consecuencias negativas de las decisiones judiciales restrictivas de derechos o las políticas públicas con escasa cobertura de destinatarios, todo lo cual puede desembocar en la vigencia de ciclos vitales inseguros y con altos índices conflictuales en las garantías a las personas. Por lo expuesto, es imperativo que los temas relativos a los derechos, en cuanto a su tutela y reparación, se construyan como

problemas que conciernen a las ramas del poder público y a la ciudadanía en la definición de la agenda pública para lograr mayores niveles de presión hacia los actores políticos e institucionales que intervienen en los ámbitos judiciales y en los ámbitos tecnocráticos. De igual manera, es indispensable que las preocupaciones relativas a los derechos involucren a la mayor cantidad de actores sociales para su reivindicación porque la diversificación de actores con voz en el debate y de legitimidad para impulsar instrumentos de acción judicial pueden ser estrategias clave en las iniciativas públicas de defensa por los derechos.

¿Por qué es necesaria la intervención de las organizaciones de la sociedad civil en el desarrollo de iniciativas deliberativas por profundizar los derechos en el Poder Judicial y en las políticas públicas? La conclusión que sugiere Charles R. Epp en su estudio al respecto es la siguiente:

La lección básica de este estudio es que los derechos no son un don: se ganan a través de la acción colectiva concertada que surge tanto de una sociedad civil decidida como de la subvención pública. Las revoluciones de derechos se originaron en la presión ejercida desde abajo por la sociedad civil y no desde arriba, por el liderazgo de un grupo. Pero, como hemos argumentado a lo largo de este libro, sólo cierta clase de presión desde abajo, particularmente el sostén organizado para litigar por los derechos, tiene probabilidades de incentivar la atención judicial sostenida a las libertades y a los derechos civiles; por otro lado, el respaldo de las elites judiciales no es en modo alguno irrelevante. En última instancia, la revolución de los derechos siempre se ha desarrollado y ha alcanzado su máxima cima y fuerza mediante una interacción entre jueces inclinados a apoyarla y la estructura de sostén necesaria para litigar a lo largo de todo el proceso judicial (Epp 2013, 293).

DECISIONES JUDICIALES Y POLÍTICAS REPARATORIAS DESDE UN CONSTITUCIONALISMO DIALÓGICO

¿Qué ocurre cuando el resultado final de un litigio es favorable a las pretensiones de un grupo social sobre el acceso a un derecho, pero la comunidad encuentra

que las entidades públicas encargadas de asegurar las políticas o las decisiones para la protección o reparación de ese derecho no cumplen sus responsabilidades?

La respuesta que puede ofrecer el constitucionalismo contemporáneo es una alternativa de diálogo judicial que vincule las decisiones de los jueces con las formulaciones de políticas de los operadores administrativos. La construcción de mecanismos dialógicos en el diseño procesal puede permitir mayores condiciones de transparencia e información sobre los presupuestos públicos y los cambios que estos pueden acoger de acuerdo a las disposiciones reparatorias que se emitan en los litigios. Asimismo, las carteras que implementan programas y proyectos en materia de derechos deben ser más receptivas e impulsoras de discusiones deliberativas con la Legislatura y los jueces para preparar las reformas legales e institucionales que acojan las problemáticas tratadas en otras ramas del poder público.

Las respuestas para atender las demandas sobre derechos debe involucrar a la institucionalidad hacia la búsqueda de prácticas dialógicas y no pueden ser pensadas únicamente desde los operadores administrativos de la cartera sectorial de Estado, sino que los conflictos en torno a derechos insatisfechos deben involucrar a diferentes roles de responsabilidad por parte de las ramas del poder público. Así, el Poder Judicial puede adoptar medidas cautelares constitucionales para proteger el derecho de esas personas, disponiendo a la agencia estatal encargada la programación de acciones de contingencia para atender la afectación de esas personas, lo cual significa hacer cumplir expresos mandatos constitucionales a favor de este derecho.

Asimismo, el poder legislativo debe fiscalizar y ejercer el control político a la agencia estatal correspondiente y precisar mayores controles a la ejecución del presupuesto del sector mediante el seguimiento respectivo, así como en las cautelas necesarias para revisar la normativa legal que puede profundizar el acceso a estos derechos.

La correlación de intervenciones expresan una responsabilidad de distintos órganos del poder público para avanzar hacia dinámicas deliberativas más amplias que activen responsabilidades concurrentes para la protección de los derechos sociales. La justicia dialógica o conversacional es un modelo complementario de la democracia deliberativa que contribuye a fomentar otras respuestas y compromisos en medio de prácticas y respuestas deliberativas de varios actores que aportan para concertar las múltiples soluciones que requieren los derechos hacia su defensa y reparación

integral. Aquel modelo da luces para que las sentencias puedan ser desarrolladas de un modo participativo para asegurar seguimientos a su aplicación. Y es que los problemas de los derechos merecen remedios –entendidos como acciones de política pública– diversos que los atiendan y un monitoreo de su ejecución, de lo contrario las repercusiones y sus efectos están llenos de dificultades.

La concepción del constitucionalismo dialógico es reposicionar a los tribunales en el papel de mediadores autorizados para intercambiar puntos de vista que coadyuven a la solución de problemas, para lo cual pueden implementar diversos mecanismos, Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco sugieren i) la conformación de salas de seguimiento especializadas a las decisiones jurisdiccionales o ii) el nombramiento de expertos independientes que supervisen el cumplimiento de las sentencias, otros autores sugieren iii) la realización de audiencias públicas o iv) la promoción de los *amicus curiae* como dispositivos que facilitan el diálogo judicial con la comunidad.

El esquema deliberativo jurisdiccional enfatiza en que las intervenciones judiciales dialógicas tienen un mayor impacto en el cumplimiento de los DESC en relación a las monológicas de los operadores de justicia. Las sentencias dialógicas son definidas por estos autores como:

Aquellas que combinan derechos fuertes (es decir, la protección judicial de niveles básicos de bienestar), remedios moderados (es decir, órdenes abiertas que dejan los detalles de la política pública al gobierno, pero especifican plazos y procedimientos que este debe cumplir) y seguimiento fuerte (es decir, decisiones de seguimiento que valoren el progreso, presionen a los funcionarios recalcitrantes a cumplir e involucren a diversos grupos de interesados en un proceso de deliberación pública y de solución colaborativa de problemas sobre las causas subyacentes a las violaciones de los DESC) (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco 2016, 240).

La propuesta del constitucionalismo dialógico tiene por objetivo reconceptualizar las relaciones entre los poderes del Estado hacia dimensiones cooperativas y promover mayores resonancias públicas sobre los efectos de las decisiones judiciales. La generación de

reformas legales o institucionales son formas de instar al poder legislativo y ejecutivo como consecuencia de un pronunciamiento jurisdiccional, lo cual no supone definir los contenidos de esas reformas, pero sí los puntos de partida para su generación.

De igual manera, la presión ciudadana debe encontrar apertura y receptividad en los jueces para tratar sus reclamos en consideración de las respuestas sobre aquéllos y sus necesidades tendrán efectos y afectaciones colectivas. El diálogo judicial resalta la responsabilidad democrática de los tribunales bajo el siguiente correlato:

[...] [L]os tribunales pueden profundizar, en vez de erosionar, la gobernanza democrática al actuar como fuentes de rendición de cuentas horizontal, es decir, mediante la liberación de los bloqueos entre y dentro de organismos públicos que están casi exentos de rendir cuentas a los ciudadanos y presionando a los funcionarios públicos para que se ocupen de las deficiencias sistémicas de la política pública que llevan a violaciones masivas de los DESC. [...] la capacidad y el potencial institucional de los tribunales para fomentar la deliberación democrática puede desarrollarse mejor mediante su participación continuada tras el pronunciamiento de la sentencia, por medio de procesos de seguimiento que proporcionan oportunidades para la participación de los actores interesados y para la deliberación pública sobre la solución de los problemas de justicia distributiva (Rodríguez Garavito y Rodríguez Franco 2016, 241).

El desarrollo de derechos requiere de una capacidad para movilizar el Derecho constitucional a su favor según Charles R. Epp. Este fenómeno sucede porque el diseño de la política judicial puede ser antidemocrático y esto se debe a que la interpretación judicial puede sólo impulsar los derechos que interesen a los grupos que cuenten con condiciones organizativas y financieras para litigar hasta el final de un proceso, mientras que para aquellos sectores o grupos que no cuenten con esas condiciones los derechos se convierten en “barreras de pergamino”. El presente y el futuro de los derechos está también condicionado por los esfuerzos colectivos y la estructura de sostén asentada en la sociedad civil, lo cual hay que tener presente para no pensar que los derechos son “simplemente limosnas

que el sistema judicial les da a individuos aislados suplicantes”. De acuerdo a lo que sugiere Charles R. Epp:

Ni una Constitución escrita ni una cultura defensora de los derechos ni la actitud liberal de los jueces son suficientes para lograr que el sistema judicial preste una atención sostenida a los derechos y los respalde. La protección de los derechos y las libertades civiles depende, además, de una estructura de sostén enraizada en la sociedad. Sin ella, hasta las más claras garantías constitucionales de los derechos pueden perder toda su significación en los estrados. Por el contrario, una estructura de sostén sólida y vital puede extender y expandir la más débil de las legislaciones sobre derechos. Quienes participan de las decisiones en una democracia constitucional harían bien en concentrar sus esfuerzos no sólo en redactar o revisar las cláusulas constitucionales ni únicamente en la designación de los jueces que habrán de interpretarlas, sino también en formar la estructura de sostén que defienda y desarrolle esos derechos en la práctica (Epp 2013, 302-3).

Por otra parte, todos los jueces deben observar y ejecutar el control de convencionalidad de tipo difuso para dar forma a su margen nacional de apreciación mediante una adecuada tutela de los derechos humanos a nivel nacional, teniendo presente, según la Constitución de cada Estado, el *ius commune* interamericano, esto es, los instrumentos internacionales de derechos humanos ratificados suscritos por el Estado.

La Constitución y la normativa interna no son los únicos referentes para la tutela de los derechos constitucionales porque también los derechos reconocidos en instrumentos internacionales son referentes jurídicos, siempre que se avale un mayor ámbito de favorabilidad en su tutela respecto a la normativa nacional.

Asimismo, los administradores de las políticas públicas también intervienen en repertorios monológicos cuando actúan en nombre de las mayorías que no son escuchadas, pero que se las usa para legitimar las políticas que no necesariamente contienen debates democráticos robustos para su formulación y ejecución, así como cuando ejecutan las políticas relativas a derechos sin mediaciones dialógicas con la rama judicial y la ciudadanía.

¿POR QUÉ EL DIÁLOGO JUDICIAL INTERCOMUNITARIO E INTERJURISDICCIONAL PUEDE PROFUNDIZAR LA PROTECCIÓN A LOS DERECHOS Y SU REPARACIÓN?

La realización del diálogo judicial tiene distintas variables y utilidades. Por una parte, puede ser formulado como un mecanismo previo y alternativo a la pena; por otra, puede ser el empleo de mecanismos de judicialización cooperativa para combinar los procedimientos tradicionales con la perspectiva de buscar deliberativamente soluciones y respuestas con los sectores involucrados en los procesos.

La intervención de un tribunal puede suponer un abordaje que articule más participación y transparencia con flexibilidad en la adopción de decisiones provisionales donde las partes tienen mayor injerencia y colaboran en un proceso educativo y de reconstrucción.

El diálogo judicial implica impulsar mayores instancias de articulación para la inducción y estimulación entre diversos mecanismos de *accountability* horizontal y vertical con la generación de oportunidades para la movilización y deliberación en los procesos jurisdiccionales, donde la comunidad o los sujetos de derechos son actores centrales en el análisis y la decisión judicial que se encuentra pendiente.

La proposición central de este ensayo académico es que el pueblo tiene los derechos constitucionales para ejercer un poder interpretativo o una posición divergente frente a las interpretaciones judiciales. En consecuencia, es el soberano quien puede aportar en la definición del derecho existente y sus formas de tutela y reparación porque el sistema normativo debe permitir la intervención popular porque quien tiene que definir los alcances, límites y formas de resolver los derechos es la ciudadanía; ella es el intérprete mayor de la Norma Fundamental, no necesariamente el único, pero sí el definitivo. Si la democracia es la expresión del pueblo soberano, y el Derecho constitucional fija las condiciones para que esa democracia y el pueblo puedan equilibrar sus poderes, entonces la sociedad activa su poder interpretativo para discutir y ser escuchada sobre las condiciones en que necesita hacer uso de un derecho y cómo debe ser reintegrado cuando aquél es afectado.

A pesar de las variaciones en que pueden definirse esas condiciones, el presente estudio se afirma en el

enunciado de que los aportes que ofrece la justicia deliberativa para la participación del pueblo en la toma de decisiones para el uso y ejercicio de un derecho son una garantía para canalizar jurídicamente la regla democrática y hacer un intercambio conversacional con relación a las tensiones que puedan desprenderse sobre otros elementos como las dimensiones verticales y horizontales de un derecho.

Otra variación del diálogo judicial puede ser entendida a partir del activismo dialógico y el impacto de los derechos sociales con las siguientes consideraciones:

Al otorgar poder a una variedad más amplia de interesados en participar en el seguimiento, los tribunales generan efectos directos e indirectos que pueden ayudar a superar la resistencia política. El principal es la participación activa de los actores políticos, como las ONG de derechos humanos, los organismos administrativos orientados a la reforma y las organizaciones de base que es probable que adopten, como parte de programa de acción, impulsar el cumplimiento de la sentencia, con lo que se convierten así en una fuente de poder compensatorio contra el *statu quo*. [...] En segundo lugar, los mecanismos del activismo dialógico pueden ayudar a los tribunales a ocuparse de las deficiencias institucionales para solucionar problemas socioeconómicos complejos. No hay que ser un formalista jurídico para ver que los tribunales carecen del conocimiento técnico, el personal y los recursos (por no hablar de la legitimidad) para elaborar y ejecutar las soluciones a asuntos tan complicados como el desplazamiento forzado o la falta de acceso a medicamentos esenciales. Sin embargo, eso no significa que no puedan provocar y moderar un diálogo entre las autoridades públicas y los actores de la sociedad sobre estas cuestiones, frente a los fracasos extendidos de las políticas públicas y las violaciones masivas de los DESC (Rodríguez Garavito 2016, 237).

El Estado constitucional precisamente constituye un intento por recomponer la gran factura entre democracia y constitucionalismo. La implementación de

mecanismos propios de la democracia deliberativa para asegurar la participación popular en la jurisdicción ordinaria y en la jurisdicción constitucional permitirían la interacción mediada por acciones comunicativas y la interacción regida por normas donde los participantes coordinan e intercambian diferentes posiciones hacia una comunidad de lenguaje interpretativo iusfundamental caracterizada por la *interacción simbólicamente mediada*. El pensamiento de Habermas es propicio para adaptarlo en este análisis y proponer que la base de validez de un proceso jurisdiccional puede depender de que sus normas procedimentales adopten consensos mediados comunicativamente por razones expresadas mediante la participación social para la interpretación de la Norma Suprema. Cuando este autor explica la estructura racional de la *lingüistización de lo sagrado* en la evolución del Derecho y la búsqueda de un *habla gramatical*, sugiere enunciados que los utilizo para explicar cómo constituir un proceso deliberativo en los tipos de jurisdicción a continuación:

La *aplicación comunicativamente mediada* de las normas de acción requiere que los implicados lleguen a definiciones comunes de la situación que comprendan a la vez los aspectos objetivos, los aspectos normativos y los aspectos subjetivos de la situación de acción de que se trate. Son los *propios*

participantes en la interacción los que tienen que relacionar las normas dadas con la situación del caso y adaptarlas a las tareas especiales que esa situación plantea (Habermas 2010, 562).

Considero que la ejecución de los procesos jurisdiccionales mediante procesos de conversación pública contribuye a que quienes integran el cuerpo social se hagan cargo de la aplicación de las normas mediante una actuación comunicativa, donde los problemas de justificación e implementación de esas normas responden a procesos dialógicos para la formación razonada de consensos y disensos –lo cual debe abordarse sin dejar de destacar que hay distinciones entre las teorías de Habermas y Bohman– (Bohman 2006, 32).² Lo interesante de sugerir la opción de la deliberación pública es que la facultad de decidir las cuestiones controvertibles para ejercer cualquier derecho se fundamentan en debates que se abren hacia el pueblo para que los participantes no se reduzcan a los representantes de los poderes constituidos, ni se agoten en las instituciones de la justicia ordinaria o constitucional.

Los derechos son creaciones sociales y su significado depende de la conversación extendida entre jueces, comunidad y autoridades para su interpretación iusfundamental.

LOS PUENTES CONVERSACIONALES ENTRE LAS AUTORIDADES, LA CIUDADANÍA Y LOS JUECES LOCALES E INTERAMERICANOS PARA PROMOVER LA REPARACIÓN INTEGRAL DE DERECHOS. CONCLUSIONES

El sistema interamericano de protección de derechos humanos ha contribuido en la tutela de los derechos y su desarrollo normativo ha sido acogido por los Estados parte. No obstante, la población de la región no recibe las dimensiones completas de la reparación integral al momento de ser atendida en sus derechos vulnerados y las medidas de reparación expresan niveles insuficientes de ejecución y seguimiento. Las dinámicas cambiantes de las sociedades reclaman mayores demandas en las políticas de reparación para asegurar

mayor coherencia entre las condiciones de restitución, indemnización, rehabilitación, medidas de satisfacción y garantías de no repetición. Acaso, una alternativa puede ser la adopción de un modelo de activismo jurisdiccional dialógico que aporte con mecanismos cooperativos y deliberativos entre los jueces, la comunidad y las ramas del poder público para intercambiar soluciones concertadas a los problemas estructurales en torno a la reparación de derechos.

