

**Director: Dr. Miguel Hernández Terán**

# **DERECHO PÚBLICO E INTELIGENCIA ARTIFICIAL**

## **Análisis**

**Un nuevo aporte de las Maestrías en Derecho  
Constitucional y en Derecho mención Derecho Procesal**

**Universidad Católica de Santiago de Guayaquil**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**



DR. MIGUEL HERNÁNDEZ TERÁN  
DIRECTOR

# DERECHO PÚBLICO E INTELIGENCIA ARTIFICIAL

## Análisis

UN NUEVO APORTE DE LAS MAESTRÍAS EN DERECHO  
CONSTITUCIONAL Y EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL  
UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL



UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL



2023

**UCSG**

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**

**DERECHO PÚBLICO E INTELIGENCIA ARTIFICIAL**

**Análisis**

Miguel Hernández T. ▪ Nuria Pérez ▪ Danny Cevallos, ▪ Johnny de la Pared ▪ Kleber Siguencia ▪ Miriam Ivanega  
Juan Carlos Benalcázar ▪ Leonardo Massimino ▪ Juan Carlos Vivar ▪ Nicolás Rodríguez ▪ Efraín Duque ▪ Belén Clavijo

Dr. Miguel Hernández Terán, director de las maestrías en Derecho Constitucional y en Derecho mención Derecho Procesal UCSG  
correo electrónico: mhtjuridico@gmail.com

Primera edición:

ISBN: 978-9942-10-845-6: 30-nov-2023

Derechos de autor: 064829: 05-dic-2023

Depósito legal: 006993: 05-dic-2023

Impreso en Ecuador, diciembre de 2023

Producción editorial: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

Diseño y revisión de texto: Departamento editorial de la Corporación de Estudios y Publicaciones

Diseño de portada: Área de Diseño de la Corporación de Estudios y Publicaciones

Logotipo de la serie: Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

© Universidad Católica de Santiago de Guayaquil

Av. Carlos Julio Arosemena Km 1 ½

Apartado postal: 17-12-569 • Guayaquil, Ecuador

Teléfonos: (593 4) 380 4600

[www.ucsg.edu.ec](http://www.ucsg.edu.ec)

La Corporación de Estudios y Publicaciones no se responsabiliza por las opiniones contenidas en esta publicación, que son de exclusiva responsabilidad de los respectivos autores.

Los trabajos contenidos en esta obra pueden ser citados reconociendo la fuente.

## **PALABRAS DE INTRODUCCIÓN**

Cerramos la gestión de las maestrías en Derecho Constitucional y en Derecho mención Derecho Procesal de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil en el año 2023 con la edición de este libro: Derecho Público e Inteligencia Artificial. Su autoría corresponde a diversos profesores de las mismas, lo cual en sí mismo es un esfuerzo importante, particularmente porque cada uno lleva adelante su vida de abogado/a.

El hacer Universidad comprende ejecutar labores como publicar obras de autoría de quienes la conforman. Felices cumplimos esta labor tanto por nuestra imborrable inclinación académica como porque forma parte del bien ganado prestigio de ambas maestrías. Las dos son conocidas por su aporte en la organización de webinars de alto interés.

Para esta publicación hemos invitado a la magíster Belén Clavijo Rey, quien ha desarrollado un trabajo sobre la inteligencia artificial y la educación.

Gracias, pues, a todos los autores: Miguel Hernández T., Nuria Pérez, Danny Cevallos, Johnny de la Pared, Kleber Siguencia, Miriam Ivanega, Juan Carlos Benalcázar, Leonardo Massimino, Juan Carlos Vivar, Nicolás Rodríguez, Efraín Duque y Belén Clavijo.

**DR. MIGUEL HERNÁNDEZ TERÁN**  
**DIRECTOR DE LAS MAESTRÍAS EN DERECHO CONSTITUCIONAL**  
**Y EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**  
**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**



# ÍNDICE

## NEURODERECHOS Y SESGOS ALGORÍTMICOS

*Dr. Miguel Hernández Terán*

I. Introducción .....	13
II. Inteligencia artificial y algoritmos .....	14
III. Los neuroderechos y su construcción jurídica .....	18
IV. El derecho a la aumentación cognitiva .....	24
V. El derecho a la protección ante los sesgos .....	26
VI. Estandarización de la protección mínima respecto de la inteligencia artificial y los algoritmos .....	30
Bibliografía .....	31

## INMUTABILIDAD, INOBSERVANCIA Y APLICACIÓN TEMPORAL DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

*Dra. Nuria Pérez Puig-Mir*

Resumen .....	33
Introducción .....	33
Inmutabilidad de los precedentes constitucionales .....	34
Reversión de los precedentes constitucionales .....	35
Distinción de los precedentes constitucionales .....	36
Naturaleza vinculante de los precedentes constitucionales .....	37
Inobservancia de los precedentes constitucionales .....	38
Aplicación en el tiempo de los precedentes constitucionales .....	41
Conclusiones .....	44
Bibliografía .....	45

# UNA APROXIMACIÓN ARGUMENTATIVA AL MODELO DE CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ECUADOR

*Danny José Cevallos C.*

Introducción	47
1. Un repaso al control judicial de constitucionalidad en el orden jurídico ecuatoriano	48
1.1. Una estipulación previa sobre los tipos/modos de control judicial de constitucionalidad desde la teoría constitucional	48
1.2. El marco jurídico ecuatoriano. Contexto	50
2. Un repaso de las razones que se han aportado a favor de cada tesis	53
2.1. La tesis de la vigencia de un control concentrado y concreto	53
2.2. La tesis de la vigencia de un control mixto	57
3. Algunos comentarios a modo de conclusión	62
Referencias bibliográficas	65

## ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 2822-18-EP/23 DICTADA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LAS REGLAS PARTICULARES DE LA PRUEBA EN EL ARBITRAJE Y SUS EFECTOS EN LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LAUDO

*Ab. Johnny De La Pared Darquea, Mgs*

El arbitraje y su autonomía normativa y procedimental	67
Competencia para resolver la acción de nulidad de laudo arbitral	72
Antecedentes y sustanciación de la acción de nulidad	74
De la vulneración de derechos constitucionales	75
Conclusiones	78
Bibliografía	78

LA (IN)SEGURIDAD CIUDADANA Y EL FENÓMENO  
DELICTIVO. UN ANÁLISIS DE LOS DEBERES PRIMORDIALES  
DEL ESTADO EN EL MARCO CONSTITUCIONAL

*Ab. Klever Sigüencia Suárez, Mgs*

I. Introducción .....	81
II. La seguridad: deber primordial del Estado y derecho constitucional .....	83
a. La seguridad ciudadana como deber primordial del Estado .....	83
b. La seguridad ciudadana como derecho constitucional .....	85
III. El delito y sus repercusiones en la seguridad ciudadana. El rol del Estado y la responsabilidad por mantener la paz en la sociedad .....	86
IV. Conclusiones .....	88
V. Bibliografía .....	89

APUNTES ACERCA DE LA GOBERNANZA DESDE DOS  
PERSPECTIVAS: INTEGRIDAD E INCLUSIÓN

*Dra. Miriam M. Ivanega*

Resumen .....	91
I. Introducción .....	91
1. Gobernanza .....	91
2. La buena administración .....	92
II. Integridad .....	94
1. La transparencia pública. El gobierno abierto .....	94
2. El concepto de integridad .....	97
III. La gobernanza inclusiva. La perspectiva de género .....	99
Conclusión .....	101
Bibliografía .....	101

## LA ACTIVIDAD JURÍDICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO MATERIA DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

*Dr. Juan Carlos Benalcázar Guerrón*

I. Introducción .....	103
II. Situación en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa .....	104
III. Situación actual en el Código Orgánico General de Procesos .....	106
IV. Conclusión .....	114

## EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. ASPECTOS CONSTITUCIONALES, ADMINISTRATIVOS Y PROCESALES

*Dr. Leonardo Massimino*

I. Introducción .....	115
II. Algunas precisiones terminológicas. Ética pública, transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas .....	116
II.1. Ética pública, corrupción y eficiencia .....	116
II.2. El valor de la transparencia .....	117
II.3. Los conceptos de acceso a la información y derecho a la información .....	119
II.4. La transparencia y la rendición de cuentas .....	120
III. El marco legal del acceso a la información. Reseña .....	121
IV. La situación en la jurisprudencia .....	122
V. El acceso a la información pública como un derecho fundamental .....	124
V.1. Algunas implicancias del acceso a la información como un derecho fundamental .....	124
V.2. El acceso a la información pública como un derecho fundamental. Contenido .....	126
V.3. La cuestión del sujeto pasivo del derecho y de su obligación .....	127
V.4. La cuestión de la autoridad de aplicación .....	128
V.5. El caso “Giustiniani” de la Corte Suprema argentina .....	129

VI. Los límites al derecho de acceso de información pública .....	130
VII. Algunas consideraciones a modo de conclusión .....	131

## LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA PENAL

*Dr. Juan Carlos Vivar*

La aplicación de la Conciliación y la Oportunidad .....	133
1. Conciliación .....	133
2. Principio de oportunidad .....	151
Bibliografía .....	154

## LA GESTIÓN INTEGRAL DEL CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL

*Nicolás Rodríguez-García*

I. Introducción .....	155
II. Análisis holístico del cumplimiento normativo penal .....	163
III. Asimetrías e insuficiencias en la adopción de la cultura del compliance .....	169
IV. Reflexiones finales .....	173
V. Bibliografía .....	176

## LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO

*Dr. Efraín Duque Ruiz*

Introducción .....	185
La Interpretación de los Contratos .....	186
La interpretación laboral .....	188
La Interpretación Jurisdiccional de las normas contractuales laborales: .....	190
Casos resueltos por la Sala Especializada de lo Laboral, Corte Nacional .....	193
Consideración final .....	195
Bibliografía .....	196

LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL DERECHO  
FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN: UNA REFLEXIÓN NECESARIA

*Belén Clavijo Rey*

Resumen .....	199
Introducción .....	199
Derecho a la educación y la inteligencia artificial .....	201
La inteligencia artificial en la educación .....	203
El desarrollo del cerebro .....	204
Conclusiones .....	211
Bibliografía .....	216

# NEURODERECHOS Y SESGOS ALGORÍTMICOS

DR. MIGUEL HERNÁNDEZ TERÁN

## I. Introducción

En grandes líneas, un derecho es una facultad que tiene un sujeto, persona natural, jurídica o comunidad (o quien a una de estas categorías se asimila) para satisfacer o cubrir una determinada necesidad o situación, pudiendo protegerlo de la interferencia de terceros a través de los mecanismos previstos en los cánones predeterminados por el ordenamiento jurídico. La noción de todo derecho está vinculada necesariamente con el titular del ejercicio del mismo. Con más profundidad en una de nuestras obras<sup>1</sup> hemos conceptualizado al derecho humano como *“el atributo que le da a las personas la capacidad para proteger los bienes jurídicos de que es titular —ya por dignidad, ya por conquista institucional— frente a otros titulares de derechos o intereses, como ante el Estado; de tal manera que los bienes jurídicos tutelados queden sin excepción indemnes. Entendiéndose que la tutela propia de todo derecho habilita su materialización plena fundamentalmente ante la administración pública y la administración de justicia.”*

La progresividad de los derechos y la necesidad de tutelar determinados bienes jurídicos de beneficio colectivo ha desembocado en la creación de determinadas ficciones de alcance jurídico. Así, en el caso ecuatoriano la Constitución establece en el artículo 71 que *“La naturaleza o Pachamama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete íntegramente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos”*. Derecho que no queda únicamente como enunciado. En efecto, el mismo artículo dice que *“Toda persona, comunidad, pueblo o nacionalidad podrá exigir a la autoridad pública el cumplimiento de los derechos de la naturaleza”*. La Constitución asimila, entonces, la naturaleza a un sujeto de Derecho. Se utiliza, pues, la técnica legislativa de la ficción para un asunto de interés general.