² Al utilizar la explicación de Yebrail Haddad Linero, se infiere que “a diferencia de Habermas, la deliberación para Bohman se vuelve pública a través del diálogo y no del discurso. El diálogo se centra en como la interacción pública produce los efectos prácticos en los participantes que elaboran razones convincentes, en tanto que el discurso, se interesa en los argumentos y en los tipos de justificación que puedan ser públicamente convincentes. En ese sentido, la teoría habermasiana pretende reconstruir los ideales de convergencia, unanimidad e imparcialidad en términos políticos, ideales que para Bohman no constituyen necesariamente los presupuestos de la argumentación pública”

RECOMENDACIONES

El activismo jurisdiccional dialógico para el desarrollo de los derechos requeriría de los siguientes aspectos para su concreción: i) la conformación y sostenimiento de organizaciones sociales para la defensa de los derechos; ii) la visibilidad permanente de sus agendas en los medios de comunicación; iii) las intervenciones públicas de profesionales y usuarios de los derechos en conflicto como voces legitimadas para discutir sobre el tema en un intercambio con los operadores de justicia y los administradores de las políticas públicas; iv) la promoción de debates en la opinión pública sobre los temas propuestos en las agendas; v) el impulso de la judicialización de los temas presentes en la agenda; vi) la deliberación pública antes de la emisión de los fallos en las instancias judiciales con las organizaciones sociales en situaciones relacionadas con estos derechos en cuestión; vii) los compromisos de las agencias estatales para adoptar reformas institucionales; viii) los proyectos de reformas e iniciativas legales impulsados por las autoridades correspondientes; ix) las acciones de seguimiento a las decisiones en litigios judiciales; y, x) la interrelación permanente de los jueces nacionales e interamericanos para la protección de derechos y el establecimiento de políticas de reparación.

Los conflictos que se suscitan para el desarrollo de los derechos y las formas de protección requieren de puentes dialógicos sostenidos en el tiempo y con robustos debates democráticos. La adopción de medios conversacionales para el intercambio de razones que permitan la participación social en las políticas públicas, las decisiones judiciales y el intercambio con las voces de la comunidad son estrategias de protección multinivel que coadyuvan a enfrentar las tensiones existentes.

Así, los prolegómenos requieren respuestas institucionales, legislativas y jurisprudenciales que expresen un constitucionalismo conversacional, donde los sujetos de derechos puedan ser los protagonistas en las decisiones judiciales y las políticas públicas.

Para decir lo mismo de un modo más claro: las autoridades y los jueces deben provocar una deliberación permanente con la sociedad para alcanzar definiciones colectivas sobre la protección y reparación de derechos y que éstas surjan de oportunidades conversacionales inclusivas que permitan a la comunidad ser el último intérprete de la Constitución.

BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, Víctor y Christian Courtis. 2008. "Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales". En Roberto Gargarella. Coordinador. *Teoría y crítica del derecho constitucional*. Buenos Aires: Abeledo Perrot.
- Bergallo, Paola. 2016. "La causa 'Mendoza': una experiencia de judicialización cooperativa sobre el derecho a la salud". En Roberto Gargarella. Coordinador. *Por una justicia dialógica. El poder judicial como promotor de la deliberación democrática*.
- Carbonell, Miguel. 2010. *Neoconstitucionalismo y derechos fundamentales*. Quito: Cevallos, primera reimpresión.
- Córdova Vinuesa, Paúl. 2017. *Justicia dialógica para la última palabra. Por una argumentación deliberativa entre los jueces, la ciudadanía y las Cortes*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- _____. 2016. *Derecho procesal constitucional. Estudios críticos de doctrina, dogmática, argumentación y jurisprudencia*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- _____. 2013. *Derechos sin poder popular*. Quito: Centro Andino de Estudios Estratégicos / Centro de Estudios Construyendo Ciudadanía y Democracia de la Universidad Central del Ecuador.
- _____. 2013. "Resistencia y deliberación pública: derechos de participación para transformar las relaciones socio-estatales", *Anales: Revista de la Universidad Central del Ecuador*, núm. 371, 257-288.
- _____. 2015. "La constitución de los comunes. Constitucionalismos dialógicos para desafiar las biopolíticas", en Pablo Eduardo Slavin, Támara Rogers y Claudina Orunesu, compiladores. *Nuevos debates en filosofía y ciencia política*. Mar del Plata: Universidad Nacional de Mar del Plata, Facultad de Derecho.
- _____. 2015. "La crisis del control de constitucionalidad", Conferencia, Universidad Católica de Colombia, Bogotá.
- _____. 2015. "Más poder al poder. Nuevos constitucionalismos autoritarios", Simposio, XII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional "El diseño institucional del Estado democrático" en homenaje a Fernando Hinestrosa y Carlos Restrepo Piedrahita, Universidad Externado de Colombia, Bogotá.
- _____. 2015. "Interpretación constitucional intercultural y constitucionalismo popular", Conferencia, XV Jornadas de Ciencia, Filosofía y Derecho, Universidad Nacional de Mar del Plata, Mar del Plata.
- _____. 2015. "¿Cómo deciden los jueces? (Des)encuentros de la interpretación y argumentación jurisdiccional frente a la democracia constitucional", *Justicia Electoral y Democracia*, año 2, núm. 3, 21-30.
- _____. 2016. "La Constitución desconstitucionalizada. Líneas jurisprudenciales del sistema de administración de justicia constitucional ecuatoriano", en Luis Fernando Torres (ed.), *Debate constitucional*, Quito: Cevallos.
- Courtis, Christian. 2007. "Los derechos sociales en perspectiva: la cara jurídica de la política social" en Miguel Carbonell. Editor. *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*. Madrid: Trotta.
- Epp Charles R. 2013. *La revolución de los derechos. Abogados, activistas y cortes supremas en perspectiva comparada*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores.
- Ferreya, Raúl Gustavo. 2013. *Reforma constitucional y control de constitucionalidad*. Buenos Aires: Ediar.
- Furfaro, Lautaro. 2014. "El derecho a la salud en el sistema interamericano de protección de los derechos humanos". En Marisa Aizenberg. Directora. *Estudios acerca del derecho a la salud*. Buenos Aires: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires / La Ley.
- Gloppen, Siri. 2013. "La lucha por los derechos de la salud. Marco de análisis". En Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen. Coordinadores. *La lucha por los derechos a la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?* Buenos Aires: Siglo veintiuno editores.

Gloppen Siri y Mindy Jane Roseman. 2013. "Introducción. ¿Pueden los litigios judiciales volver más justa la salud?" En Alicia Ely Yamin y Siri Gloppen. Coordinadores. *La lucha por los derechos a la salud. ¿Puede la justicia ser una herramienta de cambio?*

Habermas, Jürgen. 2010. *Teoría de la acción comunicativa. Crítica de la razón funcionalista*. Madrid: Trotta.

_____. *La inclusión del otro*. 1999. *Estudios de Teoría Política*. Madrid: Paidós.

Pérez Miguel A. Aparicio y Barcelò i Serramalera Mercè. Coordinadores. 2012. *Manual de Derecho Constitucional* Barcelona: Atelier.

Piovesan, Flávia. "Protección de los derechos sociales en el ámbito internacional". En Griselda Capaldo, Jan Sieckmann y Laura Clérico. Directores. 2012. *Internacionalización del derecho constitucional, constitucionalización del derecho internacional*. Buenos Aires: Eudeba / Universidad de Buenos Aires.

Porrás Nadales Antonio. 2010. "Los principios rectores de la política social y económica". En Miguel Agudo Zambrano, Fernando Álvarez-Osorio Micheo y otros. *Manual de derecho constitucional* Madrid: Tecnos.

Rodríguez Garavito, César y Diana Rodríguez Franco. 2015. *Juicio a la exclusión. El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*. Buenos Aires: Siglo Veintiuno editores.

Storini, Claudia. 2017. "Epílogo: La interpretación dialógica". En Córdova Vinuesa, Paúl. *Justicia dialógica para la última palabra. Por una argumentación deliberativa entre los jueces, la ciudadanía y las Cortes*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.

Jurisprudencia

Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso *Yatama vs. Nicaragua*, Sentencia de 23 de junio de 2005, (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf. Consulta: 20 de junio de 2017.

Corte Interamericana De Derechos Humanos, caso *Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*, Sentencia de 6 de agosto de 2008, (Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_184_esp.pdf. Consulta: 20 de junio de 2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso de la Corte Suprema de Justicia (Quintana Coello y otros) vs. Ecuador, sentencia de 23 de agosto de 2013, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_266_esp.pdf. Consultado: 20 de junio de 2017.

Corte IDH, Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) Vs. Ecuador, (Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 28 de agosto de 2013, párr. 188, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_268_esp.pdf. Consultado: 12 de mayo de 2017.

Corte IDH, *Caso Reverón Trujillo Vs. Venezuela*, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), sentencia de 30 de junio de 2009, disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_197_esp.pdf. Consultado: 18 de mayo de 2017.

_____. *Caso Apitz Barbera y otros (Corte Primera de lo Contencioso Administrativo)* vs. Venezuela, (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas). Sentencia de 5 de agosto de 2008. Disponible en portal web: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_182_esp.pdf. Consulta: 12 de mayo de 2017.

Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Pueblo Indígena kichwa de Sarayaku Vs. Ecuador*, sentencia de 27 de junio de 2012 (Fondo y Reparaciones), disponible en http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_245_esp.pdf. Consultado: 20 de mayo de 2017.

RESPONSABILIDAD PENAL DEL EMPRESARIO

CRIMINAL LIABILITY OF THE BUSINESSMAN

RESPONSABILIDADE PENAL DO EMPRESÁRIO

Gabriel Ponce*

Recibido: 08/04/2018
Aprobado: 13/07/2018

Resumen

El avance de la sociedad exige que el Derecho esté a la par de su desarrollo, y el Derecho Penal no puede ser una excepción. Por este motivo, ya no se limita al estudio de los delitos tradicionales, sino que se ha extendido a estudiar los delitos relacionados con la actividad empresarial y la responsabilidad de los empresarios.

Con la *teoría de la imputación objetiva*, la solución al problema de la criminalidad empresarial empieza a tomar forma bajo principios como el deber objetivo de cuidado o el de confianza, que justifican su aplicación contra el actuar ilícito del empresario, donde las tesis de la autoría y participación buscan un espacio fuera de las teorías clásicas para calar dentro de la estructura empresarial y sancionar a los responsables de los hechos ilícitos cometidos a través de la empresa.

Uno de los mecanismos para prevención de delitos, y que llega a ser una exigencia para la sociedad actual, es la aplicación de las normas de *compliance*, que buscan la auto regulación de la compañía, mediante la aplicación de sus propias sanciones contra quienes actúen fuera del marco legal; y/o, para facilitar la identificación de los responsables de conductas ilícitas realizadas a través de la empresa, un procedimiento que va de la mano con la teoría de la imputación objetiva.

Palabras clave: Derecho Penal; Empresas; Imputación objetiva; Autoría y participación; *Compliance*; Responsabilidad empresarial

Summary

The advance of society requires that the law be at the stage of its development, and criminal law cannot be an exception. For this reason, it is no longer limited to the study of traditional felonies but has been extended to study felonies related to business activity and the responsibility of businessmen.

With the *objective imputation theory*, the solution to the problem of business felonies begins to take shape under principles such as the objective duty of care or trust, which justify its application against the unlawful act of the businessman, where the thesis of authorship and participation seek a space outside the classical theories to penetrate within the business structure and sanction those liabilities for the unlawful acts committed through a corporation.

One of the mechanisms for felonies prevention, which becomes a requirement for today's society, is the application of *compliance* rules, which seek the self-regulation of the corporation, by applying its own sanctions against those who act outside of the legal framework; and / or, to facilitate the identification of those responsible for unlawful conducts carried out through the corporation, a procedure that goes together with the theory of objective imputation.

Key words: Criminal Law; Business; Objective imputation; Authorship and participation; *Compliance*; Corporate responsibility

Resumo

O avance da sociedade exige que o Direito esteja ao lado do seu desenvolvimento, e o Direito Penal não pode ser uma exceção. Por este motivo, já não se limita o estudo dos delitos tradicionais, mas, este se estende a estudar os delitos relacionados com a atividade empresarial e a responsabilidade dos empresários.

Com a *teoría da imputação objetiva*, a solução ao problema da criminalidade empresarial começa a criar forma por meio de princípios como o dever objetivo de cuidado ou o de confiança, que justificam sua atuação contra a conduta ilícita do empresário, onde as teses de autoria e participação buscam um espaço fora das teorías clássicas para se encaixar

* Abogado por la Universidad de las Américas, especialista superior en derecho procesal por la Universidad Andina Simón Bolívar, candidato a Máster en derecho penal por la Universidad Santo Tomas de Colombia. Contacto: gponceh@lexadvisorecuador.com

dentro da estrutura empresarial e sancionar aos responsáveis por condutas ilícitas cometidas através da empresa.

Um dos mecanismos para a prevenção de delitos, e que chega a ser uma exigência para a sociedade atual, é a aplicação de normas de *compliance*, que buscam a auto regulação da companhia, por meio da aplicação de suas próprias sanções contra quem atue fora do marco legal: e/ou, para facilitar a

identificação dos responsáveis por condutas ilícitas realizadas através da empresa, um procedimento que se harmoniza com a teoria da imputação objetiva.

Palavras chave: Direito Penal; Empresas; Imputação objetiva; Autoria e participação; *Compliance*; Responsabilidade empresarial

LA RESPONSABILIDAD PENAL DEL EMPRESARIO, EN LA LEGISLACIÓN ECUATORIANA Y SU PARTICIPACIÓN CRIMINAL

Concepto de empresa y empresario

La empresa es "... una organización jurídica y una actividad económica dirigida profesionalmente para la debida utilización de los factores de producción con el fin de obtener una ganancia o utilidad" (Valdez 2015, 36). La Real Academia de la Lengua entiende por empresario al "Titular propietario o directivo de una industria, negocio o empresa".

Entonces, empresario es todo titular de una empresa. Este concepto se hace extensivo a los socios o accionistas, así como a los directores de la empresa. Pero una persona que actúa en nombre del empresario, en representación suya o por su dirección, no es empresario.

Desde la perspectiva penal, la conducta empresarial es un acto cometido a nombre y beneficio de la empresa, del que deviene un resultado prohibido por la ley, que es producto de una acción u omisión. La acción consiste en "un hacer... con el que el agente está en condiciones de provocar un suceso" (Luzón Peña 2016, 245); mientras que la omisión "... consiste en un no hacer desvalorado" (Gimbernat 2013, 2); de modo que esa omisión es contraria a derecho y, por lo tanto, es sancionable.

Esta conducta, para que sea empresarial, debe provenir de una orden del empresario, por políticas institucionales establecidas por él mismo para cumplimiento del rol empresarial, ejecutado por él o por sus subordinados.

Por tanto, el ejercicio de una actividad *empresarial* tiene que ser reconocido también como una mani-

festación típica -y, además, de gran importancia y trascendencia- del Derecho penal moderno" (Gracia 2011, 44 y 45).

Modalidades de la conducta penal

La legislación penal ecuatoriana reconoce las dos modalidades de culpabilidad: el dolo o culpa, que se encuentran en la acción u omisión; es decir, en el hecho que provoca el resultado típico y en el juicio subjetivo en cuanto a si el autor pudo haber actuado en forma distinta a la realizada, para aminorar la pena, no imputar ninguna responsabilidad por falta de culpabilidad o imponer la sanción por haber actuado a sabiendas de la ilicitud de su conducta.

El artículo 28 del Código Orgánico Integral Penal refiere que la omisión puede ser dolosa cuando la persona a quien se ha encargado el cuidado específico de cierto bien jurídico, omite deliberadamente impedir el resultado que la ley prohíbe sobre el titular de dicho bien.

Cuando la ley otorga este encargo a una persona, la sitúa en posición de garante sobre un determinado bien jurídico y, en consecuencia, se le encarga el cuidado especial de que dicho bien no sea vulnerado de ninguna manera.

Por *bien jurídico* debemos entender el interés especial sujeto a protección por el ordenamiento jurídico, que parte de la Constitución y atraviesa transversalmente todo el ordenamiento hasta llegar al derecho penal, que es la *ultima ratio* del sistema jurídico interno de cada país; es decir, que se aplica cuando ninguna de las

anteriores ramas fue oportunamente adecuada para solventar el conflicto.

En el citado artículo, el legislador ecuatoriano definió que la persona asume la condición de garante sobre los bienes jurídicos: vida, salud, libertad e integridad personal, cuando la ley le impone esa obligación. Por ej., el médico que debe atender a un paciente en estado de emergencia, conforme se desprende del artículo 218 del Código Orgánico Integral Penal, por responsabilidad contractual; así como cuando un empresario deber asumir la responsabilidad frente a terceros a

quienes, por la mala calidad de su producto lanzado al mercado, causó daños en la salud de los consumidores.

La determinación de la responsabilidad penal del empresario se ha vuelto una necesidad imperante en el mundo actual, donde los riesgos son permanentes y el marco regulatorio muchas veces es insuficiente para repelerlos; de forma que el sistema dogmático de la imputación objetiva ha constituido un mecanismo idóneo que permite, con sus fórmulas, responsabilizar al empresario por las conductas generadas por él, en el desarrollo de sus actividades corporativas.

IMPUTACIÓN OBJETIVA

La imputación objetiva es una reestructuración de la teoría del delito, que se ha ido creando en base a estructuras filosóficas que sustentaron su necesidad ante los abusos del Estado contra el ser humano. Su contenido ideal fue siempre la protección de la persona humana frente a las arbitrariedades del gobierno de turno, sea un Estado republicano o una monarquía encabezada por el Rey o monarca.

Sin embargo, la imputación objetiva se distancia de las estructuras filosóficas y toma cuerpo mediante teorías sociológicas funcionalistas de la mano de pensadores como Durkheim, Parsons y Luhmann, con quienes el Derecho Penal plantea la necesidad de proteger la estructura social sobre la protección del ser humano; de suerte que, mediante estas nuevas concepciones, la función que asume esta rama jurídica es la custodia de los intereses sociales y su correcto funcionamiento a costa del humanismo que caracterizó a esta materia.