La jurisprudencia de la Corte Constitucional, tanto colombiana como ecuatoriana, ha establecido que *el río es un sujeto de derecho*. La explicación esencial es que el río es parte de la naturaleza. En el caso ecuatoriano hay un respaldo constitucional

---

<sup>1</sup> HERNÁNDEZ, Miguel (2016). *El contenido esencial de los derechos*. Guayaquil: Cevallos editora jurídica. Páginas 47 y 48.

directo, dado que nuestra Ley suprema asimila la naturaleza a un sujeto de Derecho<sup>2</sup>. En concreto, en la sentencia 2167-21-EP/22 del 19 de enero de 2022, en el número 4, la Corte Constitucional del Ecuador resolvió<sup>3</sup>:

4. Reconocer que el río Monjas es sujeto y titular de los derechos reconocidos a la naturaleza y tiene derecho a “*que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y procesos evolutivos*”; y declarar que el Municipio del Distrito Metropolitano de Quito vulneró sus derechos.

Ahora bien, ¿es racional que una parte del cuerpo humano sea titular de derechos?. Esta pregunta es válida en función de la literalidad de la expresión “neuroderechos”; ¿será esa la idea que quiere transmitir la palabra “neuroderechos”? ¿o será una exageración lingüística para destacar la necesidad de proteger un órgano tan importante para la funcionalidad de la vida humana?

## II. Inteligencia artificial y algoritmos

El Diccionario de la Lengua Española<sup>4</sup> dice que *inteligencia* es “Capacidad de entender o comprender”, “Capacidad de resolver problemas”<sup>5</sup>. Y *artificial*: “hecho por mano o arte del hombre”, “No natural, falso”, “Producido por el ingenio humano.”<sup>6</sup>

Enrique Rojas<sup>7</sup> dice que “*la inteligencia consiste en un conjunto de operaciones para manejar la información remota y reciente que da como resultado un comportamiento positivo, equilibrado, sano.*”

La inteligencia artificial ha sido definida<sup>8</sup> como «disciplina científica que se ocupa de crear programas informáticos que ejecutan operaciones comparables a las que realiza la mente humana, como el aprendizaje o el razonamiento lógico»

2 El artículo 10 de la Constitución dice en el párrafo segundo que “La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.”

3 [http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10\\_DWL\\_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUhLCB1dWlkOic5OWVmN2EyZC1kM2I5LTQwOWQtOWY4ZS1jMDc3YzYxYWQ2ZGMucGRmJ30=](http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DWL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYW1pdGUhLCB1dWlkOic5OWVmN2EyZC1kM2I5LTQwOWQtOWY4ZS1jMDc3YzYxYWQ2ZGMucGRmJ30=)

4 <https://dle.rae.es/inteligencia>

5 Dos primeras acepciones.

6 Tres de cuatro acepciones.

7 ROJAS, Enrique (2023). *5 consejos para potenciar la inteligencia*. Barcelona: Espasa. Página 15.

8 GÓMEZ, Asunción (2023). *Inteligencia artificial y lengua española*. Madrid: Real Academia Española. Página 20.

[https://www.rae.es/sites/default/files/2023-05/Discurso%20Ingreso%20Asuncion%20Gomez-Perez\\_0.pdf](https://www.rae.es/sites/default/files/2023-05/Discurso%20Ingreso%20Asuncion%20Gomez-Perez_0.pdf)

Pablo Muñoz Iturrieta expresa<sup>9</sup>, entre otros, sobre la inteligencia artificial:

La inteligencia artificial (IA) es un campo de la ciencia que incluye muchísimas disciplinas, desde la informática, el análisis de datos y estadísticas, la matemática, la ingeniería de *hardware* y *software*, la lingüística, la neurociencia e incluso la filosofía y la psicología, y se la define como **una inteligencia simulada por algoritmos o máquinas**<sup>10</sup>.

Técnicamente, los programadores crean uno o varios algoritmos para que un conjunto de computadoras realice una variedad de funciones avanzadas que simulan la capacidad de ver, entender y traducir el lenguaje hablado y escrito, analizar datos, hacer recomendaciones, reconocer rostros, moverse autónomamente, etc...

El anexo de la Ley Modelo de Neuroderechos para América Latina y el Caribe, proyecto publicado por el PARLATINO, define a la inteligencia artificial<sup>11</sup> como “la habilidad que tiene una máquina para presentar las mismas capacidades que los seres humanos, como el razonamiento, el aprendizaje, la creatividad y la capacidad de planear”.

María Belén Clavijo Rey<sup>12</sup> cita una orientadora definición de Andreas Kaplan y Michael Haenlein: es “la capacidad de un sistema para interpretar correctamente datos externos, y así aprender y emplear esos conocimientos para lograr tareas y metas concretas, a través de la adaptación flexible.”

La misma autora dice<sup>13</sup> que “podemos entenderla como un sistema computacional con algún grado de autonomía que logra resolver problemas humanos, previamente determinados por humanos, pudiendo optimizar, recomendar, predecir cierto tipo de situaciones o necesidades, y la misma que puede tener cambios o contextos diferentes dependiendo el enfoque que se realice, cuándo se lo realice, para qué se lo realice o en qué momento del tiempo nos encontremos, ya que el avance puede ir cambiando lo que hasta hoy conocemos como IA.”

Ahora bien, si la inteligencia artificial supone una *inteligencia simulada* por algoritmos o máquinas, es necesario detenernos en los *algoritmos*. Según el Diccionario

<sup>9</sup> MUÑOZ, Pablo (2023). *Apaga el celular y enciende tu cerebro*. Nashville, Tennessee: HarperEnfoque. Páginas 144 y 145.

<sup>10</sup> Las negrillas son mías.

<sup>11</sup> <https://parlatino.org/wp-content/uploads/2017/09/leym-neuroderechos-7-3-2023.pdf>

<sup>12</sup> CLAVIJO, Belén (2023). La inteligencia artificial y el dilema de su uso en la administración de justicia. *Novedades Jurídicas*. Año XX, número 204. De página 6 a 21. Cita constante en página 12.

<sup>13</sup> Páginas 12 y 13 del trabajo citado.

de la Lengua Española<sup>14</sup> algoritmo es “Conjunto ordenado y finito de operaciones que permite hallar la solución de un problema”. Pablo Muñoz Iturrieta<sup>15</sup> dice que “Los algoritmos son fórmulas matemáticas diseñadas para realizar un proceso determinado y aplicadas al funcionamiento de la tecnología. Es decir, son herramientas alimentadas por una cantidad gigante de información y datos extraídos de las redes sociales, aplicaciones del celular, sitios web, *emails*... vehículos..., relojes..., electrodomésticos... televisores..., termostatos..., conversaciones..., cámaras de seguridad..., los dispositivos intradérmicos (chips) que rastrean todo dato que se pueda obtener de nuestro organismo, y gran cantidad de aparatos conectados a la red (internet de las cosas).”

En un trabajo sobre los algoritmos publicado por la Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo<sup>16</sup> se precisa: “Es un conjunto de pasos lógicos y estructurados que nos permiten dar solución a un problema. La importancia de un algoritmo radica en desarrollar un razonamiento lógico matemático a través de la comprensión y aplicación de metodologías para la resolución de problemáticas, éstas problemáticas bien pueden ser de la propia asignatura o de otras disciplinas como matemáticas, química y física que implican el seguimiento de algoritmos, apoyando así al razonamiento crítico deductivo e inductivo.”

La misma publicación anota que todo algoritmo tiene tres partes: entrada, proceso y salida:

**“Entrada:** Es la introducción de datos para ser transformados.

**Proceso:** Es el conjunto de operaciones a realizar para dar solución al problema.

**Salida:** Son los resultados obtenidos a través del proceso.”

Belén Clavijo cita<sup>17</sup> el siguiente concepto de algoritmos: “*un conjunto de instrucciones informáticas que recibe una máquina para realizar una acción o resolver un problema.*”

Ahora bien, el señalado autor Muñoz Iturrieta<sup>18</sup> destaca que “Un algoritmo puede funcionar tremendamente bien y ser completamente inmoral, por ejemplo, si se usa para manipular a una persona desesperada y así convencerla de pedir un préstamo con interés altísimo, o los casos de TikTok que mencionábamos, cuyo

<sup>14</sup> <https://dle.rae.es/algoritmo>

<sup>15</sup> Páginas 137 y 138 de la obra citada.

<sup>16</sup> [https://www.uaeh.edu.mx/docencia/P\\_Presentaciones/prepa1/algoritmos.pdf](https://www.uaeh.edu.mx/docencia/P_Presentaciones/prepa1/algoritmos.pdf)

<sup>17</sup> Página 13 del trabajo citado.

<sup>18</sup> Página 138 de la obra citada.

algoritmo lleva a una joven a desarrollar trastornos alimenticios, un trastorno de identidad de género o incluso los innumerables casos que llevan a niños y adolescentes a intentar retos virales que terminan trágicamente en muerte.”

El mismo autor señala<sup>19</sup>:

Como nota Cathy O’Neil, los algoritmos están basados en modelos matemáticos que a su vez se basan en criterios establecidos por seres humanos falibles, por lo que inevitablemente esos modelos codifican prejuicios humanos, malentendidos y sesgos cognitivos que luego se transmiten a los sistemas de *software* que cada vez más administran y controlan nuestras vidas. Esto es un problema por las injusticias que puede implicar, pero hay otro problema mucho más profundo que parece escapar a quienes juzgan todo a partir de criterios como los de igualdad, inclusión o diversidad. Es un hecho que los algoritmos buscan no solo predecir, sino también modelar nuestra conducta de acuerdo con un ideal preestablecido... Es claro que, para poder influir en la conducta, primero hay que influir en el modo de pensar. Este elemento de manipulación de la población a partir del conocimiento obtenido por los datos de los consumidores de tecnología plantea un problema muy serio y que es más que necesario resaltar: los algoritmos también parecen diseñados para imponer no solo una cierta conducta consumista, sino también una cierta ideología y “moral colectiva” que nos encaminen hacia los principios fundamentales del globalismo progresista: la diversidad, la inclusión y la igualdad...

A estas alturas de la convivencia social la inteligencia artificial indudablemente se ha convertido en una herramienta de apoyo al desenvolvimiento de las personas, tanto respecto de ámbitos sencillos en la cotidianidad de la vida, como respecto de asuntos complejos. El progreso de la inteligencia artificial es ostensible. Dicha inteligencia, de alguna manera, es un verdadero “actor” en la dinámica de muchas sociedades. Nos facilita la vida (talvez demasiado) tanto individual como grupalmente. Su capacidad resolutive o su apoyo al ejercicio de la capacidad resolutive de los seres humanos, que es uno de los factores de su gran utilidad, se sustenta, entre otros, en la gran cantidad de información que recibe. Información de fuente múltiple, pero que globalmente hablando proviene en una alta proporción de internet. Esa información es la materia prima de los algoritmos, la base del proceso que se deriva de la alimentación de la información, y por ende, es condición necesaria de las respuestas que proveen los algoritmos.

---

<sup>19</sup> Páginas 142 y 143 de la obra citada.

Es ahí, en esa materia prima, donde se encuentra la clave de los resultados, de las respuestas, de las soluciones que proveen los algoritmos como canalizadores de la inteligencia artificial. Ergo, la información que alimenta a los algoritmos debe ser imparcial, objetiva, no inclinada a favor o en contra de ninguna posición, ni de nadie; debe ser información libre de prejuicios; no debe ser un instrumento de comprobación de hipótesis prejuiciadas de quien alimenta al algoritmo ni de quien dispone su alimentación, ni de quien dirige el pertinente proyecto, ni en general de nadie. Los usuarios de la inteligencia artificial confían en ella. Encuentran en la misma una función *predictiva*; esta faceta es posible gracias a la información provista a los algoritmos. Ergo, las predicciones pueden ser prejuiciadas o tergiversadas en función de la información que las sustentan, como también pueden ser predicciones correctas en función de la imparcialidad y objetividad de la información de sustento.

La información viciada por el sesgo es contemporáneamente un tema tan común en el ámbito de la inteligencia artificial, que ahora se habla del derecho a no ser víctima de los sesgos producidos por la inteligencia artificial.<sup>20</sup>

### III. Los neuroderechos y su construcción jurídica

Como ha quedado claro, la inteligencia artificial se alimenta de grandes cantidades de información. Una de las fuentes de esa información puede ser el cerebro humano. Este, según el Diccionario de la Lengua Española<sup>21</sup>, es “Uno de los centros nerviosos constitutivos del encéfalo, existente en todos los vertebrados y situado en la parte anterior y superior de la cavidad craneal.”