Al ser el derecho penal una ciencia que parte en el comportamiento humano y de los resultados que surgen de este, a través de los tiempos se ha reconocido que, entre este primer elemento y el segundo (sus resultados), debe existir un nexo que los ligue para que, entre ambos, exista una relación de causalidad o *nexo causal*.

Al principio, al nexo causal se lo abarcaba bajo la teoría de la equivalencia de las condiciones, que consideraba que causa es “toda condición del resultado concreto, y todas las condiciones deben considerarse equivalentes, no solo en el sentido causal, sino también en el sentido jurídico. En suma: toda condición debe ser tenida

como causa del resultado” (Jiménez de Azúa 2005, 224).

Esta teoría resultó ser muy extensa, porque no encontró un límite final a la causa que provocó el resultado, de forma que toda causa es causa de un resultado, razón por la cual, “... la serie causal es indefinida, un retroceso (o un avance) al infinito será siempre posible con esta teoría ...” (Fernández Carrasquilla 2011, 155).

Mas, dada la imposibilidad de determinar la causa adecuada de la producción del resultado mediante la referida teoría, se limitó su alcance por medio de la teoría de la *causalidad adecuada*, la cual convino que “no cualquier *conditio sine qua non* es causal para el derecho penal, sino sólo la que es apta para producirlo en la generalidad de los casos, “adecuada” a las reglas ordinarias de la experiencia, al modo “normal” de suceder las cosas en el mundo humano ...” (Fernández Carraquilla 2011, 158 y 159).

Claus Roxin, sobre este mismo punto coincide en señalar que “sólo es causal una conducta que posee una tendencia general a provocar el resultado típico, mientras que las condiciones que solo por causalidad han desencadenado el resultado son jurídicamente irrelevantes” (Roxin 2008, 359). Consecuentemente, la teoría de la adecuación permite imputar correctamente al autor de un hecho sobre la base de la relación causal hecho–resultado, por medio de la aplicación restringida de la teoría de la *equivalencia de las condiciones*.

A raíz de esta realidad fáctico–jurídica, se postula la teoría de la *imputación objetiva*, que es una relación

de causalidad determinada por un nexo causal entre un hecho prohibido por la ley y el resultado sancionable por esta, que se ha elaborado en base a principios enfocados en reconocer la existencia de las sociedades de peligro y, en consecuencia, el deber que tenemos los ciudadanos de conducirnos con los cuidados necesarios para impedir el incremento de riesgos no autorizados, con cuyo incumplimiento se provoca la reacción del derecho penal.

La teoría de la imputación objetiva tiene algunos representantes con distintas fórmulas de interés para la materia, y citaremos a los más destacados. Así, el Profesor Günter Jakobs, cuya postura es denominada *normativismo radical*, ha introducido en el debate otros principios que deben ser considerados, como el principio de confianza o el cumplimiento del rol, por ser complementarios en la aplicación de esta corriente.

Estos principios son:

- a) Riesgo no permitido
- b) Deber objetivo de cuidado
- c) Deber subjetivo de cuidado
- d) La posición de garante
- e) Principio de confianza
- f) Cumplimiento del rol

a.- Riesgo no permitido

Bajo el esquema de la imputación objetiva, la creación del riesgo no permitido surge de la previsibilidad objetiva de la acción del autor; es decir, la acción iniciada debe ser adecuada para provocar el resultado prohibido, que ex ante debió haber sido previsible.

Y, al ser previsible un posible resultado, existe de antemano cierto riesgo que hay que prevenir para que no se llegue a materializar. Como consecuencia, el autor debe tener mucha prudencia a fin de que no se incremente ese peligro; porque, de no actuar así a sabiendas de lo que puede llegar a suceder, existirá un riesgo no permitido por el cual se le puede sancionar con la pena que corresponde a la conducta proscrita.

Si, a pesar de los cuidados que ponga el autor en la evitación del resultado típico, consciente del riesgo que conlleva su actuar, de manera que impida por

todos los medios el incremento del peligro no autorizado, el hecho llega a consumarse; este resultado no debería constituir delito, porque se entendería que el hecho sucedió por alguna circunstancia de la causalidad y que el agente, en su actuar, no incrementó el contingente previsto. Como consecuencia, no puede haber atribución de ninguna responsabilidad por falta de creación de la amenaza observada.

Y, cuando la producción del evento no querido fuera imprevisible; es decir, que el autor objetivamente no podía prever el riesgo surgido y el desenlace no deseado, el hecho es, de nuevo, consecuencia de la causalidad. En este sentido, Luzón Peña señala que “Si la producción del resultado concreto era objetivamente imprevisible y, pese a todo, la acción acaba causando el resultado, este no se imputa a la acción porque no era precisamente suya, sino fruto del azar” (Luzón-Peña 2016, 203)

El riesgo no permitido, por tanto, debe ser observado en cada caso particular, de suerte que se valore la situación del autor en el momento dado para poder determinar si otra persona en su misma situación y con sus mismos conocimientos hubiera o no actuado de la misma forma como lo hizo. Así, en un caso dado, se podrá llegar a entender que, según el estudio correspondiente, hubo un mínimo suficiente de peligrosidad, con la que volvió típica la conducta del autor.

Por ej., en el caso ecuatoriano, el artículo 146 del Código Orgánico Integral Penal sanciona la muerte por mala práctica profesional culpable, cuando se ha producido por acciones innecesarias, peligrosas e ilegítimas.

Para aplicación de aquella calificación de la conducta *mala práctica profesional*, la doctrina hubiera podido solventar sin problema la calificación de innecesario y peligroso, sin tener que recurrir además al calificativo de ilegítimo, que además es subjetivo, porque no hay una regulación legal que indique cuándo o cómo entender un acto profesional como ilegítimo.

Sin embargo, los términos innecesario y peligroso parecen redundantes, porque ambos reportan el mismo incremento del riesgo prohibido; de

manera que, si el legislador se hubiera ceñido al vocabulario usado en esta materia, no existirían problemas de interpretación, ni tampoco la Corte Nacional de Justicia habría expedido resolución N.º 01-2014, publicada en el Registro Oficial, Suplemento N.º 264 de 15 de mayo de 2014, que no aportó en nada a la aclaración de las dudas surgidas.

Para adecuar correctamente el riesgo prohibido, es necesario recurrir al estudio del deber objetivo de cuidado, que es el tema que sigue a continuación este ensayo.

b.- Deber objetivo de cuidado

Como queda dicho, el concepto de cuidado objetivo es cercano al de creación de riesgo no permitido, dado que ambos son complementarios, y no podrían subsistir el uno sin el otro.

El cuidado objetivo debe ser entendido como “deberes de atención y diligencia en el correspondiente ámbito de la relación social o en el desempeño de ciertos roles sociales, consistente en una ‘conducta modelo’ de prudencia y cautela que se orienta a prevenir algunas consecuencias socialmente indeseables de toda acción riesgosa, es decir, a proteger los bienes jurídicos fundamentales ya no solamente contra ataques intencionales o dolosos, sino contra daños innecesarios o evitables que puedan provenir de una conducta desatenta o imprudente ...” (Fernández Carrasquilla 2001, 446 y 447).

El mundo moderno ha llevado a la civilización a un sinnúmero de actividades consideradas de riesgo, que son necesarias para nuestra subsistencia y desenvolvimiento. Los Estados han considerado prudente establecer normas de convivencia pacífica para coexistir con esos riesgos, dentro de márgenes de seguridad tolerables que impiden afectar a intereses jurídicos protegidos por el ordenamiento legal.

El deber objetivo de cuidado es el cumplimiento de las normas de conducta que regulan actividades peligrosas, que “están sustancialmente contenidas en *normas escritas extrapenales*, concretamente en leyes o reglamentos (reguladores p. ej. de la circulación rodada, de la fabricación, transporte o alma-

cenamiento, de sustancias inflamables, de la elaboración o distribución de alimentos o de fármacos, etc.), pero en otros muchos ámbitos e incluso en algunos supuestos de los ámbitos reglamentados son simplemente *normas no escritas* de la común experiencia humana, o de la práctica científica o técnica (como las reglas de la llamada *les artis* en la medicina o la cirugía), sobre el cuidado, diligencia o prudencia requeridos en una actividad más o menos peligrosa” (Luzón Peña 2016, 283).

El mismo artículo 146 comentado, también contiene los parámetros del deber objetivo de cuidado, y se limita a la inobservancia de leyes, reglamentos, ordenanzas, manuales, reglas técnicas o *lex artis* aplicables a la profesión u oficio.

Sin embargo, el cuidado objetivo no se limita a la observancia de las normas de previsión y cautela escritas, sino que también hay cuidado objetivo en su inobservancia e incumplimiento; según la situación concreta. Como señala Roxin, “Ya de entrada falta una creación de riesgo y con ello de la posibilidad de imputación si el autor modifica el curso causal de tal manera que aminora o disminuye el peligro ya existente para la víctima, y por tanto mejora la situación del objeto de la acción” (Roxin 2008, 365). Esta tesis significa que es posible inobservar las normas de cuidado cuando la persona que está en situación de peligro, ante el incremento del nuevo riesgo, mejora su situación como víctima.

c.- Deber subjetivo de cuidado

El deber subjetivo de cuidado consiste en la previsibilidad del hecho, la capacidad de evitación y la formación profesional. Estos conceptos se contemplan en nuestro Código como parte del deber objetivo de cuidado, un tratamiento que es incorrecto; pues, como lo establece el mismo artículo 146 del COIP, “la mera producción del resultado no configura la infracción al deber objetivo de cuidado”. Tal puntualización es importante, en vista de que “*la infracción al deber objetivo de cuidado debe ser tanto objetiva como subjetiva, pues se requiere no solo que el autor cree un riesgo para el bien jurídico protegido, sino que también conozca o pueda conocer las condiciones o circunstancias en que actúa*” (Velásquez 2017, 440).

El deber subjetivo de cuidado, es la capacidad de observar y evitar el resultado no deseado o prever que, con la conducta, el resultado podría llegar a producirse. Mirentxu Corcoy Bidasolo señala que “en particular, en los delitos imprudentes, la previsibilidad del resultado determina el ámbito que ha de abarcar el deber objetivo de cuidado; la infracción del deber objetivo de cuidado se discutirá en relación, únicamente, con el reconocible riesgo de realización típica; ello será, aún más relevante, en aquellos ámbito de actividad en los que falta una regulación positiva de las reglas generales de cuidado – reglas técnicas-, ya que, en tal caso, el ámbito del deber de cuidado se determinará exclusivamente atendiendo a la previsibilidad” (Corcoy 2013, 209). Dentro de la previsibilidad, es evidente que se debe contar con el grado de formación profesional del actor, a fin de poder determinar en qué medida le era exigible al profesional una conducta determinada.

No hay violación al deber objetivo de cuidado si el agente, tras ver que era probable la producción del resultado no deseado y haber hecho todos los esfuerzos posibles dentro de su capacidad para evitar su realización, el resultado se produjo. Es lógico que aquí no puede haber infracción; ya que, objetivamente, el sujeto hizo todo lo necesario para impedir el resultado típico en base a su conocimiento y capacidad;

Subjetivamente, el actor cumplió todos los parámetros necesarios según sus conocimientos técnicos, que le permitían medir la previsibilidad del resultado y los posibles mecanismos para evitar su realización; luego no puede haber una violación al deber objetivo de cuidado.

Es decir, el deber objetivo de cuidado está muy cercano al deber subjetivo de cuidado y viceversa, al punto de que ambos son dependientes entre sí, aunque no pueden ser confundidos bajo un mismo concepto, por ser diferentes en su forma y en su contenido.

La preparación profesional es otra de las características del deber de cuidado y una de las formalidades que el Código Ecuatoriano obliga a atender, al igual que la doctrina dominante para determinar si una conducta es o no imprudente; por lo mismo,

mientras más capacitado es el profesional mayor es la exigencia que se le debe requerir. Así pues, “deben tenerse en cuenta, en este juicio objetivo, los conocimientos y facultades individuales del sujeto, así como las circunstancias en las que actuó (si era, por ej., un bueno o mal cirujano, si era una operación de urgencia, etc.)” (Muñoz Conde 2004, 57).

En el caso de Ecuador, no se ha presentado ninguna resolución judicial sobre la materia de imputación objetiva en contra de un empresario. Por este motivo, para justificar la aplicación del deber objetivo y subjetivo de cuidado, me remito al caso de la aerolínea LAPA S.A., sucedido en Argentina, que sirve de ejemplo para demostrar su aplicación en el ámbito empresarial:

“el 31 de agosto de 1999, en el Aeroparque Metropolitano Jorge Newbery, una aeronave de la firma LAPA S.A., conducido por un piloto que registraba pésimos antecedentes, no alcanzó a despegar, continuando la carrera sin control, envistiendo varios obstáculos, sobrepasando los límites del Aeroparque Metropolitano e impactando finalmente contra un terraplén en el predio de la Asociación Argentina de Golf generando el fallecimiento de gran cantidad de personas, numerosos heridos y cuantiosos daños materiales” (Cúneo Libarona 2011, 139).

Este caso es importante, pues permite observar cómo se aplica el deber objetivo y subjetivo de cuidado. En cuanto al deber objetivo de cuidado, el empresario encargado de la designación de pilotos de la empresa, al saber que el capitán que fue ascendido a esa categoría que le autorizaba comandar la aeronave, actividad profesional que por sí representa un riesgo permitido, no cumplía con las normas de cuidado necesarias para ocupar ese cargo, claramente debió prever objetivamente que su falta de capacitación para pilotear el avión, podría conllevar un resultado fatídico como el ocurrido.

Entonces, la decisión del empresario de dar el ascenso al nombrado capitán para que pueda comandar los aviones de la empresa, aumentó el riesgo propio de la actividad empresarial, y lo llevó a límites no autorizados, de modo que se generó un peligro prohibido por el derecho penal.

Desde el punto de vista del deber subjetivo de cuidado, es evidente que el empresario, al ser también un piloto y saber, por su negocio, que los parámetros de precaución debían ser más estrictos; conocía que dicho piloto no estaba en condición adecuada para ser ascendido, por cuanto no cumplía con los requisitos de seguridad exigidos por las normas correspondientes y, aun así, lo promovió al cargo señalado. Por consiguiente, violentó el deber subjetivo de cuidado, que debió cumplir para no ocasionar un riesgo no autorizado con consecuencias penales para él y para todos quienes cumplían una función decisoria en la designación de ascensos a pilotos de la compañía. El cumplimiento del rol de cada sujeto en el ordenamiento orgánico de la empresa, y sus consecuencias por falta de inobservancia de las normas de cuidado, serán brevemente revisados en el apartado correspondiente, al igual que la posición de garante que las personas pueden tener ante situaciones determinadas.

d.- La posición de garante

Existe posición de garante cuando “... en los delitos de omisión impropia el autor, a través de su omisión, causa el resultado previsto en el tipo penal, y está en una posición de evitar la entrada de ese resultado ...” (Donna 2010, 260).

Entonces, la omisión impropia acontece cuando a una persona, la ley o un contrato, como lo señala el Código Orgánico Integral Penal, le impone una situación especial de cuidado sobre cierto bien jurídico que puede ser la vida, la salud o la integridad personal de un sujeto determinado.

En consecuencia, la persona que asume esa responsabilidad es garante de aquellos bienes y, si sucede un resultado sancionado por la ley penal como consecuencia de la falta de acción del garante, entonces se dice que hay *delito de omisión impropia*, que es la terminología comúnmente utilizada en la doctrina penal; mas, para el Código Orgánico Integral Penal es, simplemente, *omisión dolosa*.

De lo expuesto y por exclusión, no cabe delito de omisión dolosa por conductas culposas, aun cuando pueda existir un resultado típico por mera inobservancia o descuido de la persona a cargo de quien se encontraba al cuidado del bien jurídico

sometido a su protección, sin que la ley penal pueda reprimir esa negligencia.

En virtud del análisis precedente se colige que los delitos de omisión dolosa son aquellos “en que el autor sólo puede ser quien se encuentra dentro de un limitado círculo que hace que la situación típica de la omisión equivalga a la de un tipo activo” (Zaffaroni 2002, 452). En otros términos, “estos delitos ... se configuran cuando existe un mandato que obliga a una persona determinada –identificada como garante– a conjurar o evitar un resultado lesivo y su omisión equivale a realización del tipo penal de acción” (Cúneo Libarona 2011, 35-36). Por este motivo, Raúl Zaffaroni dice que “sólo pueden ser autores de conductas típicas de omisión impropia quienes se hallen en posición de garante, es decir, es una posición tal respecto del sujeto pasivo que les obligue a garantizar especialmente la conservación, reparación o restauración del bien jurídico penalmente tutelado” (Zaffaroni 2002, 453).

El artículo 13 de la Ley de Derechos y Amparo al Paciente, actualmente derogado por el artículo 218 del Código Orgánico Integral Penal, tenía como sujeto activo al responsable de un Centro Médico, cuando no se atendía a un paciente que se presentaba en estado de emergencia.

La justicia ecuatoriana, ante un caso concreto relacionado con un importante centro médico de la ciudad de Quito, declaró que su Representante legal era culpable por “conducta omisiva -comisión por omisión- pese a tener el deber de actuar como garante -responsable de un centro de salud... (Amparo al paciente en estado de emergencia 2014)¹ y, por tal concepto, le impuso la pena de doce meses de prisión, decisión que fue ratificada el 10 de nov. de 2014 en sentencia dictada por la Sala de lo Penal de la Corte Provincial de Justicia de Pichincha.

e.- Principio de confianza

El principio de confianza es un concepto ideado por Günther Jakobs; para quien “... significa que, a pesar de la experiencia de que otras personas cometen errores, se autoriza confiar -en una medida aún por determinar- en su comportamiento

correcto (entendiéndolo no como suceso síquico, sino como *estar permitido confiar...*” (Gunther1997, 253).