En el portal de Cognifit research<sup>22</sup> se conceptualiza: “Podríamos decir que la función del cerebro, como parte del Sistema Nervioso Central (SNC), es la de regular la mayoría de funciones del cuerpo y la mente. Esto incluye desde funciones vitales como respirar o el ritmo cardíaco, pasando por funciones más básicas como el dormir, tener hambre o el instinto sexual, hasta las funciones superiores como pensar, recordar o hablar.”

La Fundación Pascual Maragall en su portal publica un trabajo sobre el Alzheimer<sup>23</sup>, destacándose en este que **“A través de los sentidos, el cerebro recibe un flujo enorme de información del mundo que nos rodea, la procesa y hace que cobre**

<sup>20</sup> Abordaremos este tópico cuando tratemos de los neuroderechos.

<sup>21</sup> [https://www.google.com/search?q=el+cerebro+segun+el+rae&rlz=1C1VDKB\\_esEC987EC987&oq=el+cerebro+segun+el+rae&gs\\_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOTIGCAEQRRhA0gEINTE2NWowajeoAgCwAgA&sourceid=chrome&ie=UTF-8](https://www.google.com/search?q=el+cerebro+segun+el+rae&rlz=1C1VDKB_esEC987EC987&oq=el+cerebro+segun+el+rae&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOTIGCAEQRRhA0gEINTE2NWowajeoAgCwAgA&sourceid=chrome&ie=UTF-8)

<sup>22</sup> <https://www.cognifit.com/ec/funciones-cerebrales>

<sup>23</sup> <https://blog.fpmaragall.org/como-es-y-como-funciona-nuestro-cerebro>

**significado, organiza y controla el movimiento.** Además, entre las **funciones del cerebro** también están las de regular la temperatura corporal, la circulación sanguínea, la respiración y la digestión.”

En el portal de actuamed<sup>24</sup> consta una exposición sobre estructura y funciones del cerebro humano. Se indica que “es la más compleja de todas las estructuras vivas, pues procesa información sensorial a la vez que coordina y mantiene las **funciones vitales del organismo**”.

Es, pues, el cerebro, un centro de información que se nutre tanto de la que genera el propio cuerpo humano como el contexto que rodea a la persona. Esa información puede ser expuesta a través de mecanismos que utilicen inteligencia artificial. Así, Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz refiere<sup>25</sup>:

La empresa *Emotiv* ha diseñado un dispositivo (el MN8) que, en forma de auriculares provistos con sensores de electroencefalografía (EEG), permiten a los empleadores rastrear también las ondas cerebrales de los empleados para detectar niveles de estrés y atención mientras trabajan. El propósito es medir la productividad mientras se está trabajando. El sistema *Focus UX* de la misma compañía lee “los estados cognitivos humanos en tiempo real y comparte comentarios personalizados con los empleados, y sus gerentes que los rastrean, sobre su rendimiento cognitivo (carga, estrés, niveles de atención) mientras están en el trabajo”. La empresa *Lockheed* ha desarrollado una herramienta que permite evaluar la carga de trabajo cognitiva en tiempo real (*CogC2 - Cognitive Command and Control*), con múltiples propósitos: “optimizar la distribución de carga en un equipo de empleados”; “comprender los ciclos de rendimiento de individuos y equipos”; mejorar la seguridad en el lugar de trabajo al “identificar indicadores de fatiga o falta de atención antes de que ocurra un accidente”; o monitorear “el estado fisiológico y el bienestar de los empleados”. La fatiga en tiempo real es el factor que mide un dispositivo de detección cerebral diseñado por la empresa *SmartCap*. En concreto, evalúa los niveles de fatiga mediante “el monitoreo de las ondas cerebrales de sus usuarios y así detectar la aparición de microsueños y que crean riesgos de seguridad”. Según FARAHANY, los trabajadores de más de 5.000 empresas (en sectores como ferrocarril, aviación, transporte por carretera, construcción o de la administración, entre otras) ya están empleando esta tecnología.

<sup>24</sup> <https://www.actuamed.com.mx/informacion-pacientes/cerebro-humano-estructura-y-funciones>

<sup>25</sup> BELTRAN, Ignasi (2023) *Inteligencia artificial y neuroderechos: la protección del yo inconsciente de la persona*. Navarra: Aranzadi. Página 135.

El prestigioso científico español Rafael Yuste, asesor del proyecto BRAIN en el gobierno de Barack Obama<sup>26</sup> destacó en una de sus tantas charlas disponibles a través de Google, que hoy existen 22 compañías de neurotecnología que venden tecnología para registrar la actividad cerebral, cuyos contratos dicen que los datos cerebrales de los usuarios quedan en manos de tales compañías, y que si a futuro el usuario quiere esa información tiene que pagar. Las compañías pueden vender, descifrar esa información.

La neurotecnología hace posible, pues, la lectura de la información que consta en nuestro cerebro. Es a todas luces obvio que esa información es personal, muy personal, consta en un lugar de nuestro cuerpo. Si se quiere, es información íntima. Nos pertenece. ¿Podría esa información estar en el comercio jurídico?; ¿podría ser objeto de actos jurídicos válidos?; ¿podría transarse sobre dicha información?; ¿sería una transacción condicionada?. Luce obvio que no tiene sentido celebrar un acto jurídico en forma aislada sobre dicha información contenida en el cerebro, pero sí tiene sentido si la misma es parte de una actividad mayor donde la información cerebral es solo un componente, principal o accesorio.

¿Qué sentido tiene que un ciudadano venda la información que concentra su cerebro?, pues, en principio, ninguno. Pero la pobreza puede llevarlo a hacerlo. ¿Hay objeto lícito en ese posible acto jurídico? ; ¿esa potencial venta afecta el interés general?; ¿es ético celebrar un acto así?; ¿no afecta la dignidad humana?; ¿es posible celebrar un contrato válido que tenga como objeto extraer dicha información cerebral para reformarla y luego reintroducirla, previendo o no los efectos de dicha reforma en el comportamiento de la persona?; ¿los propósitos de dicha reforma en la información cerebral pueden ocupar un papel determinante desde el punto de vista de la validez o de la nulidad del acto jurídico?; ¿corresponde que el Estado regule este tipo de actos?; ¿cuáles serían los parámetros correctos para este tipo de regulaciones?. Hay un campo amplio para la reflexión jurídica.

Ahora bien, el citado científico Rafael Yuste, artífice del proyecto BRAIN, ha representado en muchas ocasiones su preocupación porque la información que consta en el cerebro pueda ser objeto de manipulación por parte de quienes, con ocasión del uso del interfaz cerebro-computador<sup>27</sup> (interfaz que se proyecta exista

<sup>26</sup> Proyecto al cual nos referiremos más adelante.

<sup>27</sup> “Una interfaz cerebro computadora (ICC, o BCI, del inglés brain-computer interface) es un dispositivo que permite establecer una comunicación del cerebro con el mundo externo a partir de la actividad eléctrica cerebral sin la ayuda de los nervios periféricos o de la actividad motora. La actividad eléctrica, producida cuando las neuronas se disparan para comunicarse entre sí, se procesa y decodifica en comandos que se envían a un dispositivo programado para llevar a cabo una acción deseada. Estas acciones cubren diversas aplicaciones, desde rehabilitación de funciones perdidas hasta el aumento de nuestras capacidades.”

a mediano plazo, entre 10 y 20 años) tengan acceso a la información cerebral. Lo cual pone en riesgo una serie de aspectos gravitantes de las personas: la privacidad mental, la identidad personal, la integridad psicológica, el libre albedrío, la protección ante los sesgos. Estos problemas, que Yuste visualiza como dramáticos en los tiempos del interfaz indicado, generan, según él, *problemas de derechos humanos*, en razón de lo cual postula la necesidad de reformar la declaración universal de los derechos humanos de las Naciones Unidas, incorporando los *neuroderechos*. Para él los derechos deben ser reconceptualizados, incorporando la protección respecto de los aspectos indicados. Esta preocupación, ampliamente expuesta por Yuste en múltiples foros, no ha pasado desapercibida. Al punto que en Chile se reformó su Constitución protegiendo la *actividad cerebral, así como la información proveniente de ella*.

Yuste agudiza su preocupación con ocasión del desarrollo del proyecto BRAIN. El propósito de este proyecto, de un valor de seis mil millones de dólares, fue, entre otros, el de desarrollar técnicas para poder alterar la actividad de circuitos neuronales y de esa manera poder corregir los defectos que tienen que ocurrir en las enfermedades mentales o en las enfermedades neurológicas<sup>28</sup>. Este propósito implica la necesidad de manipular la información cerebral. Las manipulaciones de dicha información son comunes en los experimentos con ratones y en el tratamiento para mejorar los síntomas del Alzheimer. Para Yuste deben, en general, existir límites éticos a la manipulación de la información cerebral de humanos. La manipulación que preocupa especialmente a este científico es la que se podrá realizar cuando funcionen los interfaces cerebro-computadora, los cuales tienen por finalidad mejorar la capacidad cerebral.

Un interfaz cerebro-computadora implica una conexión directa entre el cerebro y dicha máquina. Ese vínculo le da a esta el acceso a la información del cerebro de los usuarios, la cual puede llegar a ser manipulada por la correspondiente empresa. Se entiende que el problema del uso de esa información a que ha accedido la herramienta de inteligencia artificial queda superado con el consentimiento del usuario. Para nosotros esta cuestión no es tan sencilla, pues el consentimiento

---

Concepto tomado del glosario del proyecto de “LEY MODELO DE NEURODERECHOS PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE”:

<https://parlatino.org/wp-content/uploads/2017/09/leym-neuroderechos-7-3-2023.pdf>

<sup>28</sup> [https://www.google.com/search?q=VIDEOS+DE+RAFAEL+YUSTE+Y+NEURODERECHOS&rlz=1C1VDKB\\_esEC987EC987&oq=VIDEOS+DE+RAFAEL+YUSTE+Y+NEURODERECHOS&gs\\_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOTIHCAEQIRigATIHCAlQIRigAdIBCDkzMzBqMGo3qAIAA&sourceid=chrome&ie=UTF-8#fpstate=ive&vld=cid:8c37e29b,vid:iVyTEu4FDvw,st:0](https://www.google.com/search?q=VIDEOS+DE+RAFAEL+YUSTE+Y+NEURODERECHOS&rlz=1C1VDKB_esEC987EC987&oq=VIDEOS+DE+RAFAEL+YUSTE+Y+NEURODERECHOS&gs_lcrp=EgZjaHJvbWUyBggAEEUYOTIHCAEQIRigATIHCAlQIRigAdIBCDkzMzBqMGo3qAIAA&sourceid=chrome&ie=UTF-8#fpstate=ive&vld=cid:8c37e29b,vid:iVyTEu4FDvw,st:0)

El proyecto BRAIN tuvo también como uno de sus fundamentos, según Yuste, la ausencia de una teoría general del funcionamiento del cerebro humano, ante lo cual era necesario profundizar en las investigaciones sobre el cerebro humano. Además, la inversión en dicho proyecto podía producir beneficios económicos, según Yuste.

puede ser, de hecho, forzado por la necesidad económica del usuario. Éste, ante su penuria, puede autorizar que sobre la base de dicha autorización se exponga su situación personal, la cual puede ser penosa. Esta autorización es una cuestión que amerita profundizarse pues pueden existir o aparecer aspectos de orden público insuperables por la voluntad de los particulares, que tornan o pueden tornar ineficaz el consentimiento otorgado. ¿A dónde puede ir a parar información íntima de los usuarios constante en el cerebro, y para qué propósito o propósitos?; ¿el consentimiento sobre su uso legitima una finalidad perversa o temeraria de quien utilizará la información cerebral? Nos parece que no.