El principio de confianza debe ser aceptado para fijar de responsabilidades en el ámbito empresarial, porque allí, en base a la delegación de funciones, entrará en rigor esa confianza que deberá existir entre los altos ejecutivos con los mandos medios y entre estos y los demás subordinados. La razón es que cada quien espera que el otro cumpla el rol que le compete realizar dentro del contorno empresarial y, cuando se dé un acto ilícito, la responsabilidad recaerá en la persona que violó ese principio de confianza y, por tanto, faltó al cumplimiento de su función dentro de la estructura empresarial. Este no puede ser entendido sin el *cumplimiento del rol* que cada persona debe realizar, luego es importante que se revise este otro principio en el siguiente acápite.

f.- Cumplimiento del rol

Como último punto relacionado con los principios de la imputación objetiva, nos referiremos al cumplimiento del rol que cada persona debe desarrollar en el ejercicio de sus actividades.

La nueva concepción de la dogmática penal empresarial impone al sujeto una condición de protección basada en aquella obligación legal o contractual que lo obliga al cuidado de la vida, salud, libertad e integridad personal de los titulares de bienes jurídicos, por ej. de los consumidores; de manera que la ley ha encargado al empresario una protección especial que debe realizar para no incurrir en infracciones penales.

La realidad de la criminalidad empresarial es difícil de tratar, debido a las complejas estructuras societarias que impiden la punibilidad de los empresarios denominados hombres de atrás, que son quienes controlan el devenir diario de las sociedades; de suerte que dejan a los operarios u empleados expuestos a recibir la sanción penal, por los ilícitos ocasionados en el ejercicio de las tareas corporativas.

Jesús María Silva Sánchez coincide en que, “ante estas estructuras organizativas más complejas, la

atribución de responsabilidad penal también se convierte en una tarea más complicada. Así, del mismo modo en que el poder de gestión y de decisión deja de ser una función exclusiva del empresario o administrador de la empresa, también la responsabilidad por los posibles delitos que surjan de la actividad empresarial puede ser atribuible a diversos sujetos. Y es que, en esta clase de estructuras empresariales, principios como el de división del trabajo, además de asegurar la eficacia global de la empresa, pueden dificultar la atribución de responsabilidad penal individual...” (Silva Sánchez 2016, 93).

Las empresas deben tener una estructura con definición exacta de las funciones o cargos que cada uno de sus empleados debe realizar dentro de su ámbito de competencia y control, de forma tal que, al momento en que este sale de su rol interno, la empresa podrá imponer la sanción que le corresponda. Y, cuando se trata de un hecho de connotación penal, la defensa del empresario podrá basarse en la violación al principio de confianza, porque él confió en que sus empleados cumplieran cada una de las competencias que se les asigna en la estructura orgánica y la violación de este principio determinará la responsabilidad penal exclusiva del funcionario que faltó a la confianza depositada en él por el empresario. Por ende, una estructura con definición de cumplimiento de funciones es necesaria, a fin de evitar una responsabilidad en cadena o en cascada desde abajo hacia arriba, que pudiera llegar incluso a las más altas esferas ejecutivas de la compañía.

La sociedad actual demanda un cambio de estructura en la teoría del delito, para que sea posible observar conductas típicas de los empresarios y sancionarlas conforme demandan las necesidades sociales. En este sentido, Enrique Peñaranda Ramos manifiesta que “... la conducta de aquel que, siendo el último en actuar, provoca inmediatamente la lesión o la puesta en peligro de algún bien jurídico-penalmente protegido no es, por lo tanto, la única que tiene interés para el Derecho Penal y tampoco es necesariamente la más relevante. Al contrario: en muchas ocasiones adquieren una mayor importancia (o, incluso, una importancia exclusiva) otros comportamientos más alejados de aquella lesión o puesta en peligro, que pueden

haber consistido en tomar la decisión determinante del hecho, en ordenar su ejecución o, simplemente, en no haber adoptado las medidas necesarias para impedir la realización del delito” (Peñaranda Ramos 2016, 237).

Como queda dicho, esta nueva exigencia social demanda cambios en la teoría del delito, y uno de los aspectos más relevantes para hacerlo es desde la concepción del autor, y por tanto desde la teoría de la autoría y la participación.

PARTICIPACIÓN CRIMINAL DEL EMPRESARIO EN DELITOS CORPORATIVOS

Cuando hablamos de organización empresarial, entendemos que esta puede estar estructurada vertical u horizontalmente.

La primera manera “... da cuenta de las relaciones de mando que tienen los presidentes, directores, gerentes o encargados con sus empleados, entre quienes existe una relación de subordinación” (Libarona 2011, 14); esta forma de organización está dada dentro del marco de la estructura más usual de conformación de empresas, donde se encuentra claramente diferenciada la relación entre jefes y empleados: los jefes delegan funciones a sus subordinados para que estos las cumplan en la forma dispuesta.

La segunda forma de organización conocida, es la de plano horizontal, en donde se desenvuelven “... las relaciones laborales existentes entre “pares” o “colegas” que gozan de una misma escala jerárquica y que suelen compartir tareas de similar importancia” (Libarona 2011, 16). En esta estructura no existe la relación de subordinación que hay en la forma vertical.

Por esa misma razón, las estructuras verticales son más difíciles de penetrar que las horizontales, y su complejidad varía también según su tamaño y niveles de delegación entre el jefe de la corporación y los subordinados.

En una empresa vertical puede existir una Junta de socios o accionistas; gerentes o ejecutivos; jefes delegados por departamentos y, debajo de ellos, los empleados que ejecutan las órdenes emanadas de sus superiores. Según el estatuto de cada empresa, es la Junta la que generalmente adopta las decisiones y las políticas de la administración, de manera que, en materia de autoría, el dominio del hecho podría estar allí dentro, y son sus integrantes los autores mediatos de los delitos realizados a nombre o por medio de la compañía.

Autores como Roxin o Feijoo Sánchez están envueltos en discusiones relativas a cómo sancionar a los altos directivos de las empresas. Roxin indica que su teoría del dominio del hecho no fue elaborada para resolver problemas de criminalidad empresarial sino para delitos de estructuras organizadas de poder compuestas desde el Estado o paraestatales, de suerte que su aclaración ha obligado a pensar en nuevas maneras de determinación de formas de autoría y participación.

Lo que queda claro, en este debate, es que lo plausible es no partir desde el obrero o empleado ejecutor de la orden, porque este tiene una capacidad de decisión limitada y muchas veces ni siquiera conoce los alcances legales de sus actuaciones; sino desde los directivos o administradores de la empresa hacia abajo: mandos medios, encargados y empleados. En este sentido, la jurisprudencia española en “sentencia de 29 de julio de 2002, dice que “cuando se trata de delitos cometidos a través de una persona jurídica... la verdadera responsabilidad no está en la base sino en el vértice que tiene capacidad de decisión” (Peñaranda Ramos 2016, 240).

El criterio jurisprudencia español es coincidente. Por ej., la *sentencia de 25 de oct. de 2002* también ratifica que “La organización jerárquica de las empresas determina que no siempre la conducta puramente ejecutiva del operario subordinado sea la que deba ser examinada desde la perspectiva de su posible relevancia jurídico-penal, sino que normalmente será mucho más importante el papel de los que están situados jerárquicamente por encima” (Peñaranda Ramos 2016, 241).

Este modelo de configuración de autoría y participación de arriba abajo (*top-down model*) es evidentemente distinto al utilizado en la delincuencia común, donde no es necesario aplicar estas nuevas construcciones

teóricas. La intención del *modelo de arriba abajo* a criterio de Kuhlen, "... implica el punto de vista referido a la organización, centra su atención en las personas que dentro de la misma son responsables de la toma de decisión. Permite que se haga responder a todo aquél que, por razón de su posición en la empresa, sea competente y está en situación de garantizar la observancia por parte de la misma del cuidado exigido" (Feijoo Sánchez 2008, 7).

Existen críticas al respecto, no sobre la inviabilidad de estas nuevas posturas doctrinales, sino acerca de que la realidad empresarial-societaria, al menos en estructuras muy complejas, se torna difícil la determinación de la individualidad de quienes adoptan decisiones y de quienes las ejecutan.

Si parafraseamos a Feijoo Sánchez, las grandes empresas que son potencialmente peligrosas para bienes jurídicos básicos, la información que se comparte en su interior es tan divulgada entre varias personas, que es difícil que todos quienes comparten esa información puedan considerar el mismo nivel de riesgo sobre la actividad empresarial; el mecanismo de funcionamiento de la estructura social es tan global que difícilmente se puede llegar a identificar al autor o al responsable de determinada gestión empresarial causante de daños sancionables penalmente" (Feijoo Sánchez 2008, 5).

Entiendo que, a criterio de Feijoo Sánchez, el nuevo modelo propuesto no es adecuado para dar solución a todos los problemas que se pueden plantear. Por esta razón, el mismo autor en su libro *Derecho Penal de la Empresa*, págs. 155 y ss. (157 y ss.), citado por Enrique Peñaranda Ramos en su artículo publicado en el libro sobre *Fraude a Consumidores y Derecho Penal*, señala que "pueden ser útiles en determinados casos vinculados a empresas no demasiado grandes, pero desde luego no resuelven mágicamente los problemas".

La observación de Feijoo Sánchez es muy válida, si se considera que, en construcciones societarias complejas, muchas veces los órganos superiores únicamente cumplen con disponer las políticas de dirección general, mientras que los mandos medios son quienes tiene la dirección empresarial del día a día, por lo que el *modelo de arriba abajo* propuesto no sería efectivo ante estructuras empresariales de estas características.

El mismo autor opina que se debe establecer un sistema normativo que permita fijar la responsabilidad penal del "hombre de atrás" por las gestiones practicadas por "el hombre de adelante", en virtud del dominio de la organización. Esta postura es diferente a la teoría del dominio del hecho, que reconoce como autor a quien tiene el control del hecho ilícito, de forma que se lo puede declarar como una acción suya *propia*.

Bajo esta concepción propuesta por Feijoo Sánchez, se puede decir que "el hombre de atrás", autor mediato, tiene el dominio efectivo del hecho, porque cuenta con el poder suficiente para controlar los destinos dispuestos al autor directo del acto ilícito; sea por mandato de acción o por una omisión deliberada, que permite el resultado típico en beneficio para la empresa o el empresario.

De acuerdo al Código Orgánico Integral Penal, la coautoría demanda que todos los intervinientes participen en la ejecución del acto de un modo principal; es decir, que sus ayudas deben ser necesarias para su consumación y, sin estas, el plan del autor/es no puede llegar a darse. En suma, los coautores también son autores del delito, como si constituyeran un solo el autor.

Así pues, la realidad de la delincuencia empresarial obliga a buscar mecanismos legales que reemplacen el esquema de la teoría del dominio del hecho y de la coautoría, para encontrar una que se acomode a la realidad corporativa.

En un comienzo, debido a que no había una teoría aplicable para confrontar la delincuencia empresarial, se quiso usar el modelo de la teoría de "Aparatos Organizados de Poder" de Roxin, postura que encontró en este mismo autor a su primer detractor, puesto que su creación fue moldeada para organizaciones estatales o paraestatales ilegales, bajo un grado de estructura jerárquica muy definida.

La jerarquización requerida por esta teoría no la comparten todas las empresas, además de que las sociedades funcionan por autorización legal de los entes de control del Estado y se trata solo de una excepción cuando se salen de los lineamientos permitidos por las normas legales. En tal virtud, la teoría de los "Aparatos organizados de poder" no podía ser aplicable al problema de la criminalidad empresarial.

El mismo profesor Feijoo Sánchez, ratifica la importancia del reconocimiento de la empresa como una organización social; porque este hecho permite hablar, ya no de un *dominio fáctico del hecho* sino de un concepto de la organización, por el que se entiende que la entidad de esta prima por sobre la voluntad de los ejecutores del hecho, de manera que se explica la existencia de una autoría mediata en los términos señalados por Roxin (Feijoo Sánchez 2008, 9).

El reconocimiento de esta postura se justifica desde la óptica de una política criminal; dado que, al usar la persona jurídica como mecanismo para la comisión de infracciones penales y como forma de protección a los verdaderos beneficiarios de los actos ilícitos, se

busca impedir la impunidad que se ha creado. Además, se considera que, con esta forma de criminalidad, se perjudican bienes jurídicos colectivos como salud, medio ambiente, vida, etc. Sin embargo, la solución que plantea la teoría del dominio de la organización tampoco es tan amigable, porque hay ocasiones en las que los altos mandos de la empresa no tienen conocimiento de lo que sucede en la esfera de los cargos inferiores y, por un principio de culpabilidad, ellos no podrían ser responsables por hechos ajenos a su conocimiento. Si se llegara a sancionar a una persona por un caso así, la estructura penal que poseemos en Ecuador perdería su condición garantista, que es el seguro más importante que nos otorga nuestra Constitución.

PROGRAMA DE COMPLIANCE COMO MECANISMO PARA PREVENIR DELITOS CORPORATIVOS

La política criminal justifica la necesidad de poner mayores controles a las personas jurídicas, inclusive a través del derecho penal, que es el instrumento más eficaz que tiene el Estado para resolver los problemas sociales. Esta necesidad deviene de la influencia, directa o indirecta, que tienen las corporaciones en la sociedad y en el mismo Estado; pero en ocasiones es tan fuerte la presencia de las empresas que, muchas veces, al mismo control estatal se le hace difícil ejercer su función controladora. Por esta razón, es necesario una autorregulación fundamentada básicamente en los mismos principios de imputación objetiva revisados, que facilitan el control interno de detección de riesgos para evitar incurrir en infracciones legales.

Por *compliance* se entiende “aquel conjunto de medidas tendentes a garantizar que todos y cada uno de los miembros de una empresa, desde el presidente del consejo de administración hasta el último de los empleados, cumplan con los mandatos y las prohibiciones jurídico-penales, y a que, en caso de infracción, sea posible su descubrimiento y adecuada sanción” (Vila 2013, 54-55). Para estructurar un sistema de cumplimiento, Ivo Coca (Vila 2013, 56-59) recomienda sujetarse a siete pilares fundamentales:

1. Cultura de cumplimiento: Todos los estamentos de la empresa, desde el cargo ejecutivo más alto has-

ta el empleado de mejor jerarquía, debe asumir el compromiso de cumplir el ordenamiento jurídico.

2. El pre-establecimiento de objetivos empresariales: establecer metas de cumplimiento, para poder establecer objetivos individuales que estén en armonía con las metas generales, y establecer un sistema interno de juridicidad para todos los actores internos de la empresa.
3. Evaluación de riesgos: detectar los riesgos que la actividad empresarial genere, y buscar las medidas necesarias para disminuirlos o incrementar su peligro.
4. Adopción de medidas necesarias para la contención de riesgos: elaboración de las normas internas para aminorar los peligros; aunque, si no es posible realizarla, adoptar las correcciones necesarias para que estos no se conviertan en riesgos prohibidos, porque este hecho conllevaría una posible infracción penal.
5. Delimitación de ámbitos de competencia: como se revisó previamente, las compañías pueden tener sistemas de organización complejos que requieren, para su funcionamiento, tareas de delegación; y, para lograrlo debe existir una organización

- debidamente estructurada que establezca funciones y posiciones plenamente individualizadas para cada persona así como unidad intraempresarial. Tal situación permite establecer las esferas de competencia para cada cargo en la empresa y establecer las responsabilidades individuales, de manera que se consigue evitar la disolución de responsabilidades en las grandes corporaciones e imputar las responsabilidades de las infracciones ocurridas.
6. Sistemas internos de comunicación: la comunicación intraempresarial es fundamental para el control de los riesgos deducidos y para evitar la incurrancia en conductas criminales. La empresa debe tener una comunicación abierta, de modo tal que los miembros de la dirección reciban toda la información sobre riesgos relevantes y los empleados tengan la garantía de conocer cuáles son los riesgos de importancia que se suelen dar en el ejercicio de sus funciones. Se recomienda tener una persona o departamento que cumpla el papel de canal de transmisión de la información dentro de la empresa.
 7. Sistemas de supervisión y sanción: las estructuras societarias pueden ser tan engorrosas que la vigilancia orgánica puede llegar a ser difícil de realizar, por esta causa, se sugiere que exista un sistema de jurisprudencia corporativa: las empresas deben tener un archivo de documentos con resoluciones administrativas internas para guardar una misma línea sancionatoria frente a responsabilidades internas de los infractores, sean empleados, ejecutivos o directivos de la empresa. Para conseguir este objetivo se debería contar con un órgano encargado de gestionar el cuidado del control disciplinario interno que, inclusive, pudiera recibir denuncias de conductas contrarias al *compliance* y garantizar la protección de los denunciantes.

De lo anotado, se puede colegir que el sistema de *compliance*, que es un mecanismo preventivo de comisión de infracciones legales –no solo penales– tiene mucha relación con el sistema de imputación objetiva; porque, si se cumplen los pilares establecidos, se puede prevenir la comisión de delitos y, si estos suceden, se garantizará la aplicación de los principios revisados en este ensayo.

CONCLUSIONES

La importancia que representan las empresas en el giro social y económico de los estados, hace que la política criminal dirija su mirada a la criminalidad empresarial y, por consiguiente, al derecho penal; que, al ser el instrumento más delicado y de mayor eficacia que tienen los países para el control social, es el que mayor avance legislativo debe tener en relación con el desarrollo de la sociedad. El sistema de la imputación objetiva es, justamente, una muestra de la actualización de los sistemas penales a las realidades sociales, en especial a las empresariales, pero no todas las legislaciones siguen al mismo ritmo estos desarrollos conceptuales. Por ej., nuestro Código Orgánico Integral Penal sigue en la retaguardia de los avances legislativos en esta materia, pese a los esfuerzos que se han hecho para tener un Código moderno de acuerdo a las necesidades reales de la modernidad. No solo nuestro Código no ha adoptado correctamente el sistema de imputación objetiva, sino que, además, tiene errores conceptuales muy definidos en materia de autoría y participación; confunde erradamente la instigación con teorías de la autoría mediata. Esta confusión no es correcta,

porque el instigador es sólo un partícipe a quien no se lo puede asimilar con la situación del auto ni siquiera bajo el criterio de la autoría mediata. Sin embargo, no todo es derecho penal, ni tampoco debe serlo, y de ahí la necesidad de contar con un sistema preventivo legal que funcione internamente en las mismas empresas; es decir, que estas tengan su auto regulación (sin esperar a que se ejerza el control sancionatorio del Estado), a través de sus normas penales o del sistema administrativo sancionatorio, que debería ser suficiente en materia de responsabilidad de la persona jurídica.

Ecuador tiene mucho por caminar en esta materia. Pocas empresas asumen la responsabilidad de adecuar su organización interna a un sistema de *compliance*, cuando debería ser una obligación, al menos ética, para su propio beneficio institucional. Los ejemplos más claros y de conocimiento público, por los que se deben exigir estos controles, son los casos de Odebrecht o Caminosca, entre otros, empresas que lograron, en base a corrupción, casi carcomer las estructuras del Estado.

BIBLIOGRAFÍA

- Amparo al paciente en estado de emergencia*. 2014. 17246-2012-00005 (Tribunal Sexto de Garantías Penales de Pichincha, 9 de junio).
- Corcoy, Mirentxu. 2013. *El delito imprudente*. Montevideo-Bs. As.: B de F.
- Cuneo, Rafael. 2011. *Responsabilidad Penal del Empresario. Por delitos imprudentes de sus dependientes*. Bs. As.: Ed. Astrea de Alfredo y Ricardo Depalma.
- Donna, Alberto Edgardo. 2010. *Derecho penal*. Parte general. Vol. VI, Tentativa-Omisión. Bs. As.: Rubinzal-Culzoni Editores.
- Fernandez, Juan. 2011. *Derecho penal*. Parte general. *Teoría del delito y de la pena*. Vol. I, Visión positiva y negativa. Bogotá: Grupo Edit. Ibañez.
- Gimbernat, Enrique. 2013. *Estudios sobre el delito de omisión*. Montevideo-Bs. As.: B de F.
- Gracia, Luis. 2011. *El Moderno Derecho Penal Económico Empresarial y de la Globalización Económica*. Quito: Ed. Jurídica Cevallos.
- Jakobs, Gunther. 1997. *Derecho penal*. Parte general. Madrid: Marcial Pons.
- 2007. *La imputación objetiva en derecho penal*. Mexico: Angel Editor.
- Jiménez, Luis. 2005. *Principios de Derecho Penal, La Ley y el Delito*. Bs. As.: Abeledo-Perrot.
- Luzon, Diego-Manuel. 2016. *Derecho Penal*. Parte general. Montevideo-Bs. As.: B de F.
- Luzon, Diego-Manuel. 2016. *Lecciones de derecho penal*. Parte general. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Muñoz, Francisco. 2004. *Teoría general del delito*. Bogotá: Ed. Temis.
- Peñaranda, Enrique. 2016. «Autoría y Participación en la Empresa.», en *Fraude a Consumidores y Derecho Penal, Fundamentos y Taller de Leading cases*, de Mirentxu Corcoy y Víctor Gomez. Montevideo-Bs. As.: Ed. B de F.
- Roxin, Claus. 2008. *Derecho penal parte general*. Tomo: I Fundamentos de la estructura de la teoría del delito. Madrid: Ed. Civitas.
- Roxin, Claus. 2016. *Autoría y dominio funcional del hecho en materia penal*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones Jurídicas y sociales.
- Salgado, Roberto. 2015. *Tratado de Derecho Empresarial y Societario, tomo I, El Empresario y las sociedades*. Quito: PPL Impresores.
- Sánchez, Bernardo. 2008. «Autoría y participación en organizaciones empresariales complejas». *Revista de Derecho Público* (Universidad de los Andes, Facultad de Derecho).
- Sanchez, Jesus M.^a. 2016. *Fundamentos del Derecho Penal de la Empresa*. Montevideo- Bs. As.: Ed. B de F.
- Velásquez, Fernando. 2017. *Fundamentos de derecho penal*. Parte general. Bogotá: Ediciones Jurídicas Andrés Morales.
- Zaffaroni, Raúl. 2002. *Manual de derecho penal parte general*. Bs. As.: Ediar.

ENTREVISTA

mda.

**“SOY UN FERVIENTE DEFENSOR DE LAS DIFERENCIAS
NACIONALES EN EL DERECHO”
ENTREVISTA AL PROF. JOCHEN TAUPITZ***

I AM A FERVENT DEFENDER OF NATIONAL DIFFERENCES IN LAW

EU SOU UM FERVOROSO DEFENSOR DAS DIFERENÇAS NACIONAIS EM DIREITO

*Arturo Moreno***

**Entrevista realizada en el período octubre 2017 - febrero 2018
Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik
(IMGB)**

* Jurista especializado en derecho médico y ética médica, miembro del Consejo Alemán de Ética desde 2001.

** Esta entrevista fue realizada durante el último periodo de la estadia de Arturo Moreno como investigador invitado (semestre de invierno: oct. 2017 / feb. 2018) en el *Institut für Deutsches, Europäisches und Internationales Medizinrecht, Gesundheitsrecht und Bioethik (IMGB)*. El autor agradece a sus colegas Max Hellmann y Philipp Henneberg por sus palabras de apoyo, y por su ayuda en la aclaración de preguntas jurídicas. El autor no es periodista profesional y cinco de las preguntas que aquí se plantearon están inspiradas en el cuestionario preparado por Gordian Ezazi para los miembros de los consejos éticos. Ezazi, Gordian (2016). *Ethikräte in der Politik. Genese, Selbstverständnis und Arbeitsweise des Deutschen Ethikrates*. Wiesbaden: Springer.

ARTURO MORENO (AM): Actualmente, junto con ser profesor titular de la cátedra de Derecho Civil, Derecho Procesal Civil, Derecho Internacional Privado y Derecho Comparado en la Universidad de Mannheim, es usted Director del Instituto de Derecho Médico y Salud Pública Alemán, Europeo e Internacional y Bioética¹. Un instituto de investigación que fue fundado conjuntamente por las Facultades de Derecho de la Universidad de Heidelberg y la Universidad de Mannheim en octubre de 1998. ¿Sigue siendo su instituto, hasta ahora, la única iniciativa en Alemania de este tipo o existen experiencias comparables? ¿Puede decirnos cómo surgió la idea de fundar un instituto de este tipo con la participación de dos prestigiosas universidades y describir, en términos generales, cómo ha sido la experiencia hasta hoy?

JOCHEN TAUPITZ (JT): El Derecho Médico es un campo de estudio de la ciencia jurídica relativamente nuevo. Recién en la década de los 80, el profesor Erwin Deutsch y otros lo constituyeron como un campo del derecho integro e independiente. También gracias al profesor Deutsch me encaucé de manera muy intensa hacia esta rama del Derecho. Pronto este campo de estudio me fascinó a tal extremo, que terminó por convertirse en mi principal área de investigación. Ya durante la preparación de mi tesis de habilitación me di cuenta de que el Derecho Médico no podía tratarse adecuadamente de forma aislada, solo desde la perspectiva de uno de los tres pilares de la jurisprudencia (Derecho Civil, Derecho Público, Derecho Penal). Por esta misma razón, a la hora de fundar un instituto había que integrar la perspectiva de estas tres áreas del Derecho, así como centrarse en el estudio de los sistemas jurídicos extranjeros e incluir explícitamente cuestiones bioéticas. En vista de la proximidad geográfica entre las Universidades de Heidelberg y de Mannheim, fue obvio para nosotros que los colegas de Heidelberg también debían participar, especialmente al considerar que las facultades de derecho de ambas universidades ya habían demostrado su intención de cooperar de

modo más estrecho que en el pasado. En la Alemania de la época, no existía un instituto con una base tan amplia y, hasta ahora, es el único que cuenta con el respaldo de dos universidades que, en última instancia, continúan siendo competidoras. Afortunadamente, en la actualidad existen cada vez más abogados especialistas en Alemania que se ocupan de preguntas propias del Derecho Médico. Y, obviamente, se siguen estableciendo institutos con una orientación adecuada para esta prometedora área. A partir de febrero de 2018, por ej., habrá un nuevo instituto de Derecho Médico en la *Bucerius Law School* en Hamburgo.

AM: Aunque las áreas de investigación del instituto incluyen la relación entre la ley, la medicina y la salud pública, los estudios han considerado, además, tanto los efectos y desarrollos a nivel europeo e internacional en este campo como también la bioética. Sin duda detrás de estas interconexiones hay una clara intención de fomentar una “vocación interdisciplinaria”. Profesor Taupitz, ¿por qué no concentrarse más bien en el análisis legal del fenómeno?

JT: Todos los argumentos desarrollados en la Filosofía y la Ética para la solución de determinados problemas sociales o individuales pueden ser “traducidos” sin la menor dificultad a argumentos legales y ser integrados.² Por lo tanto, no sería inteligente dejar de lado la riqueza en conocimientos y descripciones de estas disciplinas debido a las consideraciones legales que uno tenga. En este sentido, el Derecho Comparado puede proporcionar impulsos sustanciales para la reflexión sobre el sistema jurídico propio y transmitir, en cierta medida *in vivo*, experiencias acumuladas en otras sociedades. Cuán valioso y, al mismo tiempo, exigente es el intercambio interdisciplinario lo experimento una y otra vez en las numerosas comisiones en las que debatimos preguntas de amplia relevancia social y buscamos ofrecer soluciones concretas.

AM: ¿Cuáles son los objetivos que el Consejo de Ética Alemán, con sus informes y declaraciones,

1 A partir de ahora se citará con sus sílabas “IMGB”. La traducción al castellano del nombre del instituto fue concordada con el propio Prof. Taupitz. En el nombre en alemán la conexión de los adjetivos con los sustantivos es ambigua. La diferencia en la traducción francesa, italiana e inglesa refleja esta problemática. En francés: *L’Institut pour la Loi Médicale allemande, européenne et internationale*, de Santé Publique et de la Bioéthique; en italiano: *L’Istituto di Diritto della Medicina, Diritto Sanitario e Bioetica Tedesca, Europei e Internazionali*; finalmente en inglés: *The Institute for German, European and International Medical Law, Public Health Law and Bioethics*. Como explicó el Prof. Taupitz, en la traducción al castellano se respeta la idea originaria de considerar esta institución como un centro de investigación del Derecho Médico y Salud Pública en su dimensión alemana, europea e internacional y no entender a la *bioética* como un campo de investigación bajo estos tres parámetros.

2 Taupitz, Jochen (Hrg.), *Die Bedeutung der Philosophie für die Rechtswissenschaft – dargestellt am Beispiel der Menschenrechtskonvention zur Biomedizin*. Springer, Berlín/Heidelberg, 2001.

pretende alcanzar o, según su opinión personal, debería pretender alcanzar?

JT: En el *Consejo de Ética Alemán* nos esforzamos por alcanzar compromisos y soluciones de consenso, pero no a cualquier precio. Cuando se hace evidente que dos o más posturas claramente se mantienen antagónicas, hemos considerado como una tarea nuestra el comunicar abiertamente, a toda la opinión pública y a los políticos, las diferentes perspectivas y sus respectivos argumentos. Sobre esta base, cada parte interesada debería ser capaz de formarse su propia opinión.

AM: **¿Con esta respuesta, la pregunta de por qué necesitamos consejos de ética ha sido respondida en gran parte! Pero tomemos en consideración ahora la perspectiva del “ciudadano de la calle”, del no experto, del lego. ¿Tiene él que dejar las preguntas bioéticas en manos de instituciones conformados por expertos? Dicho de otra forma, ¿de dónde deberían provenir las respuestas a estas nuevas preguntas? ¿De los políticos profesionales? ¿De los propios científicos, quienes, con sus hallazgos y logros, son finalmente los que generan las nuevas interrogantes? ¿De los científicos sociales?**

JT: El gran valor de comisiones como el *Consejo de Ética alemán* es que las distintas perspectivas de múltiples disciplinas y de las diferentes partes interesadas se incorporan a la discusión, y así se hacen visibles. Sobre esta base, *todos* deberían formar su propia opinión; tanto los ciudadanos como los políticos o científicos.

AM: **Usted integra activamente otras instituciones éticas. ¿En qué se diferencia el ámbito de competencias del Consejo de Ética Alemán con otros órganos**

consultivos, como son las tareas y observaciones de Leopoldina³ o los informes y evaluaciones de la Oficina de Evaluación del Impacto de la Tecnología (TAB)⁴? ¿El propósito y la materia de éstas y otras instituciones similares en Alemania son los mismos?

JT: El *Consejo de Ética Alemán* también incluye representantes de ciertos grupos sociales. Por ej., personas con discapacidad, representantes de la iglesia católica y protestante, un representante de la fe judía y un representante de la fe musulmana. En el anterior *Consejo Nacional de Ética* asimismo había representantes de los empleadores y trabajadores. El número de miembros de este también es mayor que en otros organismos, de suerte que, en su seno, se da una incorporación de perspectivas mucho más amplia. Y esta situación es sumamente importante para las problemáticas que enfrentamos. Además, hay diferentes puntos de vista *institucionales* a partir de los cuales se tratan los problemas: en el *Comité Central de Ética de la Asociación Médica Alemana*⁵, del que soy presidente, abordamos temas que son importantes para la profesión médica y su trabajo práctico. Por otra parte, el enfoque decisivo en los diversos grupos de trabajo de *Leopoldina* es sobre todo la visión científica.

AM: **Ahora bien, ¿debería considerarse la extraordinaria proliferación de comités de ética que se da en las últimas décadas como un desarrollo positivo o como una manifestación de que el ciudadano común está realmente frente a una tarea imposible?**

JT: ¡Muchos temas bioéticos son extremadamente complejos! Por lo tanto, es bueno que haya entidades que traten los temas de manera comprensible, con sus respectivos pros y contras. Pero si usted quiere hablar

3 *Leopoldina*, fundada tempranamente en 1652, está considerada una de las academias de ciencias más antiguas del mundo. Actualmente consta de unos 1.500 miembros, todos destacados científicos de Alemania, Austria, Suiza y otros países. Como Academia Nacional de Alemania, Leopoldina ha asumido numerosas tareas, entre las que destacan: 1) evaluar de forma independiente los efectos, consecuencias y problemáticas político-sociales que el racionamiento y la actividad científica produce; 2) desde 2008 representa a la comunidad científica alemana en los encuentros internacionales; 3) junto con otras instituciones homólogas de Alemania e internacionales, Leopoldina organiza y promueve el trabajo de grupos interdisciplinarios de expertos y formula declaraciones públicas sobre temáticas actuales; 4) también está preocupada de promover la discusión científica y del público en general, de apoyar a jóvenes científicos y otorga premios a proyectos de investigación; 5) otra tarea suya es la defensa los derechos humanos de los científicos perseguidos en el extranjero. Ver: www.leopoldina.org.

4 La *Oficina de Evaluación del Impacto de la Tecnología* (*Büro für Technikfolgen-Abschätzung, TAB*; en inglés, *The Office of Technology Assessment*) es una institución científica independiente que asesora al *Parlamento Alemán* (Bundestag) y sus respectivos comités sobre preguntas referentes a los impactos sociales surgidos por los avances científicos y tecnológicos. Véase www.tab-beim-bundestag.de.

5 El nombre oficial de esta institución es *Zentrale Kommission zur Wahrung ethischer Grundsätze in der Medizin und ihren Grenzgebieten* (Comisión Central para la Protección de los Principios Éticos en Medicina y sus Áreas Fronterizas), pero es comúnmente citada como *Zentrale Ethikkommission* o ZEKO. Fue creada en 1994, por iniciativa de la *Junta de la Asociación Médica Alemana*, como un organismo independiente e interdisciplinario. Comenzó a funcionar en julio de 1995. Sus informes y opiniones se concentran en cuestiones éticas de especial relevancia para los profesionales médicos; de ahí que sus comentarios estén dirigidos principalmente a estos. En sus estatutos se estipula que su orientación operativa es la defensa de los valores y principios de la *Ley Fundamental Alemana* y la ética médica. El Prof. Taupitz fue nombrado su presidente el 2017. Véase www.zentrale-ethikkommission.de

de comités de ética, entonces debe mirar más allá de los gremios que cumplen una asesoría política –como el Consejo de Ética o el Comité Central de Ética de la Asociación Médica Alemana– y considerar también a aquellos comités de ética tradicionales que han logrado multiplicarse desde los años 70. Se trata de cuerpos interdisciplinarios que asesoran sobre proyectos de investigación concretos o –por ej., en la exploración de nuevos fármacos– tienen la tarea incluso de aprobarlos o prohibirlos. Estos organismos tienen una importante función en la protección de los *sujetos de experimentación* que se desean incluir en la investigación. Además, existe una tendencia a tomar decisiones médicas concretas que dependen del dictamen de un comité de ética: un diagnóstico preimplantatorio, por ej., no puede llevarse a cabo en Alemania a menos que un comité de ética haya dado previamente el visto bueno para el caso particular. Sin embargo, no considero apropiada tal estructura decisional; porque, aquí, un comité se inmiscuye directamente en la relación personal médico-paciente.

AM: El Derecho y la Ética caracterizan las actuales discusiones sobre el desarrollo y el potencial de las modernas ciencias naturales y de las ciencias de la vida. Y, de repente, la voz de la política ha terminado haciéndose más fuerte en esta área; en la cual, tradicionalmente creíamos que no debía decir nada: “Solo la libertad crea conocimiento”. Un texto clásico para este principio es El Conflicto de las Facultades (1789) donde Kant critica fuertemente la influencia de la política en la búsqueda de conocimiento. ¿Ve usted una redefinición de la relación entre el Estado y la ciencia? ¿Está el Estado llamado a “orientar” o a controlar directamente con regulaciones la “inquietud creativa” (Gottfried Schatz) de los científicos?