Chile le ha dado mucha atención a los problemas que pueden surgir con ocasión del acceso a la información cerebral, hasta el punto que reformó su Constitución. María Isabel Cornejo Plaza<sup>29</sup> destaca:

**Chile** es un país pionero en el mundo en consagrar la protección de los **neuroderechos** en un nivel supralegal, en la especie, a nivel constitucional, al modificar el artículo 19 N° 1 de su Carta Magna. Efectivamente, en el año 2020 los senadores Guido Girardi, Carolina Goic, Francisco Chahuán, Juan Antonio Coloma y Alfonso De Urresti presentaron una moción de proyecto de reforma constitucional y además un proyecto de ley, actualmente en tramitación en el Congreso Nacional chileno, el cual posee un contenido mucho más detallado al discutirse altamente el impacto de un uso inapropiado de neurotecnologías en aspectos como la responsabilidad, el consentimiento etc. Se trata de dos instrumentos jurídicos con jerarquías diferentes, con objetivos similares, pero con consecuencias jurídicas distintas.

Ambos proyectos fueron denominados coloquialmente “proyectos de **neuroderechos**”. La moción de reforma constitucional fue recientemente sancionada el 25 de octubre de 2021, convirtiéndose en la Ley N° 21.383 que “Modifica la Carta Fundamental, para establecer el desarrollo científico y tecnológico al servicio de las personas”. Tal ley consta de un artículo único que modifica el número 1 del artículo 19 de la **Constitución** Política de la República de **Chile** en la siguiente forma:

*...“El desarrollo científico y tecnológico estará al servicio de las personas y se llevará a cabo con respeto a la vida y a la integridad física y psíquica. La ley regulará*

<sup>29</sup> En su trabajo: “Neuroderechos en Chile: consagración constitucional y regulación de las neurotecnologías”, disponible en: <https://agendaestadodederecho.com/neuroderechos-en-chile-consagracion-constitucional-y-regulacion-de-las-neurotecnologias/#:~:text=13%20de%20Diciembre%20de%202021&text=Chile%20es%20el%20primer%20pa%C3%ADs,a%20una%20reforma%20sancionada%20recientemente.>

*los requisitos, condiciones y restricciones para su utilización en las personas, debiendo resguardar especialmente la actividad cerebral, así como la información proveniente de ella”...*

Tanto es el impacto que han generado las preocupaciones alrededor del acceso a la información cerebral (no solamente de Rafael Yuste) que existe ya un proyecto de “LEY MODELO DE NEURODERECHOS PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE” difundido por parte del PARLATINO<sup>30</sup> (Parlamento Latinoamericano y Caribeño) en cuyo preámbulo se destaca, entre otros:

La presente ley modelo, por una parte, se basa en el hecho de que con seguridad en el futuro se generarán nuevos y muy variados desarrollos neurotecnológicos que deberán ser objeto de la normatividad correspondiente. “La evolución de la neurociencia así como de las neurotecnologías es imparable. En las décadas por venir habrá dispositivos capaces de decodificar la información de nuestro cerebro, amplificar nuestros sentidos o modificar nuestros recuerdos. La posibilidad de saber cómo controlar las emociones, identificar los pensamientos o acceder a la memoria, puede llegar a ser una amenaza para la salud mental de los seres humanos. Los neuroderechos vienen a ser un nuevo marco jurídico internacional de derechos humanos destinados específicamente a proteger el cerebro y su actividad a medida que se producen avances en la neurotecnología.”

El artículo 5 de dicho proyecto consagra los siguientes neuroderechos<sup>31</sup>:

- a. Derecho a la privacidad mental (los datos cerebrales de las personas)
- b. Derecho a la identidad y autonomía personal
- c. Derecho al libre albedrío y a la autodeterminación
- d. Derecho al acceso equitativo a la aumentación cognitiva o al desarrollo cognitivo.
- e. Derecho a la protección de sesgos de algoritmos o procesos automatizados de toma de decisiones
- f. El derecho inalienable a no ser objeto de cualquier forma de intervención de las conexiones neuronales o cualquier forma de intrusión

<sup>30</sup> <https://parlatino.org/wp-content/uploads/2017/09/leym-neuroderechos-7-3-2023.pdf>

<sup>31</sup> Misma fuente.

a nivel cerebral mediante el uso de neurotecnología, interfaz cerebro computadora o cualquier otro sistema o dispositivo, sin contar con el consentimiento libre, expreso e informado, de la persona o usuario del dispositivo, inclusive en circunstancias médicas. Aun cuando la neurotecnología posea la capacidad de intervenir en ausencia de la conciencia misma de la persona.

- g. En general, el derecho a no ser sujeto involuntario o no informado, de cualquier proceso o actividad que pueda de alguna manera interferir en los procesos cognitivos del individuo. Esto incluye otras prácticas no necesariamente relacionadas directamente con las neurotecnología, como la hipnosis y la sugestión.

Se destaca en el indicado proyecto la creación de una acción judicial específica orientada a la tutela de la *indemnidad y privacidad cerebro mental*. En efecto, el artículo 9 determina<sup>32</sup>:

**Artículo 9.- Acción de Protección y Garantía:** El Estado Nacional reconocerá a toda persona el derecho a interponer una acción expedita y rápida de protección legal específica, siempre que no exista otro medio judicial más idóneo, contra todo acto u omisión de autoridades públicas o de particulares, que en forma actual o inminente lesione, restrinja, altere o amenace, en forma antijurídica su indemnidad y privacidad cerebro mental.

#### IV. El derecho a la aumentación cognitiva

Como hemos señalado líneas atrás, el interfaz cerebro-computador/a permitirá aumentar la capacidad cognitiva de los seres humanos. Según el glosario contenido en el señalado proyecto de Ley Modelo<sup>33</sup> “Cognición es el término empleado para designar el conjunto de acciones y entidades que se relacionan con la actividad intelectual de conocer y razonar. Hace referencia a cada uno de los procesos por los que se llega al conocimiento de las cosas, que son fundamentalmente: la percepción, la memoria, la imaginación, el pensamiento y, frecuentemente, el lenguaje. Se refiere a los procesos mentales relacionados con el pensamiento abstracto y permite percibir nuestro entorno, aprender de éste, recordar la información que hemos obtenido y actuar en consecuencia.” En definitiva, potencia la capacidad de conocer y razonar, lo cual no es poca cosa.

<sup>32</sup> Misma fuente.

<sup>33</sup> <https://parlatino.org/wp-content/uploads/2017/09/leym-neuroderechos-7-3-2023.pdf>

En otras palabras, habrá seres humanos que tendrán una mayor capacidad de conocer y razonar, lo cual supone con toda obviedad una ventaja en relación con el resto. Ventaja que dependerá evidentemente de la capacidad económica. Es decir, el interfaz cerebro-computador/a potenciará aún más la desigualdad que lamentablemente vivimos en el mundo. Desigualdad que se sustentará, insistimos, en la mayor capacidad económica de unos. Creemos que este fenómeno planteará la necesidad de la intervención del Estado para atenuar ese desnivel brindando la oportunidad de que el resto de personas o parte de ellas tengan una “aumentación cognitiva” mínima a través de la aplicación del correspondiente subsidio.

Por supuesto que ese subsidio podrá ser mayor o menor en función de las particularidades de los sujetos, de sus contextos, de sus necesidades, del segmento de la población a la que pertenezca, de los quintiles de pobreza, de su marginalidad, etc. En todo caso el Derecho y sus principios pertinentes tendrán que hacer una significativa presencia. Este asunto requiere una regulación muy tinsa y meditada.

Ahora bien, ¿es compatible con la dignidad humana esa aumentación cognitiva para quien no tiene discapacidad intelectual?; ¿debe tener la tecnología algún límite ético respecto de los productos que produce?; ¿cuáles pueden ser esos límites?; ¿qué es lo que hace o podría hacer antiético un producto tecnológico?; ¿son universalizables esos límites?; ¿hasta dónde pueden llegar tales barreras?; ¿será necesario reconstruir y estandarizar los conceptos de progreso y desarrollo para delimitar hasta dónde puede llegar la inteligencia artificial considerando la primacía de la dignidad humana?. La inteligencia artificial es instrumental para el ser humano, no al revés. El proyecto que hemos citado de Ley Modelo de Neuroderechos para América Latina y el Caribe plantea en el artículo 7 como una de las misiones y funciones de la autoridad competente en el numeral 7.13, lo siguiente<sup>34</sup>:

7.13. Estimular el desarrollo de la inteligencia artificial (IA) con base en el enfoque humanista de la UNESCO respecto a su utilización “con miras a proteger los derechos humanos y a proporcionar a todas las personas los valores y las competencias necesarios para una colaboración eficaz entre el ser humano y la máquina en la vida, el aprendizaje y el trabajo, y para el desarrollo sostenible,” y dentro del principio de que el desarrollo de la inteligencia artificial “debe estar controlado por el ser humano y centrado en las personas; que la implantación de la inteligencia artificial debe estar al servicio de las personas para mejorar las capacidades humanas; que la inteligencia artificial debe concebirse de manera ética, no discriminatoria,

<sup>34</sup> Misma fuente.

equitativa, transparente y verificable; y que el impacto de la inteligencia artificial en las personas y la sociedad debe ser objeto de seguimiento y evaluación a lo largo de las cadenas de valor.”

El uso del interfaz señalado provocará, al menos al inicio, importantes problemas derivados de las ventajas de la aumentación cognitiva. Así, habrá personas que: a) podrán acceder a situaciones que sin el interfaz no les serían asequibles; b) podrán resolver problemas que sin el interfaz les serían irresolubles, al menos en el mismo tiempo de análisis; c) podrán asumir riesgos que sin el interfaz no asumirían, o difícilmente asumirían; d) podrán emprender empresas o actividades que sin el interfaz no emprenderían o difícilmente emprenderían; e) podrán concluir empresas o actividades que sin el interfaz no concluirían o difícilmente concluirían; f) podrán alcanzar éxitos que sin el interfaz no alcanzarían o difícilmente lograrían, etc.

Respecto de los subsidios es posible que existan inconformidades. Así, con la política misma de los subsidios, con la concepción adoptada, con el nivel de subsidio asignado, con la calificación para acceder al subsidio, con las exigencias para dicha calificación, con el tiempo para la calificación, con el número de pasos para lograrla, con el procedimiento, con la idoneidad exigida para los calificadores, con la ratificación de la calificación como consecuencia del pertinente reclamo, con la definición de los parámetros para el otorgamiento del subsidio, con los requisitos a cumplirse para la admisión de la reclamación sobre la calificación, con los requisitos a cumplirse para la procedencia de la reclamación, con el tiempo previsto normativamente para la resolución sobre la reclamación respecto de la calificación, con las causales para la extinción del subsidio, con el régimen jurídico aplicable al nivel de subsidio asignado, con los beneficios de que goza el beneficiario según el nivel de subsidio asignado, etc.

## V. El derecho a la protección ante los sesgos

Sesgar significa, según el Diccionario de la Lengua Española,<sup>35</sup> “Torcer algo a un lado”. Y torcer es, según la misma fuente, entre otros, “Alterar la posición recta, perpendicular o paralela que algo tiene con respecto a otra cosa”; “Desviar algo de su posición o dirección habitual”; “tergiversar”.

El algoritmo es un producto humano, y la información que lo alimenta la introduce uno o varios seres humanos, o por disposición de seres humanos. Por consiguiente, el algoritmo es solo receptáculo de esa información.

<sup>35</sup> <https://dle.rae.es/sesgar>

El ser humano es “beneficiario” o “víctima” de ella. Esa información da lugar a un proceso, y luego a un resultado. Información tergiversada producirá respuesta tergiversada. La sociedad, parte de ella, un grupo de la misma, un sector de ella es la sesgada. Y ese sesgo puede reflejarse en una serie de campos: el diseño de ropa, la educación, obras de teatro, películas, medios de comunicación, etc. Su control es difícil porque el sesgo regularmente no se presenta como sesgo. Al revés, con frecuencia tiene expresiones contextualizadas en el marco de la legitimidad: tal el caso de los medios de comunicación, que pueden estar inclinados a favor de determinada posición política, pero en rigor jurídico materializan la libertad de expresión, que es un derecho constitucional. O el caso de las obras teatrales, reflejo de la creatividad de sus productores y artistas.