JT: Para la ciencia alemana, el parr. 3 del Art. 5 de la Ley Fundamental de la República Federal⁶, es decir, de la Constitución Alemana, es el punto de partida según el cual, la investigación y la enseñanza son libres. Desafortunadamente, esta libertad ha sido limitada de muchas maneras por grilletes burocráticos que, no pocas veces, tienen también motivaciones políticas. Por lo demás, la misma ciencia no ha sido siempre lo suficientemente vigorosa ante tales tendencias. Estoy

pensando, por ej., en el absurdo activismo de la acreditación o en el “becerro de oro” de los fondos externos de financiamiento.

AM: A menudo se ha hablado de una “judicialización de la política” en relación al rol del Tribunal Constitucional de Alemania (BVerfGG). ¿Es posible hablar actualmente de una “moralización de la política” en relación al rol de instituciones como el Consejo de Ética Alemán?

JT: Si uno entiende la Ética como la ciencia de la moral, entonces realmente uno no hace nada distinto en la Ética que en la Ciencia Jurídica. En un caso concreto, los diversos principios básicos y supuestos morales o legales buscan conducirnos a una concordancia práctica. Aunque, por supuesto, el Derecho, con la Constitución y los demás actos jurídicos (también los internacionales), tiene anclajes o fundamentos más o menos sólidos que no hay en la Ética. Pero el análisis en ambas disciplinas, y en especial en la política, debe ser integral. Por lo tanto, es más probable que una “Eti-ficación de la política” se deba más bien al hecho de que términos como “Ética” o “ético” se usan con más frecuencia que antes, a veces asociados a una dimensión “moralmente superior”. Sin embargo, uno también debe darse cuenta de que no existe “la” Ética; sino, más bien, que hay numerosas orientaciones como la *deontología*, que juzga las acciones como buenas o malas consideradas en sí mismas, es decir independientemente de sus consecuencias, o la *ética de la convicción* [Gesinnungsethik], según la cual, las acciones se evalúan de acuerdo al principio inspirador (intención) de la acción, con independencia de sus consecuencias. También se debe nombrar al *consecuencialismo*, donde las acciones se juzgan sobre la base de sus consecuencias o resultados (“el fin justifica los medios”).

Finalmente, habría que mencionar el *utilitarismo*, según el cual, el principio de utilidad se halla en primer plano: “actúa de tal manera que surja el mayor grado posible de felicidad” y, ciertamente, a través de la agregación de la felicidad de los sujetos individuales. Es sorprendente que, en los debates éticos, rara vez se expone en cuál de estos marcos, todos ellos muy diferentes, se basa la argumentación.

⁶ En su Art. 5 párr. 3, la *Ley Fundamental de la República Federal de Alemania* establece: “El arte y la ciencia, la investigación y la enseñanza científica son libres. La libertad de enseñanza no exime de la lealtad a la Constitución”.

⁷ Aquí se utilizó originalmente la expresión *Ethisierung der Politik*. El autor reconoce que los términos *moral* y *ética* no son sinónimos estrictos, pero se trató de apelar al sentido más general de ambos, en pos de su mejor comprensión en el idioma castellano.

AM: A propósito, ¿tienen sentido las moratorias? ¿Cómo evalúa sus resultados? ¿Pueden realmente detener desarrollos no deseados, al menos durante un tiempo previsible o solamente retardarlos un poco? En una comunidad globalizada constituida por países o jurisprudencias liberales (Gran Bretaña, Israel, Islandia) y no liberales, en lo referente a experimentaciones genéticas, ¿no necesitaremos pronto un “Derecho Cosmopolita” vinculante?

JT: El Derecho Internacional ya busca llegar a soluciones globales uniformes en áreas problemáticas que poseen una importancia central para la humanidad en su conjunto. Sin embargo, como sabemos, las divergentes opiniones nacionales dificultan llegar a un acuerdo internacional. Este problema se da también en el ámbito de *las moratorias*. ¿Quién debería adoptar una moratoria vinculante y quien debería hacerla cumplir? A menudo el llamado a una moratoria se asemeja más bien a un llamado a los científicos (y también a una parte de la comunidad científica) para que comprendan que no hay que apresurarse a emprender experimentos arriesgados con alcances inconmensurables e irreversibles

A propósito, yo soy un ferviente defensor de las diferencias nacionales en el Derecho. Solo de esta manera puede surgir una competencia entre los sistemas legales y pueden volverse visibles las ventajas y desventajas de las diferentes soluciones. Tampoco tengo temor a que sobrevenga una *race to the bottom* (una carrera hasta tocar fondo) mundial, es decir, una tendencia hacia un nivel más bajo de protección. La conciencia social sobre una forma apropiada en el trato con las personas claramente no ha terminado de una manera unilateral en un “embrutecimiento de la moral” o en una “instrumentalización del ser humano”. La extensa ley de protección de datos, el derecho de protección a la privacidad, la progresiva inclusión en la sociedad de personas con discapacidad o la creciente importancia de la calidad de sujeto (de derecho) de los menores de edad muestran que, en muchas áreas, domina hoy una sensibilidad mucho mayor que antes, y que la libertad de acción que apela a la protección de los intereses personales está mucho más restringida.

AM: Pero usted, como ferviente defensor de las diferencias nacionales en el Derecho, no puede hacer caso omiso de que estas distinciones y particulari-

dades también hacen que la cooperación científica internacional sea bastante compleja. ¿Cómo se puede abordar con éxito esta problemática? ¿Permiten las diferencias nacionales en el plano de la jurisprudencia que sus temáticas sean también las de institutos de investigación internacionales? Y, por último, ¿cómo se pueden representar adecuadamente aquí los obvios obstáculos del lenguaje (del que depende la tradición legal) y las diferencias socioculturales?

JT: Las preguntas sobre Medicina y Derecho, sobre legislación de la Salud Pública y, ante todo, sobre bioética –temas que trabajamos intensamente en nuestro instituto– poseen frecuentemente una amplia relevancia internacional. Piense usted en el tema de la *Genome Editing* (edición del genoma humano), que actualmente se presenta como el tema internacional más intensamente discutido y que hoy constituye para nosotros también un foco de investigación. Hemos participado como instituto en varias publicaciones sobre este tema y he tenido el privilegio de exponerlo en varias conferencias internacionales, inclusive en Brasil. Además, la Medicina y la Ética, que son de particular importancia para nuestras preguntas, no tienen, a diferencia del Derecho, una orientación principalmente nacional. Si ya uno cruza los límites entre las disciplinas Derecho-Medicina-Ética, no queda nada más que un pequeño paso para mirar más allá del orden legal nacional. Por supuesto, las diferencias lingüísticas presentan un innegable obstáculo, y también se deben considerar las diferentes tradiciones del Derecho y las particularidades socioculturales. De todos modos, esta problemática se hace real cuando se trata de propuestas concretas para cambiar el propio orden jurídico. Pero precisamente tales diferencias hacen que las discusiones sean tan fructíferas, e inducen a que los abogados tengan una visión muy crítica de su propio sistema legal. El derecho comparado es aburrido cuando los resultados y los caminos hacia la respectiva solución son los mismos; él asume un palpitante interés ante todo cuando se pueden distinguir las diferencias y examinar sus respectivas ventajas y desventajas.

AM: Estimado profesor Taupitz, sinceramente le deseo a usted lo mejor en este nuevo año de vida, y le agradezco por el tiempo que ha brindado para esta conversación.

Mannheim, marzo 2018.

RESUMEN COMENTADO DE OBRA

Udela

RESUMEN DE LA VISIÓN ONTOLÓGICA QUE SE HALLA A LA BASE DE LA ÉTICA DE BENITO SPINOZA

SUMMARY ON THE ONTOLOGICAL VISION UNDER THE ETHICAL BASIS PROPOSED BY BENITO SPINOZA

RESUMO DA VISÃO ONTOLÓGICA QUE SE BASEIA NA BASE DA ÉTICA DE BENITO SPINOZA

Emilio Cerezo*

Recibido: 15/10/2017

Aprobado: 20/02/2018

Resumen

Hay dos planos de consideración de la realidad. El 1.º es el de Dios –el del universo considerado como un todo–, que es *absoluto*, en el cual no existe el mal ni la negatividad, y todo “modo del ser” tiene el derecho a desarrollar al máximo su propia potencia; por ej., un tigre hace bien en comerse a una persona. El 2.º es *relativo* al interés de ese modo del ser que es el humano. En este plano se define qué es bueno o malo según el modelo ideal de naturaleza humana más racional y factible que se perfila en cada época; y el autor propone tres *géneros de conocimiento* y vida que permiten desarrollar la potencia propia, de los humanos tanto individuales como colectivos: de forma más determinista (la *pasión*) y de forma más libre (la *acción* y la *unión con Dios*).

Palabras clave: Dios; Modo-humano; Potencia; Razón; Imaginación

Summary

For dutch philosopher Baruch Spinoza, there are two levels under which reality is appreciated: the first one is the one of God and the universe as a whole. Since the universe is absolute, the concepts of “good” and “evil” are non-existent. Every being is entitled to develop its potential to the fullest extent (for example, a tiger does well in eating a person). The second level is conditioned to the way that human beings are. Under this perspective, what is good or bad is defined

by an ideal model of human nature, that changes with time. The author also proposes the levels of knowledge and life that allow to develop one’s own potential: a determinist one (passion) and a more libertal one (action and the union with God).

Key words: God; Human Mode; Potentiality; Reason; Imagination

Resumo

Existen dos planos sobre a consideração da realidade. O 1.º é o de Deus –o do universo considerado como um todo–, que é *absoluto*, no qual não existe o mal nem a negatividade, e toda “forma de ser” tem o direito de desenvolver ao máximo sua própria potência ; por ex., um tigre faz bem em comer uma pessoa. O 2.º é *relativo* ao interesse desse modo de ser que é humano. Neste plano se define o que é bom ou mau segundo o modelo ideal da natureza humana mais racional e factível que se impõe em cada época; e o autor propõe três *gêneros de conhecimento* e vida que permitem desenvolver a potência própria, dos humanos tanto nos âmbitos individuais como coletivos: da forma mais determinada (*a paixão*) e de forma mais livre (*a ação e a união com Deus*).

Palavras chave: Deus; Forma-humana; Potência; Razão; Imaginação

* Licenciado y Magister en filosofía por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Profesor a tiempo completo de la Universidad de las Américas, de lógica, deontología jurídica y filosofía del derecho. Especialista de la filosofía ética de Espinoza.

INTRODUCCIÓN

Baruch Spinoza nació en 1632, en una familia de judíos marranos¹ que migraron a los Países Bajos desde Portugal, aunque sus abuelos provenían de la actual Cantabria, en la costa norte de España. Su lenguaje materno era un español influenciado por el portugués. Como era un niño excepcionalmente talentoso, sus padres le llevaron a la sinagoga de Ámsterdam, donde, por años, le dieron la mejor educación posible, destinada a los futuros rabinos: hebreo, Antiguo Testamento, Talmud, exégesis bíblica. Por su inquietud intelectual, tomó contacto con el ex jesuita Francis van del Enden, quien le enseñó latín, francés, la crítica cartesiana a la filosofía escolástica y bases de ciencia moderna. Así se unió al principal grupo de pensadores críticos de Holanda, los *colegiantes*. Sobre esta base teórica, tras la muerte de su padre se presentó en la sinagoga y disertó en público sobre su idea de que el alma muere con el cuerpo y de que no existe un dios personal con quien se pueda dialogar, a quien uno pueda pedir algo o maldecir. Casi de inmediato le excomulgaron de la comunidad judía.

Vivía de pulir lentes finos. Mantuvo correspondencia fluida con importantes pensadores y científicos de la época. Y, al final de cada carta, ponía *caute*, término latino con el que avisaba: “cuide que solo gente de su confianza lea este texto”. Por la única obra filosófica que firmó con un pseudónimo, el *Tratado teológico-político*, recibió críticas tan amenazadoras, que decidió no publicar nada más. Así que su *Ética*, su libro inacabado *Tratado político* y las demás obras filosóficas fueron publicadas *post mortem* por sus amigos, y enseguida fueron puestas en el índice de libros prohibidos por católicos (1690) o protestantes.

Interrelacionó a fondo tres mundos teóricos complejos: la sabiduría hebrea, la filosofía greco-escolástica y el espíritu de la ciencia moderna. De Descartes y de Hobbes heredó numerosas ideas, aunque criticó muchas otras. Influyó algo en Hegel, pero sobre todo en Nietzsche, Marx, Freud y Jacques Lacan. En cuanto a la ciencia actual, la psicología de los afectos está en deuda con él, así como la neurofisiología del cerebro, tal como lo proclama Antonio Damasio, profesor portugués de la Univ. del Sur de California, en su obra *En busca de Spinoza: Neurobiología de la emoción y de los sentimientos* (2005).

La obra central del autor, *Ética demostrada según el orden geométrico*, tiene dos planos. El 1.º presenta las ideas según una metodología deductiva euclidiana: definiciones, axiomas; así como proposiciones, con sus demostraciones y corolarios. El 2.º se refiere a la vida humana: expresa un saber anclado en los aspectos más complicados de nuestra humana, los afectos y deseos; y se presenta, ante todo, en esas notas al margen que son los *escolios*. Esta obra es un tratado que incluye una ontología panteísta y una antropología filosófica, como bases ineludibles de una ética que presenta, con toda su fuerza, la lucha agónica que se libra en el espíritu humano, cuyos protagonistas son la razón, enfrentada a esa rica herencia animal que son los afectos.

Entre las visiones de su obra escojo una que distingue dos planos: *la perspectiva absoluta o divina*, la de la Naturaleza vista como un todo articulado que posee prioridad ontológica; y *la relativa*, la que más interesa al ser humano, por ser la única posible desde nuestro estatuto de modos finitos de Dios, si bien tenemos la

1 ¿Por qué se sentían perseguidos los migrantes judíos en Holanda, en su mayoría venidos de Portugal? En los reinos musulmanes y cristianos medievales de la Península Ibérica, aunque se discriminaba a los judíos, se los toleraba, por su aporte a la economía. Tras la peste negra (1348) cleros fanáticos culparon de esta, como chivos expiatorios, a los “asesinos de Cristo”. En 1391 hubo un genocidio popular de judíos en Aragón y Castilla. Una ley de 1412 les obligó a portar una rodela rojiza en la ropa sobre el hombro derecho. Así, del cerca de ¼ de millón de judíos que había, algunos huyeron a los países limítrofes, y más de la mitad se convirtieron al catolicismo, de modo que, por el año 1415, solo quedaban unos 100 mil atados a su fe, muchos de ellos huidos al campo, donde apenas se les perseguía. Desde 1490, en las ciudades, por una década se les recluyó en barrios rodeados de un muro, o guetos llamados juderías -igual que a los moros-, de los cuales solo podían salir si su trabajo lo exigía. Para 1492, en Castilla quedaban unos 80 mil judíos, y poco más de 60 mil en Aragón, y en ambos reinos había más prestamistas y comerciantes cristianos que judíos; luego su poder político era minúsculo y su papel económico, modesto. Pero la exigencia de un Estado moderno no era coherente con la existencia de grupos con cierta autonomía; y los judíos, por tener poco poder y ser rechazados por la mayoría de la población, fueron los primeros en ser atacados. En efecto, la inquisición fue introducida por Isabel la Católica en Castilla (1478) con la excusa de reprimir a los judíos convertidos al cristianismo que, clandestinamente, practicaban sus creencias judaicas, quienes el pueblo empezaba a llamar *marranos*. El 31-III-1492, Isabel y Fernando firman el edicto por el que los judíos, en máximo 4 meses irían al exilio. Podían decidir el destierro o la conversión al cristianismo. Ver datos en direcciones web: [https://es.wikipedia.org/wiki/Marrano_\(judeoconverso\)](https://es.wikipedia.org/wiki/Marrano_(judeoconverso)) y https://es.wikipedia.org/wiki/Expulsión_de_los_judíos_de_España.

capacidad de conectarnos con aquel todo que, a la vez, nos atrae y determina. He ordenado este resumen, en base los capítulos 1 y 2 de la *Ética*., que son la base

de su análisis de los afectos. Mis comentarios van entreverados con los párrafos del resumen, precedidos por una “C”.

PARTE I: DE DIOS (MARCO ONTO-ANTROPO-LÓGICO DE LA ÉTICA)²

Según la Parte I de la *Ética* espinosiana, Dios es el universo, la totalidad de la naturaleza, que forma una única substancia con potencia infinita y eterna. Y, como es pura *potencia en acto*, originaria y originadora (*Natura naturans*), posee un infinito número de atributos que integran su esencia: todo lo que no sea absurdo tiene que darse. Así, en todo proceso real hay un determinismo absoluto. Esta ontología es un inmanentismo naturalista que excluye toda trascendencia. En efecto, cada evento causal no es sino una manifestación necesaria de Dios, que es una *auto-causa* “no libre”, pues no ha podido dejar de hacer lo que ha hecho.

A Dios se le puede pensar también en un 2.º plano, el de los *modos* que tiene Él de presentarse: la *natura naturata*, y cada modo del ser puede captar solo los seres que son coherentes con su propia realidad. El **Árbol o Sistema modal del ser incluye tres géneros.**

Según el 1.º, de cada atributo divino se sigue en forma necesaria y directa un *Modo infinito inmediato*, que expresa una parte de la esencia de Dios. Hay solo dos atributos cognoscibles para la humanidad: el pensamiento y la *extensión*. *El modo infinito inmediato del pensamiento* es el *Entendimiento Absolutamente Infinito*: el orden y conexión universal e impersonal de las esencias racionales o ideas-en-Dios, que da cuenta del orden y conexión de las causas de las cosas; y, así, es la garantía ontológica de la verdad. *El modo infinito inmediato de la extensión* es el *Movimiento y el Reposo*: las leyes del comportamiento de los cuerpos.

En el 2.º género, el de los *Modos infinitos mediatos*, los dos accesibles al ser humano son: la totalidad fáctica actual del *pensamiento* (que Spinoza no identifica, y que tal vez sea la actual comunidad total de las mentes, sean o no humanas) y la *faz actual del universo físico*

o extenso (que sería un corte sincrónico o representación fáctica de este en un momento dado). En el nivel 3.º, están los *Modos finitos*, con sus duraciones variadísimas; y los dos perceptibles para la humanidad son los *pensamientos* y los *cuerpos extensos concretos*, que también son *necesarios*, por surgir y perecer dentro de cadenas causales del ser. De ahí que entender algo como *contingente* sea una deficiencia del conocimiento humano, ya que desconocemos la mayor parte del orden y dinámica de las causas.

Para cada modo humano finito hay correspondencia entre su cuerpo extenso y la idea de este; es decir, su *alma*, que es también idea de sí misma: *autoconciencia*; de ahí que ella muera con el cuerpo. Además, dado el paralelismo cuerpo-idea, “el orden y conexión de las ideas es el mismo que el... de las cosas” (II: 7)³; este es el principio base de la epistemología y la teoría de la verdad espinosianas. Un cuerpo se distingue por las relaciones internas de movimiento y reposo que le constituyen: por su *esencia*; y, hacia fuera, por su incesante interrelación (*occursus* = encuentro) con otros; y la duración de cada cuerpo consiste en todos los encuentros o *afecciones* que experimenta: en las modificaciones de su *potencia* o fuerza existencial (que es su *esencia*), causadas por los cuerpos con los que sin cesar interactúa. Respecto al alma, “las ideas que tenemos de los cuerpos exteriores revelan más la constitución de nuestro cuerpo que la naturaleza de los cuerpos exteriores” (II: 16, Cor. II). Luego la *autoconciencia* humana es *implícita*, pues “El alma no se conoce a sí misma sino en cuanto percibe [consciente o inconscientemente] las ideas de las afecciones del cuerpo” (II: 23), es decir, los cambios (o sensaciones) que vive ese cuerpo. El ser humano tiene una memoria subjetivo-objetiva, consistente en “cierta concatenación de ideas que implica la naturaleza de las cosas que están

² Los comentarios del autor están precedidos por la letra C-.

³ Nos referiremos así a las frases tomadas de la *Ética* (la traducción de Vidal Peña): entre paréntesis irá, en números romanos, el capítulo (del I al V), en que se halla el texto citado; seguido de dos puntos, irá el número arábigo que corresponde a la proposición de que se trate; y, cuando sea el caso, se pondrá que se trata de una *demonstración* (Dem.), un *corolario* o consecuencia lógica (Cor.), o un *escolio* o nota al margen (Esc.).

fuera del cuerpo..., y que se produce en el alma según el orden y concatenación de las afecciones del cuerpo humano” (II: 18, Esc. [a]).

Si en su experiencia interna, o en un encuentro con otros cuerpos, el nuestro aumenta su potencia de acción, el alma se ve afectada de *alegría*; mas, si la potencia del cuerpo cae, el afecto del alma será la *tristeza*. En suma, los *afectos* son las ideas (que se dan en el alma) sobre las afecciones del cuerpo. En la mayoría de los *modos humanos*, la potencia del alma tiende a aumentar o disminuir en forma determinista y paralela con las variaciones de la potencia del cuerpo; y, así, los individuos siguen sin saberlo (*ciegamente*) a sus afectos, los padecen y, son siervos de ellos. De esta forma viven en ese *género 1.º de conocimiento* (y vida) que es la *pasión*, pues ellos no son sino *causa inadecuada*⁴ de lo que sienten o hacen y, por tal motivo, sus vivencias están casi *ciegamente* prescritas por las cadenas de causas que enlazan la historia relacional de los cuerpos. Pero hay seres humanos que *obran* y, por tanto, viven en la *acción*, o *género 2.º de conocimiento*, ya que son *causa adecuada* de lo que ocurre en su cuerpo y, así, perciben clara y distintamente los efectos de sus actos.

En el ámbito individual, una vida ética sana consiste en esforzarse al máximo por ir pasando del estadio de la *pasión*, en que el alma vive dominada por los afectos, al de la *acción*, donde el alma se guía más por la razón, aliada con los afectos positivos, que aumentan la potencia anímica; así, ella se va haciendo más autoconsciente y libre. En la esfera supra-individual, todo cuerpo debe combinar su potencia con la de otros que sean compatibles con él; de ahí resulta otro cuerpo de mayor potencia que tenderá a acrecentar esta, de acuerdo a la ley universal del *conatus*, según la cual todo cuerpo se esfuerza por conservar su potencia y, en lo posible, por aumentarla. Por lo tanto, en un plano cognoscitivo (gnoseológicamente), podemos tomar como unidad de análisis cualquier nivel de complejidad de la composición entre cuerpos: una molécula, un músculo, el cuerpo entero de un animal, un rebaño...

Desde la relatividad de un modo finito dado, es éticamente *bueno* lo que eleva su potencia de acción y vida,

y *malo* lo que se la resta; y, desde el enfoque absoluto de Dios-Universo-Naturaleza, todo evento es perfección, pues es causado por Él. Igual pasa con conceptos como los de *fealdad* o *belleza*, pues no son tanto una cualidad de cierto objeto como un efecto que se da en quien la considera; ya que las cosas, tomadas en sí mismas o en su relación con Dios, no son ni bellas ni feas. En general, “*la perfección y la imperfección son solo... nociones que solemos imaginar a partir de la comparación entre sí de individuos de la misma especie*” y “*en la medida en que les atribuimos algo que implica negación –como término, límite, impotencia, etc.– los llamamos imperfectos*” (IV: Prefacio [e]). Bien y mal son nociones que formamos a partir de la comparación entre las cosas. Respecto a ese conjunto de modos finitos que es la humanidad, es bueno todo lo que sabemos con certeza que es un medio para acercarnos al modelo ideal de naturaleza humana que nos proponemos, y malo lo que nos aleja de ese modelo; y un ser humano es perfecto o imperfecto, según se aproxime o aleje de tal modelo.

C.– Hoy sabemos que tal *modelo* va cambiando con el tiempo según la cosmovisión de cada época.

Ya vimos que, desde la *perspectiva absoluta del ser*, la *perfección en general* es la *realidad*: la esencia de una cosa cualquiera en cuanto que opera de cierto modo, sin tener en cuenta su duración (= vista desde la infinitud divina); y, en este escenario total, el valor del ser humano y de su ideal de perfección es solo *relativo*. De ahí que, para incrementar su potencia, un tigre tenga derecho de zamparse a un hombre. Otra consecuencia del cruce entre los planos, absoluto y relativo, es que desde el 2.º se consideran las causas finales (teleología) relativas un modelo histórico ideal; y, sobre todo en el modo humano, hay grados de libertad. Pero, desde el 1.º, todo evento está regido por un determinismo inexorable y solo Dios es libre; por tales motivos, los hombres llaman *causa final* a lo que solo es su fin unilateral: a la utilidad que apetecen según su naturaleza o potencia, por ser inconscientes de las causas que los determinan a apetecer algo. También “consideren las cosas de la Naturaleza como si fuesen *medios* para conseguir lo que les es útil” (I: Apéndice [c]) y “juzgan necesariamente de la índole ajena a partir de la propia”

4 En la *Ética* espinosiana, una causa es *inadecuada* (término cartesiano) por ser secundaria y muy débil, ya que el alma de las personas pasionales la vive de manera confusa, sin conocer propiamente su estatus.

(Ibíd.): al verlo todo desde sus afectos, tienden a absolutizar sus puntos de vista, que no son sino relativos.

C.– En Aristóteles, la *causa final* es el *telos* o meta ideal de perfección que corresponde a la naturaleza de cada ser. Luego su filosofía es *teleológica* (encaminada hacia cierta causa final modélica), y el objetivo ético de cada ser humano es esforzarse, toda su vida, para desarrollar al máximo sus facultades, a fin de lograr la perfección que corresponde a su naturaleza y alcanzar así la felicidad. Mas, en la ética espinosiana, solo habría cierta teleología implícita en el 2.º género de conocimiento; dado que, en cada época, se redefine el modelo de ser humano que es útil para desarrollar la potencia individual o colectiva. Pero la mayoría de los seres humanos, que viven bajo la égida de sus afectos, llamarían “causa final” (si conocieran este término) a los intereses personales surgidos de sus afectos y deseos. En suma, el discurso ético de Spinoza da importancia al análisis de los fines unilaterales que dominan la imaginación humana.

Como cuerpo colectivo, la humanidad avanza por obra del desarrollo de su potencia en base a los medios con los que cuenta: el entendimiento o razón, por un lado, y los afectos asociados a las sensaciones, que producen una construcción imaginativa del mundo plagada de sesgos unilaterales.

C.– Tales sesgos suelen estar impulsados por los deseos de placer o de poder que dominan la mente de cada quien.

Las concepciones o *nociones comunes* que comparten varios grupos humanos suelen provenir más bien de entender las cosas mediante el uso de la razón. El ámbito en el que difieren las cosmovisiones, y por lo tanto es probable que entren en conflicto, se genera debido a estructuraciones de la experiencia vital en torno a

nociones como las de *bien/mal*, *orden/desorden*, *mérito/pecado*... Estas provienen de construcciones imaginativas de la realidad trazadas a partir de intereses particulares egoístas que lo ordenan todo desde ideas inadecuadas tales como los pares *agradable/desagradable* o *sano/corrompido* que, falsamente, se atribuyen a las cosas como si formaran parte de la naturaleza de estas. En suma, “las nociones por las cuales suele el vulgo explicar la Naturaleza son solo modos de imaginar, y no indican la naturaleza de cosa alguna, sino solo la contextura de la imaginación”; y ellas “no son más o menos perfectas porque deleiten u ofendan los sentidos de los hombres, ni porque convengan o repugnen a la naturaleza humana” (I: Apénd. [i]).

C.– Así, para Spinoza, el ámbito de la *pasión* es el reino de las visiones relativas y parcializadas. La objetividad solo sería alcanzable a nivel del género cognoscitivo de la *acción*. Esta visión, centrada en las *nociones comunes* (aquellas en las que coincidimos) y en las *causas* de las realidades, permitiría juzgar las divergencias culturales sin caer en un relativismo absoluto, así como tratar de vislumbrar sus posibles complementariedades (la *composición de potencias*).

La perspectiva relativa con la que el modo humano se concibe necesariamente a sí mismo puede conectarse mucho mejor, mediante la guía de la razón (que conoce el ser de los afectos y el sesgo que generan en nuestros saberes cotidianos), con el punto de vista de Dios.

Esta visión “divina” se aproxima a una tentativa de alcanzar las leyes de comportamiento de la realidad, similar a la del método y el saber científicos, pues toma como base ética una concatenación racional-objetiva de los afectos.

C.– De esta suerte, permite abrir, en la teoría, una perspectiva de *iusnaturalismo* moderna, secularizada.

PARTE II: DE LA NATURALEZA Y ORIGEN DEL ALMA (LOS TRES GÉNEROS DE CONOCIMIENTO)

Spinoza trata de acceder al punto de vista afín a Dios y acercarse al saber absoluto, mediante la distinción entre dos mundos mentales. 1.º define *la imaginación y sus ideas inadecuadas* o forjadas (falsas: mu-

tiladas y confusas); que, por nacer extrínsecamente (debido a la influencia de otros cuerpos) y, así, por afectos generados en el alma “según la fortuita presentación de las cosas” (II: 29, Esc.), son “privación de

conocimiento” (II: 35) y dependen solo de la memoria. 2.º define la *potencia del entendimiento*, consistente en sus *ideas adecuadas* (verdaderas: claras y distintas), que surgen en el alma cuando “es determinada de un modo interno, –... en virtud de la consideración de muchas cosas a la vez– a entender sus concordancias, diferencias y oposiciones” (II: 29, Esc.) y, así, son normas de sí mismas y de lo falso. Ellas nos hacen conocer la causa eficiente de la cosa a la que se refieren; porque sus definiciones son *genéticas*, pues indican cómo han llegado a ser las cosas en la dinámica de las cadenas causales reales, de manera que constituyen la esencia del entendimiento. La vía para lograr acceder a estas ideas tan potentes es una meditación asidua y la más grande firmeza de decisión, que solo se logra prescribiéndose una regla de vida y un fin bien determinado. Mas, ya que las ideas inadecuadas son parte de la historia del pensamiento humano y se suceden en el alma con igual necesidad que las adecuadas, pues todas las ideas “en cuanto referidas a Dios, son verdaderas” (II: 32) y “ninguna es inadecuada ni confusa, sino en cuanto considerada en relación con el alma singular de alguien” (II: 36, Dem.), el conocimiento inadecuado es parte de la realidad; de ahí que el entendimiento, al dilucidar sus causas, genera a partir de él un conocimiento adecuado.

C.– Esta última declaración separa a Spinoza de los idealismos y lo ubica en el realismo de Maquiavelo o Ignacio de Loyola, que reconocen al afecto o deseo como los motores primarios de la existencia humana personal.

Hay *tres géneros de conocimiento*. 1) El *pasional* (o *pasión*), adquirido por experiencia vaga o de oídas, se da *dominado por los afectos*, las *sensaciones y la imaginación*; su *expresión es la opinión* y, por él, sabemos que el perro ladra y casi todos los usos de la vida cotidiana. Los otros dos son racionales y se asocian con las ideas adecuadas. 2) La *acción o fe verdadera* es una convicción firme *basada en razones bien fundadas* que, por estar *en relación con nociones comunes y causas*, se entronca indirectamente con Dios. Por ej., cuando uno siente, su cuerpo llega a saber que el alma está unida a él y que dicha unión es la causa de esa sensación, pero no en qué consiste tal sensación o tal unión. 3) La *unión con Dios* es un *conocimiento verdadero e intuitivo*: es manifestación del objeto mismo al entendimiento y constituye la “salvación”, ya que, *al producir el amor auténtico a la realidad toda (asociado con la*

razón) nos libera de las pasiones. Veámosles uno a uno desde la perspectiva de la *Ética*.

1. El ignorante vive dominado por sus propios afectos, y está zarandeado por las causas externas que los generan en nosotros. Es casi inconsciente de sí mismo y de las cosas (V: 42, Esc.). *Posee una opinión conjetural* (compuesta casi solo de supuestos y muy poco de certezas bien fundadas), básicamente incorrecta, *generada por la imaginación, asociada a las pasiones egoístas, a las que a su vez atiza*.

C.– He aquí un claro bucle de condicionamiento mutuo, o *causalidad circular*, entre la opinión y el conjunto funcional imaginación-pasiones.

Quien siente hacia otra persona afectos tristes tales como odio o envidia, cree erróneamente que ese alguien es causa de sus propias obras y que, así, no se está determinado por Dios. Al inicio de la vida todos vivimos en la *pasión*. Ella va unida a la creencia de las opiniones ajenas y a la inducción, y *sus aumentos de potencia son casualidades, regalos espontáneos de la vida*. Por ej., si a alguien que anhela algo que supone ser bueno sin serlo le falta el valor o la diligencia para llevarlo a cabo, debido a esta cobardía o desidia suya se libera, por casualidad, de ese mal.

C.– De hecho, una gran parte de la vida de cada persona es generada por las dinámicas afectivas sociales de quienes la rodean: quienes la quieren le hacen favores tales como conseguirle un trabajo; quienes la odian siembran sus caminos de obstáculos y trampas de todo tipo. También “padece” los avatares de la fortuna o suerte: 1) positiva, como ganar un premio o recibir gratas sorpresas; 2) negativa, tal como un accidente, o que alguien le robe...

2. En este nivel abstracto del saber, la razón capta que varios cuerpos “concuerdan en ciertas cosas, las cuales deben ser percibidas por todos adecuadamente” (II: 38 y su Cor.): son las *nociones comunes*, los fundamentos de nuestro raciocinio. Este conocimiento, que al igual que la ciencia maneja ante todo entes de razón generales, *consta de ideas adecuadas (lógicamente concatenadas según la conexión de las cadenas de causa-efecto que ocurre en las relaciones entre los cuerpos)*. Solo él nos lleva a *distinguir el bien del mal*; de aquí que nos señale

las pasiones tristes que hay que destruir y que sea la “fe verdadera” de la que proceden los buenos deseos. Aunque nada más puede decir qué le corresponde ser a la cosa y no qué es ella en verdad, supera la opinión dudosa (1) y posibilita el acceso al tercer género de conocimiento (3).

C.– El plano que sigue, que es el más elevado del saber, enlaza al autor, hacia el pasado, con las concepciones de Platón y Aristóteles acerca del *nous*, de la sabiduría, con la tesis de Descartes sobre la razón intuitiva; y, hacia el futuro, con el punto máximo del desarrollo del Espíritu en Hegel.

3. El nivel más alto de conocimiento es la *ciencia intuitiva*, que se une al núcleo de los afectos alegres, al amor verdadero o amor intelectual a Dios. Enlaza al entendimiento humano con el divino y nos permite vivir la libertad de la Naturaleza, concebida como realidad concreta; pues aquí volvemos a considerar los modos generales del ser, mas ya no desconectados entre sí, como sucedía en la pasión, sino articulados por su relación esencial al todo. Consiste en una convicción fundada en la unión inmediata con la cosa misma: el conocimiento adecuado de la esencia de uno mismo, de las cosas, de Dios; y este debe ser tanto el fin último del hombre que se guía por la razón, como el supremo esfuerzo de su alma y el culmen de su virtud. Solo se puede efectuar por una composición de potencias, al interior del alma, entre el afecto alegre y la razón, y apunta a la perfección de ese modo corporativo que es la humanidad entera. Sus imágenes poseen mayor potencia que las distorsionadas nacidas de la imaginación, porque se hallan conectadas a una red grande de otras imágenes claras y distintas y, así, es enorme la cantidad de causas por las que pueden suscitarse.