Los efectos dañosos de los sesgos y la consiguiente reparación es cuestión profunda que amerita mucho análisis jurídico, pues las consecuencias perjudiciales de los mismos, regularmente, no se visualizan materialmente ni a corto plazo. En términos constitucionales en la medida en que sus efectos provoquen la vulneración de derechos reconocidos por la Constitución es procedente la acción de protección. Globalmente hablando, donde hay daño cabe la pertinente reparación. Es esencial, a efectos de esta, concentrarse en los bienes jurídicos afectados por los sesgos.

Los sesgos son una realidad causada por ciertos seres humanos que tienen la oportunidad y capacidad de generarlos. Mike Mullane destaca<sup>36</sup> que “El sesgo algorítmico es lo que sucede cuando un sistema de aprendizaje automático refleja los valores de las personas que lo desarrollaron o entrenaron.”

El mismo autor destaca<sup>37</sup>:

El sesgo es una realidad en el aprendizaje automático. En la ciencia de los datos se refiere por lo general a una desviación de la expectativa o a un error en los datos; pero el sesgo es más que eso. Todos estamos condicionados por nuestros entornos y experiencias, “nadie es totalmente imparcial”, y llevamos con nosotros diferentes tipos de bagaje social, político o basado en valores. A veces nuestros horizontes no son tan amplios como nos gustaría creer y, como resultado, los grandes volúmenes de datos que se utilizan para entrenar los algoritmos no siempre son lo suficientemente diversos o variados. Es frecuente que en los datos o algoritmos haya un sesgo humano real.

<sup>36</sup> En su trabajo: “La eliminación de los sesgos en los algoritmos”, disponible en Revista UNE. “LA REVISTA DE LA NORMALIZACIÓN ESPAÑOLA”: <https://revista.une.org/11/la-eliminacion-de-los-sesgos-en-los-algoritmos.html>

<sup>37</sup> Misma fuente.

Sus razones y propósitos pueden ser múltiples. Cualquiera que ellos sean son intrascendentes a los ojos del Derecho y del Estado en el sentido de que tanto el Derecho como el Estado deben conjuntamente y en forma objetiva proteger a los ciudadanos de los sesgos y sus efectos dañosos. La prevención de los sesgos es algo ciertamente difícil, pues los mismos regularmente se “descubren” con el paso del tiempo, con la materialización de sus efectos. Piénsese que los sesgos no se presentan como tales. Sus antecedentes pueden no dar lugar a ninguna sospecha. Puede haber un grado de maquiavelismo en su concepción, en su instrumentación, etc. El control preventivo, objetivamente hablando, es de difícil realización.

Lo expuesto representa que la protección jurídica ante los sesgos no es cuestión sencilla.

A continuación, algunas precisiones:

1. El sesgo es obra humana, no, per sé, de los algoritmos o de la inteligencia artificial en general.
2. Puede ser voluntario, involuntario o fortuito. Así, los sesgos pueden ser la derivación de información falsa pero que recoge objetivamente “tendencias” que constan en el internet; o reflejar información descontextualizada, lo cual evidentemente puede dar lugar a señalamientos errados.
3. Puede llegar a ser medible con parámetros objetivos.
4. Puede tener antecedentes remotos o recientes por parte de quien o de quienes lo generan.
5. Puede obedecer a razones ideológicas, políticas, sociales, personales, de grupo o mixtas.
6. Puede tener propósitos ideológicos, políticos, sociales, personales, de grupo o mixtos.
7. Puede ser evaluado periódicamente para verificar el cumplimiento de sus propósitos, y según el resultado realizar el correspondiente “ajuste”.
8. Puede tener razones aparentes de nobleza, pero en realidad obedecer a razones maquiavélicas.
9. Puede tener razones maquiavélicas aparentes, y en realidad obedecer a razones nobles.

10. En todos los casos constituye una tergiversación de la neutralidad propia de toda tecnología (el algoritmo es una conquista tecnológica).
11. Puede basarse en información incompleta o desactualizada respecto de sujetos, grupos o comunidades; o respecto de algún objeto. Así, puede reputar culpables a quienes son inocentes, por el hecho de haber sido sujetos a una orden de prisión, pero luego absueltos en sentencia definitiva.
12. Su eliminación, en términos de racionalidad, regularmente ha de constituir un proceso complejo, difícilmente de corto plazo, particularmente por el volumen de la información que produce el sesgo.
13. El sesgo pudiera ser el resultado de la acción de quien lo instrumenta a través de la alimentación del algoritmo porque incumplió las instrucciones pertinentes.
14. En términos jurídicos lo más trascendente son los efectos que provocan los sesgos. En ello radica la esencia de las preocupaciones jurídicas. Típicamente los sesgos provocan discriminación, tratos desiguales, sentimientos de condena social, de rechazo, y pueden dar lugar a políticas públicas erradas. Los sesgos pueden obedecer a razones raciales, socioeconómicas, etc; pueden fundarse en el origen de nacimiento, en el lugar de residencia, en el lugar de educación, en el tipo de educación recibida, etc.
15. Los sesgos pueden afectar a la comunidad, a un sector de ella, a grupos determinados o a individuos específicos.
16. Pueden sustentar decisiones administrativas (y hasta judiciales) sesgadas, erradas. En línea con lo anterior la Ley Orgánica de Protección de Datos Personales del Ecuador, publicada en el quinto suplemento del Registro Oficial No.459 del 26 de Mayo de 2021 establece en los artículos 20 y 21, respectivamente, el *derecho a no ser objeto de una decisión basada única o parcialmente en valoraciones automatizadas; y el derecho de niñas, niños y adolescentes a no ser objeto de una decisión basada única o parcialmente en valoraciones automatizadas.*<sup>38</sup>

<sup>38</sup> El texto de dichos artículos es el siguiente:

“Art. 20.- **Derecho a no ser objeto de una decisión basada única o parcialmente en valoraciones automatizadas.**- El titular tiene derecho a no ser sometido a una decisión basada única o parcialmente en valoraciones que sean producto de procesos automatizados, incluida la elaboración de perfiles, que produzcan efectos jurídicos en el o que atenten contra sus derechos y libertades fundamentales, para lo cual podrá:

a. Solicitar al responsable del tratamiento una explicación motivada sobre la decisión tomada por el responsable o encargado del tratamiento de datos personales;

17. Pudiera ocurrir que un sesgo haya sido concebido como un instrumento transitorio para generar discriminación positiva, esto es, como un instrumento para igualar situaciones injustamente desiguales. Así, ciertas situaciones laborales, situaciones provocadas por la migración, por la pobreza extrema, etc.

Muchas son las reflexiones que pueden plantearse alrededor de los sesgos. ¿Se justifican para cambiar un comportamiento social que se considera equivocado?; ¿se justifican en razón del interés general?; ¿pueden ser una política pública?; ¿pueden ser una política permanente?; ¿transitoria?; ¿es condenable que sea una política pública?; ¿está justificado que constituyan un camino para el enriquecimiento de unas cuántas personas o grupos?

## VI. Estandarización de la protección mínima respecto de la inteligencia artificial y los algoritmos

En el fondo la protección es a seres humanos por la actuación de otros seres humanos con poder respecto de la inteligencia artificial y los algoritmos. Sería ideal

- 
- b. Presentar observaciones;
  - c. Solicitar los criterios de valoración sobre el programa automatizado; o,
  - d. Solicitar al responsable información sobre los tipos de datos utilizados y la fuente de la cual han sido obtenidos los mismos; e impugnar la decisión ante el responsable o encargado del tratamiento

No se aplicará este derecho cuando:

1. La decisión es necesaria para la celebración o ejecución de un contrato entre el titular y el responsable o encargado del tratamiento de datos personales;
2. Está autorizada por la normativa aplicable, orden judicial, resolución o mandato motivado de autoridad técnica competente para lo cual se deberá establecer medidas adecuadas para salvaguardar los derechos fundamentales y libertades del titular; o,
3. Se base en el consentimiento explícito del titular.
4. La decisión no conlleve impactos graves o riesgos verificables para el titular.

No se podrá exigir la renuncia a este derecho en forma adelantada a través de contratos de adhesión masivos. A más tardar en el momento de la primera comunicación con el titular de los datos personales, para informar una decisión basada únicamente en valoraciones automatizadas, este derecho le será informado explícitamente por cualquier medio idóneo.

**Art. 21.- Derecho de niñas, niños y adolescentes a no ser objeto de una decisión basada única o parcialmente en valoraciones automatizadas.-** Además de los presupuestos establecidos en el derecho a no ser objeto de una decisión basada única o parcialmente en valoraciones automatizadas, no se podrán tratar datos sensibles o datos de niñas, niños y adolescentes a menos que se cuente con la autorización expresa del titular o de su representante legal; o, cuando, dicho tratamiento esté destinado a salvaguardar un interés público esencial, el cual se evalúe en atención a los estándares internacionales de derechos humanos, y como mínimo satisfaga los criterios de legalidad, proporcionalidad y necesidad, y además incluya salvaguardas específicas para proteger los derechos fundamentales de los interesados. Los adolescentes, en ejercicio progresivo de sus derechos, a partir de los 15 años, podrán otorgar, en calidad de titulares, su consentimiento explícito para el tratamiento de sus datos personales, siempre que se les especifique con claridad sus fines."

la universalización de la protección y de mecanismos eficaces, sencillos, pronto y eficientes para lograrla. Urge:

1. Estandarizar internacionalmente un mínimo de protección respecto de la inteligencia artificial y los algoritmos
2. Definir estandarizadamente los grados o intensidad mínimos de la protección.

Sin perjuicio de ello procede:

1. Definir la temporalidad de la protección.
2. Definir su carácter abierto, cerrado o mixto. Cuándo abierto, cuándo cerrado, cuándo mixto.
3. Determinar el tipo de medidas cautelares o provisionales posibles y sus causales.
4. Precisar las particularidades de la protección en función de los bienes jurídicos afectados o potencialmente afectados, de la gravedad de su afectación o de su potencial afectación, de la temporalidad de la afectación o de la potencial afectación, de las características de los sujetos afectados o potencialmente afectados, de los efectos cuantitativos y cualitativos de la afectación o de la potencial afectación, de la potencialidad de las derivaciones de la afectación hacia otras personas, además del afectado directo, de las características del instrumento que produce la afectación, etc.

## **Bibliografía**

### **Libros**

El contenido esencial de los derechos. Miguel Hernández Terán.

Diccionario de la Lengua Española.

5 consejos para potenciar la inteligencia. Enrique Rojas.

Inteligencia artificial y lengua española. Asunción Gómez.

Apaga el celular y enciende tu cerebro. Pablo Muñoz Iturrieta.

Inteligencia artificial y neuroderechos: la protección del yo inconsciente de la persona.  
Ignasi Beltrán de Heredia Ruiz.

### **Artículos**

La inteligencia artificial y el dilema de su uso en la administración de justicia. María Belén Clavijo Rey.

Algoritmos. Universidad Autónoma del Estado de Hidalgo. Yesenia Baños García y Aracely Hernández Nájera.

Neuroderechos en Chile: consagración constitucional y regulación de las neurotecnologías.  
*María Isabel Cornejo Plaza.*

La eliminación de los sesgos en los algoritmos. Mike Mullane.

Portal de Cognifit research.

Portal de la Fundación Pascual Maragall.

Portal de actuamed.

### **Varios**

Ley Orgánica de Protección de Datos Personales del Ecuador

Ley Modelo de Neuroderechos para América Latina y el Caribe.

# INMUTABILIDAD, INOBSERVANCIA Y APLICACIÓN TEMPORAL DEL PRECEDENTE CONSTITUCIONAL

DRA. NURIA PÉREZ PUIG-MIR<sup>39</sup>

## Resumen

El presente estudio aborda los precedentes constitucionales, su naturaleza resaltando su jerarquía y el proceso de modificación, desde la identificación de la necesidad hasta la decisión de la Corte Constitucional. Se examina la aplicación temporal de los precedentes, equilibrando la no retroactividad con la progresividad de los derechos, y explora los efectos “*ex nunc*” y “*ex tunc*” para garantizar justicia y protección. El análisis del principio “*Iura Novit Curia*”, que otorga autonomía a la Corte Constitucional para interpretar la Constitución y desarrollar jurisprudencia, asegurando así la protección efectiva de los derechos fundamentales.