La *voluntad* es la afirmación (*Bejahung*) o decisión: “el poder de afirmar y de negar” en general. Es la idea de una volición: un mero ente de razón que no puede causar nada. Desde la perspectiva absoluta de Dios o del ser (captado en el nivel 3.º de conocim.), el entender humano es “un cerciorarse en el alma de la existencia y esencia de las cosas” (Breve Tratado. II: 16, 4); pero “jamás somos nosotros los que afirmamos o negamos algo de la cosa, sino que es la cosa misma la que afirma o niega en nosotros algo de sí misma” (Ibíd. 5).

C.– Aquí se muestra el afán que tiene Spinoza de conectar la conciencia humana con la realidad externa, tan importante en la corriente más realista del filosofar de Occidente, aquella que siempre ha impulsado el conocimiento científico desde Aristóteles hasta la actualidad, a pesar de los escepticismos.

Si no pudiéramos extender nuestra voluntad más allá de los confines de nuestro entendimiento, tan limitado, no tendríamos el poder de dar un paso adelante, pues casi todos nuestros actos son inciertos y llenos de peligros. Por este motivo, desde la perspectiva humana relativa pero concreta y vital, es virtuoso quien se esfuerza por abstenerse del crimen, dado que este repugna a su naturaleza singular y le alejaría del conocimiento y amor a Dios; pero no quien lo hace por el mero miedo al castigo. En fin, seríamos peor que los gusanos ni no nos arriesgáramos a ejercer nuestro libre albedrío más allá de las certezas seguras que, según aspiramos, nos llegará a brindar nuestro entendimiento de las leyes profundas del ser.

C.– Los conceptos de las últimas siete líneas han sido tomadas de una Carta de Spinoza a Guillermo de Blyenbergh, donde asocia la idea de voluntad entendida como afirmar o negar, al concepto de libertad (Carta 21, 28-I-1665). Ellas son un testimonio de que el autor no era un realista ingenuo, sino que conocía bien, sobre todo por Descartes, los grandes problemas con que se enfrenta nuestra mente al tratar de enlazarse con la realidad exterior.

Solo respecto a la voluntad, nuestras obras se llaman *buenas* o *malas*. En la Naturaleza no hay sino cosas y acciones, pero el *bien* y el *mal*, como conceptos generales, no son sino relaciones; luego ambos deben ser entes de razón. Su objetividad nada más pudiera darse al nivel de las esencias existentes de modos singulares finitos; por ej., se habla de la bondad de Pedro o de la maldad de Judas. Y *solo es objetivo el bien*; ya que, cuando hablamos de mal o de pecado, por tratarse solo de imperfecciones, no son algo real, pues, desde la perspectiva divina (la de la totalidad del ser) solo existe la perfección, y nada es error, falencia o privación.

C.– En el plano ontológico, Spinoza tiene aspiraciones idealistas: la realidad última es pura perfección y, desde el punto de vista de la totalidad del ser, nada es malo. Esta idea no solo conecta su ontología

con Platón, sino también con la filosofía teológica medieval, donde, en el plano de la *providencia* del creador, había una ausencia total de prefiguraciones del mal o del pecado; estos se reducían a ser productos del ejercicio de la libertad humana.

En general, las carencias de cualquier tipo solo las podemos definir y juzgar desde el plano humano individual, colectivo o total (la humanidad o especie), y estas diversas ópticas chocan habitualmente entre sí, porque se las constituye a partir desde la óptica más o menos sesgada de los deseos y afectos. Además, las pasiones tristes, por lo común tienden a privarnos de la cuota de perfección que postulamos como deseable para cada entidad, sea personal o corporativa. En el marco relativo de la perfección humana general, *bien* es “todo género de alegría y todo cuanto a ella conduce y, principalmente, lo que satisface un anhelo” (III: 39 Esc. y 9 fin

del Esc.); y *mal*, “todo género de tristeza, principalmente el que frustra un anhelo” (Ibíd.). Así, el deseo de cada quien determina qué es bueno o malo para esa persona, pues “no deseamos algo porque lo juzguemos bueno, sino que lo llamamos bueno porque lo deseamos, y llamamos malo a lo que aborrecemos” (Ibíd.).

En suma, los valores por los que se rige un ser humano dominado por la pasión son, ante todo, una proyección de sus deseos. Por último, vistos desde la esfera divina, los seres humanos malos, como no conocen verdaderamente a Dios, no son otra cosa que un instrumento en manos suyas que se destruye sirviendo, “mientras que los buenos sirven sabiéndolo y se vuelven más perfectos al servir”. Estas últimas ideas se hallan en una misiva de Spinoza a Blyenbergh (Carta 19, 6; 5-I-1665), que es anterior a la citada al final del penúltimo comentario que precede.

BIBLIOGRAFÍA

Espinosa, Baruch de. *Ética demostrada según el orden geométrico*. (1675). Madrid., Ed. Nacional. 3ª ed.: 1980. Trad., introducc. y notas de Vidal Peña.

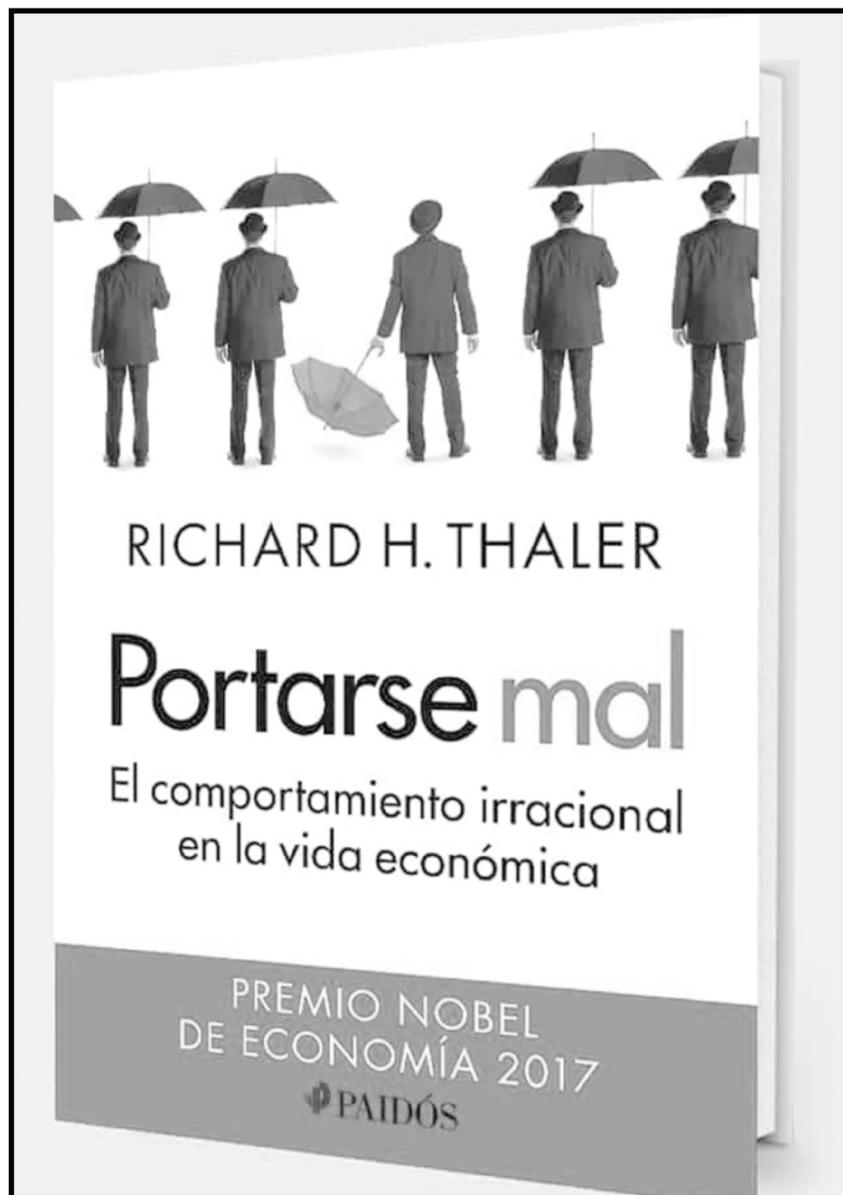
Spinoza, Baruch. *Breve Tratado sobre Dios, el hombre y su felicidad* (1661). Una traducción anterior publicada en 1852.

RESEÑA

Handwritten signature or stylized text in light gray.

PORTARSE MAL, EL COMPORTAMIENTO IRRACIONAL EN LA VIDA ECONÓMICA

Richard Thaler



*Pierre Fremaux**

* Graduado de la Escuela de Comercio HEC en Francia, Máster en Filosofía y en Derecho y Administración audiovisual por la Universidad Sorbonne de París.

Thomas Kuhn, en su obra *The Structure of scientific revolution*, publicada en 1962, define el concepto de *paradigma científico* como “descubrimiento científico universalmente reconocido que, por un tiempo, brinda a la comunidad de investigadores problemas tipo y soluciones”. De tal manera que, el paradigma reúne al conjunto de investigadores alrededor de normas comúnmente aceptadas dentro de un marco epistemológico preciso, capaz de producir y transmitir saberes dirigidos “hacia la articulación de fenómenos y teorías brindados por el mismo paradigma”.

Sin embargo, en el paradigma surge la anomalía. Al inicio, la anomalía no es sino un hecho o una observación aislada, que escapa del modelo teórico. Luego, una serie de anomalías impone un quiebre radical que coloca al paradigma en crisis e implica una revolución científica total. A este quiebre responde el paso de la visión geocéntrica de Ptolomeo a la visión heliocéntrica de Copérnico, o el paso de la mecánica de Newton a la mecánica relativista de Einstein.

En economía, hasta el giro de los años 70, el paradigma dominante se estructuró alrededor de la idea de que los agentes económicos optimizan sus elecciones en función de una anticipación de orden racional. Pero Richard Thaler identifica la anomalía: el desvío en el comportamiento del agente. La ciencia económica entra, de esta manera, en una revolución científica que cuestiona las normas y los paradigmas históricos. Del geocentrismo del agente racional se da paso al heliocentrismo de la economía comportamental.

Es la historia de esta revolución y la de sus impactos en el conjunto de modelos económicos en general y en la economía del derecho en particular, sobre la que trata Richard Thaler, premio Nobel de Economía 2017, en su obra *Portarse mal, El comportamiento irracional en la vida económica*, editada en 2017 por la Ed. Planeta. El texto, de 528 págs., se estructura en 7 partes, que siguen, de forma cronológica, la evolución de la economía comportamental y la construcción de su legitimidad:

1. Los inicios de la observación de las anomalías que escapan al modelo dominante (1970-1978).
2. Los errores de la contabilidad mental que hacen que los agentes económicos escapen a las predicciones de la racionalidad (1979-1985).

3. Las paradojas del autocontrol del individuo que prefiere situaciones en las que algunas opciones están prohibidas (1975-1988).
4. El paso hacia una investigación pluridisciplinar, marcada por la colaboración con el psicólogo Daniel Kahneman (1984-1985).
5. La batalla con los economistas clásicos (1986-1994).
6. La aplicación del nuevo marco teórico al ámbito financiero (1983-2003).
7. La legitimidad adquirida en el seno de la escuela de Chicago (1995-hasta hoy).
8. La tentativa de utilizar a la economía comportamental en beneficio de todos contribuyendo en la decisión pública y política (2004-hoy).

En síntesis, la contribución de las investigaciones de Richard Thaler a la ciencia económica es la de haber establecido rigurosamente, enriquecido por los aportes de la psicología y de las ciencias cognitivas, que los comportamientos de los agentes económicos son a la vez irracionales y predecibles: irracionales, porque sus decisiones pueden ir en contra de sus propios intereses; predecibles, porque se pueden construir modelos que anticipen de manera eficaz dichos comportamientos. Debido a esta irracionalidad, dichos comportamientos escapan al modelo teórico histórico que los definía como racionales; pero, es también por este carácter predecible, la economía comportamental adquiere su estatuto de nuevo paradigma.

En cuanto al derecho, los lazos que éste establece con la economía han sido renovados por los aportes de la economía comportamental en relación a *tres funciones principales del derecho*:

1. la función *positiva*: ¿Cómo la ley afecta el comportamiento humano una vez que este comportamiento ha sido revelado por la economía comportamental?
2. la función *prescriptiva*: ¿cómo debemos utilizar al derecho para afectar el comportamiento humano, si se entiende que la percepción de un riesgo de sanción está en desacuerdo con la probabilidad efectiva de su realización, por medio del sesgo cognitivo, por ejemplo; y, por último y más radical,
3. la función *normativa*: ¿Cuáles son los objetivos del sistema jurídico, si históricamente estos últimos estaban claros para el economista que buscaba

maximizar el bienestar social? pero ¿qué sucede cuando el agente económico pierde clarividencia sobre su propio bienestar?

La economía comportamental podría contribuir a delinear los contornos de la intervención gubernamental

por medio de la emergencia de un paternalismo libertario: una política que conlleva el riesgo de interferir en el concepto de autonomía, tan importante para el derecho.

POLÍTICA EDITORIAL

Cálamo, Revista de Estudios Jurídicos es la revista de la Facultad de Derecho de la Universidad de Las Américas. *Cálamo* es una revista especializada en Estudios Jurídicos pensada para la comunidad científica y en general interesada 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, así como estudios interdisciplinarios que muestren las conexiones de esta disciplina con el todo social, desde la Filosofía, la Sociología y la Teoría Política y Constitucional, fundamentalmente.

Política por secciones

Todas las contribuciones recibidas, una vez validadas por el Comité editorial de *Cálamo*, serán evaluadas bajo la modalidad de revisión por pares.

Dossier: Es la sección principal de revista. Los artículos que se publican bajo este rubro giran en torno a la temática principal que es el hilo conductor del número en cuestión. Es una sección que recibe trabajos de académicos internos y externos a la institución. Los artículos deberán ser originales, inéditos y no estar simultáneamente postulados para publicación en otras revistas u órganos editoriales.

Ensayos: En esta sección se publican ensayos de diversas temáticas, independientes al tema central del Dossier. Es una sección que recibe trabajos de académicos internos y externos a la institución. Los ensayos deberán ser originales, inéditos y no estar simultáneamente postulados para publicación en otras revistas u órganos editoriales.

Entrevista: Esta sección recoge entrevistas a académicos, profesionales del Derecho o figuras públicas vinculadas al escenario jurídico y político del país. Se recibirán entrevistas realizadas por académicos internos y externos a la institución. Las mismas deberán ser originales, inéditas y no estar postuladas para publicación simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales. Serán privilegiadas aquellas entrevistas relacionadas con el tema central del *Dossier*.

Reseña: Es una breve evaluación crítica o análisis reflexivo de un libro que haya sido publicado en los últimos dos años. En esta sección, se reciben trabajos de académicos internos y externos a la institución. Las reseñas deberán ser originales, inéditas y no estar postuladas para publicación simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales.

Resumen comentado de Obras: Es una evaluación crítica o análisis reflexivo de un texto o del conjunto de la obra de un autor reconocido. No se requiere respetar un criterio de actualidad de dichas obras. En esta sección, se reciben trabajos de académicos internos y externos a la institución. Los resúmenes deberán ser originales, inéditos y no estar postulados para publicación simultáneamente en otras revistas u órganos editoriales.

Normas de publicación

Requisitos para las secciones de Dossier, Ensayos y Resúmenes comentados de obras

- El artículo debe estar precedido de un resumen no mayor a 800 caracteres con espacios, en español y en inglés.
- 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 del mismo; en español y en inglés.

- El título del artículo no podrá contener más de diez (10) palabras. El autor podrá ampliar la extensión del mismo utilizando un subtítulo. Sin embargo, si el editor sugiere cambios serán aplicados en mutuo acuerdo.
- El artículo deberá contar con conclusiones y recomendaciones.
- La extensión de los artículos para *Dossier y Ensayo*, será de 30 a 45.000 *cce* (caracteres con espacios, incluyendo notas al pie y recuadros). Los *resúmenes de obras* tendrán una extensión de 25 a 30.000 mil *cce* (caracteres con espacios, incluyendo notas al pie y recuadros).
- El artículo en su totalidad deberá ajustarse a las normas de citación CHICAGO.
- El Departamento de Publicaciones, en la etapa de edición, podrá realizar la corrección de estilo que considere necesaria.
- Los artículos que se ajusten a las normas señaladas se considerarán como “recibidos” y se procederá a notificar al autor. Los que no, serán devueltos a sus autores.

Requisitos para las secciones de Reseñas

Además de cumplir con las mismas normas que los artículos del Dossier, en el caso de las Reseñas:

- No deben contar con resumen.
- Deben presentar los siguientes datos técnicos: apellidos y nombres del autor, año, título de la obra, edición, editorial, lugar, páginas de que consta. Luego puede señalarse la formación del autor, su competencia, experiencia, su fin al escribir la obra. Portada escaneada de la publicación.
- Tendrán que indicar cómo está organizado el texto (capítulos, partes, relatos, etc.), su ordenación o composición precisa, es decir, la manera en que sus diversas partes se relacionan y articulan entre sí construyendo una estructura.
- Por último deben contar con conclusiones o juicios críticos, donde se hablará sobre las aportaciones y repercusiones teóricas, sociales, políticas, educativas, futuras, etc., y se hará un balance de las observaciones personales, reducidas a líneas generales.
- Tendrán una extensión entre 3 y 5.000 mil caracteres con espacios, incluyendo notas al pie y recuadros.

Orientaciones para los autores

Los artículos deben ser originales e inéditos, lo cual implica que, al momento de la recepción del artículo por el Departamento de Publicaciones de la Facultad de Derecho no habrán sido entregados a otra revista para su evaluación y publicación.

El autor deberá remitir junto al artículo un FORMULARIO DE AUTOR que será facilitado por la coordinación editorial de la revista, donde especifique su grado académico/ institución a la que se encuentran vinculado, el título del artículo, la fecha de envío y dirección (postal o email). Además, debe indicar si desea que se publique su correo electrónico en el artículo.



P.V.P. US \$10,00

udla.