## Introducción

La jurisprudencia constitucional se nutre por precedentes que se configuran de la interpretación y aplicación de la Constitución, la protección de los derechos fundamentales y la integridad del orden constitucional. Desde el enfoque de un país constitucional de derechos y justicia, el precedente constitucional se sitúa como un elemento importante de la sentencia constitucional, y lo encontramos ubicado posterior a la argumentación realizada por los jueces constitucionales, construyéndose a partir de la elaboración de una *ratio decidendi*, que contiene el conjunto de parámetros de interpretación de la Constitución y del pensamiento jurídico de la Corte Constitucional, por la cual se desarrolla el contenido de las normas constitucionales.<sup>40</sup>

El precedente constitucional se origina desde un problema en materia de derechos y consecuentemente por la vulneración de principios constitucionales,

---

<sup>39</sup> Doctora en Ciencias Jurídicas. Doctora en Jurisprudencia. Magíster en Derecho Constitucional. Profesora de Pregrado y de Posgrado en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, en las Maestrías de Derecho mención Derecho Procesal y de Derecho Notarial.

<sup>40</sup> Protocolo para la Elaboración de Precedentes Constitucionales Obligatorios (PCO), 2010 (Resolución Administrativa 0004-10-AD-CC: 20-AGO-2010).

entendiéndose como un problema de constitucionalidad que prioriza la Constitución y los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos como fuente primaria.

Con el fin de comprender la estructura del precedente constitucional, analizamos el Protocolo de precedentes obligatorios que identifica el doble proceso técnico que se aplica al precedente,

“Por un parte es inductivo, pues toma un caso particular concreto con el fin de compararlo sistemáticamente con sus criterios de interpretación (*ratios*) respecto de los parámetros de interpretación de fallos anteriores con el fin de construir un criterio nuevo o ratificar el que prevalece en el pensamiento jurídico constitucional. Es, además, deductivo porque en el desarrollo del problema del precedente a resolver forma las fuentes del derecho y construye argumentadamente reglas concretas para resolver un problema jurídico y, además, desarrollar o interpretar (aclarar o establecer los alcances o límites) las normas constitucionales.”

La construcción del precedente puede generarse desde dos vertientes, primero cuando se forma a partir de criterios nuevos por parte de la Corte constituye un precedente de origen o *ex-novo* (es decir sin que existan precedentes anteriores que sirvan de fundamento); y es derivado cuando se compone de las *ratios* de sentencias anteriores con lo que se puede construir, modificar o mantener esos criterios de la Corte.

## **Inmutabilidad de los precedentes constitucionales**

La naturaleza de las sentencias emitidas por el pleno de la Corte Constitucional del Ecuador, son el producto de un análisis interpretativo evolutivo que como resultante configura el precedente a nivel de norma jurídica vinculante, pudiendo ser adaptado en su estructura a las necesidades de la sociedad.

Los precedentes constitucionales no son inmutables y pueden modificarse en función de la progresividad de los derechos, corrección de errores, consistencia y desarrollo de la jurisprudencia. La modificación de un precedente constitucional es un proceso importante que busca garantizar una interpretación actualizada y justa de la Constitución.

La característica de inmutabilidad de los precedentes constitucionales garantiza como principio en el sistema jurídico la estabilidad y coherencia en la aplicación

e interpretación constitucional. La Corte ha establecido que la inmutabilidad no implica rigidez, por lo que dilucida que los precedentes no son estáticos, y ha delineado mecanismos mediante los cuales pueden ser modificados adaptándose a transformaciones en los contextos sociales, políticos y jurídicos. Estos mecanismos son la reversión y la distinción.

La Corte fijó las formas de modificación:

[...] Hay dos formas en que ellos pueden ser afectados: la reversión y la distinción. La reversión de los precedentes de la Corte Constitucional se da cuando ella se “aleja de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia” (art. 2 núm. 3 LOGJCC). Mientras que la distinción se produce cuando la Corte argumentadamente determina que el caso actual se diferencia del caso que dio lugar al precedente en alguna propiedad relevante, lo que conduce a introducir una excepción en la correspondiente regla de precedente.<sup>41</sup>

## Reversión de los precedentes constitucionales

La importancia de reversión de precedentes constitucionales se constituye en el criterio de la Corte de optar por apartarse de forma argumentada de sus precedentes anteriores, aplicando el principio de progresividad de los derechos y la preservación del Estado constitucional, garantizando criterios coherentes que permitan corregir decisiones previas que no reflejen los valores constitucionales en evolución.

La Corte estableció que los precedentes pueden ser revertidos y lo explica así:

“Las sentencias de la Corte Constitucional (como cualquier sentencia) son decisiones motivadas; las razones centrales de la motivación que conducen directamente a la decisión (*la ratio decidendi*) son elaboraciones interpretativas de la Corte que constituyen precedentes vinculantes para casos futuros análogos, de conformidad con el artículo 436 (número 6) de la Constitución. Por lo que tales precedentes constituyen normas jurídicas que pueden ser revertidas por la propia Corte Constitucional, por lo dispuesto en el artículo 2 (número 3) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Sin embargo, son un tipo de norma jurídica de distinta naturaleza que las normas provenientes de

<sup>41</sup> Corte Constitucional. Sentencia 109-11-IS/20 (Precedente judicial en sentido estricto)

actos prescriptivos, como los reglamentos, las leyes o la Constitución. Solo respecto de este segundo tipo de norma tiene sentido hablar de derogatoria: lo que se deroga es el acto preceptivo que puso en vigencia la norma.”<sup>42</sup>

La reversión no se aplica de la misma manera que la derogatoria de normas provenientes de actos prescriptivos, como leyes o reglamentos, ya que solamente se centra en modificar y restituir decisiones anteriores cuando se justifique por razones jurídicas y constitucionales. Los precedentes constitucionales no pueden ser derogados porque no provienen de actos prescriptivos.

También se identifica cuando la Corte puede alejarse de los precedentes como lo establece el art. 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional, al establecer:

Principios de la justicia constitucional.- Además de los principios establecidos en la Constitución, se tendrán en cuenta los siguientes principios generales para resolver las causas que se sometan a su conocimiento: (...) 3. Obligatoriedad del precedente constitucional.- Los parámetros interpretativos de la Constitución fijados por la Corte Constitucional en los casos sometidos a su conocimiento tienen fuerza vinculante. La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.<sup>43</sup>

La Corte está obligada a justificar su desviación del precedente, cuando se enfrenta a un caso que comparte similitudes sustanciales con otro en el que estableció un precedente, pudiendo apartarse de ese precedente con el respaldo de argumentos sólidos y explícitos, sin incurrir en un acto arbitrario.

## **Distinción de los precedentes constitucionales**

El elemento de la distinción se presenta como una flexibilización en la jurisprudencia, al establecer la Corte con argumentos precisos las diferencias relevantes entre el caso que se presenta y el caso que origino el precedente, constituyendo una excepción a la regla del precedente, reconociendo que las decisiones deberán adaptarse a los elementos identificadores de cada situación,

<sup>42</sup> Corte Constitucional. Sentencia No. 11-19-CP/19.

<sup>43</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. 2022. Art. 2 numeral 3.

sin comprometer la estabilidad de la jurisprudencia constitucional, por establecer que no todos los casos son idénticos.

## Naturaleza vinculante de los precedentes constitucionales

En el caso de los precedentes constitucionales el ejercicio del control judicial de constitucionalidad le otorga a la Corte la facultad de constituirse como Corte de última palabra respecto de la materia constitucional:

Uno de los elementos esenciales del Estado constitucional es la existencia del control judicial de constitucionalidad de los actos del poder público. Como lo expresa el artículo 1 de nuestra Constitución, Ecuador es un Estado Constitucional y, por eso, en la misma Constitución se instituye la Corte Constitucional. Nuestro diseño constitucional le otorga a esta la última palabra en las materias de su competencia, entre ellas, en la tutela de los derechos fundamentales; esto es así incluso si los fallos de la Corte van en contravía de lo que la mayoría democrática pudiera opinar. (...) entendida esta no como infalibilidad sino como inalterabilidad frente a las autoridades democráticas constituidas.<sup>44</sup>

Entendiéndose que la naturaleza vinculante de los precedentes judiciales emanados de las decisiones de la Corte Constitucional son obligatorios tanto para la propia Corte como para todas las demás autoridades jurisdiccionales, fundamentándose en principios constitucionales clave, como el derecho a la igualdad formal y el derecho a la seguridad jurídica.<sup>45</sup>

Sentencia 028-16-SIS-CC, que explica el efecto vinculante horizontal y vertical respecto del precedente.

Los precedentes judiciales emanados de las decisiones de la Corte Constitucional son vinculantes, de conformidad con la Constitución (art. 436 núm. 1 y 6) y la LOGJCC (art. 2 núm. 3). Dicha obligatoriedad se proyecta, horizontalmente, respecto de la propia Corte, y verticalmente, respecto de todas las demás autoridades jurisdiccionales.<sup>46</sup> Las indicadas disposiciones normativas — que dotan de vinculatoriedad a los precedentes emanados de las decisiones de esta Corte — se fundan, a su vez, en el derecho constitucional a la igualdad formal (art. 66 núm. 4), que demanda

<sup>44</sup> Corte Constitucional. Sentencia No. 11-19-CP/19.

<sup>45</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. 2022. Art. 2 numeral 2.

<sup>46</sup> Corte Constitucional. Sentencia 1035-12-EP/20, de 22 de enero de 2020.

tratar igual a casos con iguales propiedades relevantes, y en el derecho a la seguridad jurídica (art. 82), que exige dotar a las expectativas de las personas de una previsibilidad razonable respecto de las decisiones judiciales.<sup>47</sup>

## Inobservancia de los precedentes constitucionales

Es importante destacar el problema que surge por la inobservancia de los precedentes constitucionales por parte de los operadores de justicia afectando directamente el principio de seguridad jurídica, ya que al constituir la *ratio decidendi* el núcleo del precedente lo posiciona como elemento vinculante y de obligatorio acogimiento.

La propia Corte se ha pronunciado respecto del incumplimiento cuando contiene un precedente en sentido estricto, y cuando el precedente comparte las mismas propiedades relevantes al caso analizado. Por lo que surge la interrogante:

¿Cuáles elementos se pueden considerar claves respecto de la inobservancia por no aplicación de un precedente? Respondiendo esta pregunta analizaremos la sentencia 1797-18-EP/20, sobre la presunta vulneración de la seguridad jurídica por inobservancia del precedente establecido en la sentencia 375-17-SEP-CC.<sup>48</sup>

En el análisis la Corte distingue dos elementos claves:

En función de lo alegado en el caso en concreto, es pertinente señalar que al tratarse de la supuesta inobservancia de un precedente constitucional por parte de las y los operadores de justicia, la Corte ha señalado que esto constituye en sí mismo una afectación a preceptos constitucionales susceptible de ser examinada a la luz del derecho a la seguridad jurídica.<sup>49</sup> En esa línea de ideas, con el fin de evaluar si se verificó el incumplimiento de un precedente, la Corte debe determinar dos elementos: (i) que la decisión alegada como incumplida contenga un precedente en sentido estricto,<sup>50</sup> y, (ii) que dicho precedente

<sup>47</sup> Atienza, Manuel (2013), Curso de argumentación jurídica, Trotta, Madrid, pp. 429s., n. 2.

<sup>48</sup> Corte Constitucional. Sentencia 375-17-SEP-CC, Estableció reglas jurisprudenciales.

<sup>49</sup> Corte Constitucional, Sentencia 1797-18-EP/20, 16 de diciembre de 2020.

<sup>50</sup> Corte Constitucional Sentencia 109-11-IS/20 de 26 de agosto de 2020. Precedente en sentido estricto: "Dicho precedente judicial en sentido estricto está conectado íntimamente con la motivación de las decisiones judiciales. Según la Constitución (artículo 76 núm. 7 letra l), toda decisión judicial debe tener una motivación; dentro de esta, sin embargo, cabe distinguir la *ratio decidendi*, o sea, el conjunto de razones que son esenciales para la justificación de lo decidido, y para que constituya un

resulte aplicable al caso bajo análisis, por compartir las mismas propiedades relevantes.<sup>51</sup>

Debe considerarse también, si las autoridades judiciales que se ocupan de asuntos de garantías jurisdiccionales al dictar sentencia puede analizar el incumplimiento de precedentes que no han sido mencionados por las partes en el proceso. Ante esta interrogante la Corte se pronuncia, aclarando que las autoridades judiciales tienen la capacidad de identificar y aplicar precedentes legales y constitucionales que no han sido mencionados por las partes en un caso, siempre y cuando estos precedentes compartan las mismas propiedades relevantes para la resolución de la controversia. Esto se fundamenta en el principio *iura novit curia*.

A su vez, dado que en la sección 4.2. ut supra, la Corte Constitucional ya determinó que el precedente contenido en la sentencia No. 375-17-SEP-CC no resulta aplicable al presente caso, no corresponde un pronunciamiento al respecto en esta sección, sin perjuicio de lo cual, nuevamente en aplicación del principio *iura novit curia*, la Corte Constitucional, así como las y los juzgadores que conocen acciones de protección, pueden aplicar normas y precedentes distintos a los invocados por las partes en un proceso constitucional, de conformidad con el artículo 4 numeral 13 de la LOGJCC.<sup>52</sup>

La Corte Constitucional de Ecuador, respecto del principio “*Iura Novit Curia*” en casos de precedentes constitucionales, tiene la responsabilidad de interpretar y aplicar la Constitución de manera autónoma, esto significa que no está limitada por los argumentos presentados por las partes y puede, por sí misma, interpretar y aplicar la Constitución en función de la jurisprudencia previa y su comprensión de los principios constitucionales.

Siguiendo esta línea hay que detallar respecto de la inobservancia de un precedente constitucional, ¿Cuáles derechos constitucionales se afectarían?

---

precedente en sentido es preciso que la regla cuya aplicación decide directamente (subsuntivamente) el caso concreto haya sido elaborada interpretativamente por el decisor y no meramente tomada del Derecho preexistente.

51 Corte Constitucional Sentencia 487-16-EP/22 de 13 de abril de 2022.

52 Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. LOGJCC art. 4 numeral 13: *Iura novit curia*. “La jueza o juez podrá aplicar una norma distinta a la invocada por los participantes en un proceso constitucional”.

## 1. Respeto de la seguridad jurídica<sup>53</sup>

Corte Constitucional Sentencia 109-11-IS/20

Que la inobservancia de un precedente puede acarrear la vulneración del derecho a la seguridad jurídica. No obstante, dicha vulneración no necesariamente conlleva la vulneración del derecho a la igualdad.<sup>54</sup>

Corte Constitucional. Sentencia 199-14-SEP-CC

Esta Corte Constitucional considera que el garantizar igualdad en el trato a los sujetos que se encuentren en iguales circunstancias es necesario para garantizar el derecho a la seguridad jurídica.<sup>55</sup>

## 2. Respeto a la facultad de alejarse de precedentes

Existe la posibilidad según el artículo 2 numeral 3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (LOGJCC), de apartarse de sus propios precedentes, siempre y cuando lo haga de manera explícita y argumentada.

Corte Constitucional. Sentencia 109-11-IS/20

Esta Corte estima que la vulneración del derecho a la seguridad jurídica por la presunta inobservancia de un precedente constitucional no necesariamente acarrea de forma automática la vulneración del derecho a la igualdad y que el análisis de presunta vulneración de estos derechos debe ser individualizado. En virtud del artículo 2 numeral 3 de la LOGJCC,

<sup>53</sup> Constitución del Ecuador: “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”. Véase Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1091-13-EP/20 de 4 de marzo de 2020, párr. 34.

“Esta Corte Constitucional ha definido al derecho a la seguridad jurídica como el derecho a contar con un ordenamiento jurídico previsible, claro, determinado, estable y coherente que le permita al individuo tener una noción razonable de las reglas del juego que le serán aplicadas”. Véase Corte Constitucional del Ecuador. Sentencias No. 989-11-EP/19 de 10 de septiembre de 2019, párr. 20 “Además, ha establecido que este derecho debe ser estrictamente observado por los poderes públicos para brindar certeza al individuo de que su situación jurídica no será modificada más que por procedimientos regulares establecidos previamente y por autoridad competente para evitar la arbitrariedad”.

<sup>54</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 109-11-IS/20 de 26 de agosto de 2020, párr. 21 “Los elementos de confiabilidad, certeza y no arbitrariedad que el derecho a la seguridad jurídica busca garantizar, no se limitan a la aplicación de normas jurídicas positivas; sino también a la convicción por parte de los particulares de que las autoridades competentes no podrán alejarse de los parámetros constitucionales y jurisprudenciales que se aplican a sus situaciones jurídicas concretas de forma injustificada o arbitraria.”

<sup>55</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 199-14-SEP-CC de 13 de noviembre de 2014.

esta Corte puede “[...] alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada.<sup>56</sup>

La simple falta de cumplimiento de un precedente no garantiza automáticamente que se haya violado el derecho a la igualdad.

Corte Constitucional Sentencia 2971-18-EP/20

[...]”. En consecuencia, este Organismo se aparta del precedente sentado en la sentencia No. 229-16-SEP-CC en cuanto no considera que la inobservancia del precedente constitucional constituye, por sí sola, una vulneración al derecho a la igualdad.

### 3. Respecto de la aplicación del precedente constitucional

Corte Constitucional. Sentencia No. 487-16-EP/22

En relación con los precedentes jurisprudenciales, su inobservancia puede presentarse, al menos, en dos supuestos: El primero se configura cuando los jueces que componen un cierto tribunal se alejan del precedente sin justificar suficientemente; y el segundo ocurre cuando, dichas autoridades judiciales no se apartan del precedente, sino que debiendo aplicarlo, no lo hacen. El primero deviene en la vulneración del derecho al debido proceso en la garantía de motivación, por cuanto incumpliría el criterio rector de la suficiencia<sup>57</sup>; mientras que el segundo, deriva en la vulneración del derecho a la seguridad jurídica.<sup>58</sup>

## Aplicación en el tiempo de los precedentes constitucionales

La aplicación de los precedentes constitucionales adquiere vigencia por el elemento de unidad de significado normativo, que se forma entre la norma constitucional y la sentencia interpretativa. La Corte lo determina así:

Al estar los dictámenes interpretativos enfocados a explicitar el real sentido de la Constitución, en esencia constituyen el propio contenido de la

<sup>56</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 109-11-IS/20 de 26 de agosto de 2020.

<sup>57</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 1158-17-EP/21 de 20 de octubre de 2021. Respecto a la garantía de la motivación.

<sup>58</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 1797-18-EP/20 de 16 de diciembre de 2020. “La observancia de precedentes constitucionales permite asegurar la vigencia de los derechos a la seguridad jurídica y a la igualdad”.

norma constitucional, en la medida en que establecen lo que dicha norma manda, prohíbe o permite; esto posibilita advertir que entre los dictámenes interpretativos y la norma constitucional se forma una unidad de significado normativo; y, por lo tanto, de manera general, los dictámenes interpretativos se entenderán incorporados y vigentes desde el momento en que la norma del poder constituyente entró en vigor, sea producto del poder constituyente originario o de manifestaciones del poder constituyente derivado.<sup>59</sup>

Respecto de los problemas de la aplicación temporal de los precedentes constitucionales, estos entran en vigencia desde su emisión, con la posibilidad de otorgarles efectos retroactivos o diferidos según lo requiera la situación, como lo estipula la Sentencia No. 2403-19-EP/22 en que analiza:

(ii) Por su parte, en lo que concierne a la aplicación de las decisiones de la Corte Constitucional en el tiempo, en consideración a los principios de supremacía y aplicación directa de la CRE, reconocidos en los artículos 424 y 426 de la Carta Fundamental, así como de las atribuciones de la Corte Constitucional y el carácter vinculante de sus decisiones conforme lo disponen los artículos 429 y 436.1 *ibidem*; las ratios *decidendi* de las decisiones constitucionales y los precedentes jurisprudenciales vinculantes de la Corte Constitucional, deberán ser obedecidos desde su expedición (efecto *ex nunc*), salvo que la Corte Constitucional en ejercicio de sus competencias les otorgue a dichas decisiones otro tipo de efectos, como en el caso de las declaratorias de inconstitucionalidad a las cuales puede dárseles efectos retroactivos (*ex tunc*) o diferidos.

Para mejor comprensión el efecto de inamovilidad<sup>60</sup> hacia el futuro (*ex nunc*) tiene como significado que no existe forma de revisar lo decidido. (Los efectos “*ex nunc*” son coherentes con el principio de no retroactividad de la ley y garantizan que las partes en un caso no se vean afectadas por cambios en la jurisprudencia después de que se haya iniciado el proceso judicial). El efecto retrospectivo (*ex tunc*) refiere a la posibilidad de sin negar lo anterior, retrotrae algunos efectos en el tiempo por cuestiones sociales o políticas determinadas. Este proceso se lo conoce como modulación de sentencias.<sup>61</sup>

<sup>59</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 2403-19-EP/22 de 12 de enero de 2022.

<sup>60</sup> El efecto *ex nunc* es aplicable a los precedentes, no obstante, el efecto *ex tunc* tiene una particularidad, puesto que solo es aplicable al caso concreto si la Corte decide fallar respecto de él o a los casos similares aún en proceso.

<sup>61</sup> Protocolo para la Elaboración de Precedentes Constitucionales Obligatorios (PCO), 2010 (Resolución Administrativa 0004-10-AD-CC: 20-AGO-2010).

Respecto de la modulación de las sentencias constitucionales el artículo 5 de la LOGJCC establece lo que sigue:

“(...) Art. 5.- Modulación de los efectos de las sentencias. Las juezas y jueces, cuando ejerzan jurisdicción constitucional, regularán los efectos en el tiempo, la materia y el espacio de sus providencias para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional”.<sup>62</sup>

Al igual que el artículo 39 de la Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional establece:

(...) Art. 39.- Las sentencias y dictámenes podrán regular sus efectos en el tiempo, la materia y el espacio de sus providencias para garantizar la vigencia de los derechos constitucionales y la supremacía constitucional.<sup>63</sup>

Para efectos los precedentes constitucionales deben ser obedecidos desde su expedición, pueden utilizarse en procesos judiciales, incluso si se han emitido después de que el proceso haya comenzado, siempre que el proceso no haya concluido de forma definitiva. Esto es especialmente relevante en casos que involucran la violación de principios o derechos constitucionales, donde la temporalidad no debe limitar la capacidad de los jueces para proteger y reconocer los derechos constitucionales. A lo que se refiere la Corte:

Las decisiones constitucionales podrán ser empleadas como fuente de justificación jurídica para las sentencias y autos en los procesos judiciales, inclusive si la decisión en referencia, ha sido dictada de manera posterior al inicio del proceso, siempre que el proceso no haya concluido de forma definitiva. Esto, en tanto que, de conformidad con la Constitución, el principal deber de las juezas y jueces es el de “administrar justicia con sujeción a la Constitución, a los instrumentos internacionales de derechos humanos y a la ley”.<sup>64</sup>

Revisando la temporalidad de los precedentes constitucionales podemos adicionar el análisis de la temporalidad para la presentación de las garantías jurisdiccionales, destacando que no se han establecidos requisitos para su presentación.

<sup>62</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Art. 5.

<sup>63</sup> Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional. Art. 39.

<sup>64</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 2403-19-EP/22 de 12 de enero de 2022.

Sentencia No. 1290-18-EP/21

La Corte Constitucional ha sido clara en señalar que, de la Constitución, de la LOGJCC, y de la jurisprudencia emitida por este Organismo, no se desprende que exista un requisito relativo a la temporalidad para la presentación de una acción de protección. A criterio de la Corte, ninguna “de estas fuentes jurídicas establece como un requisito para proponer una acción de protección, que su planteamiento sea necesariamente de forma inmediata al acto o a la omisión que habría provocado la afectación de derechos constitucionales”<sup>65</sup>.

Al aceptarse la inexistencia de requisitos la Corte fundamenta que por el transcurso del tiempo no se puede rechazar el presentar una garantía, por considerarse contrario al principio de inmediatez, y no presentar sustento normativo.

## Conclusiones

En el ámbito del derecho constitucional y los precedentes, es fundamental recordar que nuestra jurisprudencia es un organismo dinámico que evoluciona con el tiempo. Los precedentes constitucionales no son inmutables, pero tampoco son presa de la arbitrariedad. La facultad de modificarlos se basa en la progresividad de los derechos y la justicia constitucional, y esto debe fundamentarse cuidadosamente.

Es crucial reconocer que la inobservancia de un precedente puede tener implicaciones en el derecho a la seguridad jurídica, pero no necesariamente en el derecho a la igualdad. Cada caso debe evaluarse individualmente, considerando su contexto específico.

Los precedentes se aplican desde su emisión, pero la Corte Constitucional tiene la facultad de otorgarles efectos retroactivos o diferidos cuando sea necesario.

Además, el principio “*iura novit curia*” confiere a los jueces la autoridad para aplicar normas y precedentes no mencionados por las partes cuando sea necesario para resolver justamente el caso. Esta capacidad es esencial para garantizar la justicia y la protección de los derechos constitucionales.

---

<sup>65</sup> Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 179-13-EP/20.

## Bibliografía

- Atienza, Manuel (2013), Curso de argumentación jurídica, Trotta, Madrid, pp. 429s., n. 2.
- Codificación del Reglamento de Sustanciación de Procesos de Competencia de la Corte Constitucional. Resolución de la Corte Constitucional. Registro Oficial Suplemento 613 de 22-oct-2015. Art. 39
- Constitución del Ecuador. (2008) Art. 82
- Corte Constitucional. Sentencia 109-11-IS/20 (Precedente judicial en sentido estricto)
- Corte Constitucional. Sentencia 11-19-CP/19
- Corte Constitucional. Sentencia 1035- 12-EP/20
- Corte Constitucional Sentencia 487-16-EP/22
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 1091-13-EP/20
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 375-17-SEP-CC. (Estableció reglas jurisprudenciales).
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 989-11-EP/19
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 199-14-SEP-CC
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 1158-17-EP/21
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 1797-18-EP/20
- Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 2403-19-EP/22
- Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia 179-13-EP/20
- Corte Constitucional del Ecuador Sentencia 1290-18-EP/21
- Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. (2022). Art. 2 numeral 3
- Protocolo para la Elaboración de Precedentes Constitucionales Obligatorios (PCO), 2010 (Resolución Administrativa 0004-10-AD-CC:



# UNA APROXIMACIÓN ARGUMENTATIVA AL MODELO DE CONTROL JUDICIAL DE CONSTITUCIONALIDAD EN ECUADOR

DANNY JOSÉ CEVALLOS C.<sup>66</sup>

## Introducción

Una de las discusiones que ha estado latente desde la entrada en vigencia de la Constitución de 2008 es la de cuál realmente es el modelo de control *judicial* de constitucionalidad vigente en Ecuador. Me parece plausible afirmar que la intensidad inicial de esa discusión fue contenida luego de algunos pronunciamientos vinculantes de una anterior conformación de la Corte Constitucional, quien se posicionó a favor de la vigencia de un control *concentrado*; sin embargo, varios criterios emitidos luego por una nueva conformación de la Corte Constitucional reabrió el debate sobre si se necesitaría revisar esa decisión y la posibilidad —o no— de un *overruling* que permitiera un criterio hacia un control «mixto».

Esto ha generado, a mi criterio, que la discusión sobre el modelo de control vigente sea aún más confusa, y que derive en una errática aplicación de la llamada «consulta de norma» por parte de los jueces en general, pues varios razonamientos de la Corte Constitucional dejan entrever la posibilidad de la existencia de variadas formas de control judicial de constitucionalidad en el país, y, por tanto, la sensación de diversas maneras de proceder en los casos, y entre esos, la de proceder como si existiera un control «difuso» —que en realidad, tal como lo exponen, terminaría siendo todo un control «confuso»—.

Este trabajo busca dar cuenta brevemente de esa discusión, de los argumentos en que descansan las variadas posiciones, y de las falencias que aquellas presentan desde un enfoque conceptual; falencias generadas principalmente por enfatizar solamente las virtudes de un lado del espectro de razones, lo que puede llevar a la confusión de entender a ciertos rasgos o elementos de un determinado ordenamiento jurídico como si fueran cuestiones *necesarias* del modelo teórico del Estado constitucional democrático de Derecho, y no como elementos meramente *contingentes*.

---

<sup>66</sup> Abogado por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil (UCSG) y doctor en Derecho por la Universidad de Alicante. Profesor invitado en la maestría de Derecho Constitucional de la UCSG. E-mail: danny.cevallos@ua.es. ORCID: 0000-0001-5528-3851.

Aquí me propongo entonces lo siguiente: (i) realizar un repaso descriptivo del diseño normativo del control *judicial* de constitucionalidad en el orden jurídico ecuatoriano; (ii) sistematizar los que entiendo como los principales argumentos que se han esgrimido para defender, por un lado, la *tesis de la vigencia de un control concentrado y concreto*, y por otro, la *tesis de la vigencia de un control «difuso» que derivaría en un diseño «mixto»*; y, (iii) cuestionar desde un enfoque conceptual algunos de esos argumentos, distinguiendo entre las cuestiones que son *necesarias* —en sentido lógico— y las *contingentes* —en sentido «político» de elección de diseño institucional—. Por último expondré algunas conclusiones que apuntalan la tesis de la vigencia de un control concentrado y concreto.

## 1. Un repaso al control *judicial* de constitucionalidad en el orden jurídico ecuatoriano

### 1.1. Una estipulación previa sobre los tipos/modos de control judicial de constitucionalidad desde la teoría constitucional

Antes de entrar a las particularidades del orden jurídico ecuatoriano, creo pertinente aclarar lo que estoy teniendo en cuenta aquí como *tipos* o *modos* de control *judicial* de constitucionalidad, desde la teoría y la práctica constitucional comparada. No me interesará en este punto tomar parte por un determinado modelo de control como modelo «ideal» para los derechos —como parámetro de corrección—, sino comprender los escenarios de control posibles para identificar el que efectivamente está vigente en términos constitucionales en Ecuador. Para ello, mi contexto de reflexión es entonces el de la cultura jurídica occidental, donde ciertamente es un hecho que el control judicial de constitucionalidad se ha instituido en muchos países, aunque variando en las razones, modos e intensidades. No obstante, hay que tener claro que de ese solo hecho no se puede seguir, sin más, la idea prescriptiva de que el control *judicial* de constitucionalidad, en cualquiera de sus formas, sea una *necesidad lógica* de los órdenes jurídicos constitucionales.<sup>67</sup> Las variadas formas de control de constitucionalidad —judicial o político— y, en ciertos casos, la ausencia de un control de tipo judicial en países como Reino Unido, Nueva Zelanda o Israel, son ejemplos de esto.

<sup>67</sup> Sobre esto véase el razonamiento de Carlos S. Nino en relación con lo que denominó la «lógica de Marshall» y los inicios del *judicial review* estadounidense. *Vid., in extenso*, Carlos S. Nino, «Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad», en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Cuadernos y Debate 29, Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (1991), p. 100 y ss.; y *La constitución de la democracia deliberativa*, Barcelona: Gedisa (1997), p. 258 y ss.

Al ser esta una temática que se ha tratado ya ampliamente —lo que me releva aquí de explicaciones histórico-conceptuales—,<sup>68</sup> me limitaré a estipular que entiendo como conceptual y funcionalmente posibles, es decir, como institucionalmente viables, y que en efecto da cuenta de nuestras prácticas en general, los siguientes tipos o modelos (y combinaciones) de control:<sup>69</sup>

(i) *Un control difuso y concreto «puro»*: donde cualquier juez ejerce un control dentro del caso *concreto* y resuelve sobre la inconstitucionalidad y la declaratoria de inaplicabilidad de las leyes para el caso específico con efectos *inter-partes*. Este es el originado en el sistema estadounidense (*judicial review*); (ii) *un control concentrado y abstracto «puro»*: donde solo un órgano especializado (Tribunal/Corte Constitucional) concentra y monopoliza la competencia para declarar la inconstitucionalidad de las leyes y su inaplicación vía control *abstracto*, es decir, sin tener en cuenta la aplicación de la norma cuestionada dentro de un caso específico, y donde decide solo con efectos *erga omnes*. Este es el denominado modelo «europeo-continental»; (iii) *un control concentrado y concreto*: aquí la competencia de declaratoria de inconstitucionalidad se concentra en un solo órgano; sin embargo, los jueces ordinarios que consideren posibles inconstitucionalidades dentro de un caso judicial concreto están facultados a suspender la tramitación del caso y remitir al órgano concentrado para que este instruya sobre la constitucionalidad o no de la norma cuestionada. Dependiendo del caso, la declaración del órgano concentrado podrá tener efectos *inter partes* o *erga omnes*; y, (iv) *un control «mixto»*: donde se autoriza a cualquier juez la *inaplicabilidad* de normas jurídicas que el juez entienda como inconstitucionales, con un efecto *inter partes*; no obstante, una vez inaplicada al caso concreto, se debe dar aviso al órgano concentrado para que sea este quien decida *ex post* sobre la inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*.

Ahora bien, resulta sumamente complejo identificar actualmente un ordenamiento jurídico estatal donde exista y se practique un modelo esencialmente «puro». Las dinámicas jurídicas contemporáneas, encausadas por el razonamiento práctico justificatorio que lleva a vertebrar las dimensiones valorativa-material e

<sup>68</sup> Véase, por ejemplo, *in extenso*, Francisco Fernández Segado, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, México: UNAM (2004); Alfonso Ruiz Miguel, «Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional», en DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, No. 23 (2000), pp. 145-160. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2000.23.06>; Víctor Ferreres, *Justicia constitucional y democracia*, 2ª ed., Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2012); Christian Masapanta, *Jueces y control difuso de constitucionalidad. Análisis de la realidad ecuatoriana*, Quito: Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar (2012). Como es conocido, existe una cuantiosa literatura jurídica al respecto que no es posible recordar aquí.

<sup>69</sup> Claramente esta estipulación es revisable y discutible, pues pueden darse otros rasgos y configuraciones posibles. No obstante, me parece una reconstrucción básica lo suficientemente descriptiva de los modelos principales, de tal forma que funciona como punto de partida aceptable.

institucional-autoritativa del Estado constitucional de Derecho, ciertamente han generado un acercamiento progresivo entre esos dos modelos «puros» iniciales, derivando en diseños específicos que, sin renunciar a mantenerse próximos a un lado del espectro o estableciendo mecanismos que tienden hacia un punto medio, tratan de rescatar y adecuar, a modo de síntesis en un *tertium genus*, las propiedades consideradas virtuosas de cada uno de aquellos modelos iniciales.<sup>70</sup>

En estos modelos intermedios los grados de abstracciones y/o concreciones, y el margen de límites y de mecanismos procesales, estarán dados por las reglas de competencia que cada orden jurídico otorgue a los participantes de cada ordenamiento. Es en este sentido que todo aquello será, pues, contingente.

En adelante, me ocuparé entonces de las contingencias presentes en el caso ecuatoriano.

## 1.2. El marco jurídico ecuatoriano. Contexto

La penúltima Constitución ecuatoriana (1998) en su artículo 274 establecía un modelo de control judicial que se interpretaba como «mixto»; esto es, autorizaba a los jueces o tribunales que identificaran «un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales», a declararlo inaplicable para ese caso en concreto y resolver la causa consecuentemente, con la obligación de presentar un informe al entonces Tribunal Constitucional para que este decida sobre una posible inconstitucionalidad con efectos *erga omnes*.<sup>71</sup> Dentro de ese escenario no surgirían mayores controversias sobre el tipo de control, las competencias de los jueces de instancia y la manera de proceder. Las discrepancias fuertes sobre qué tipo de control existe en Ecuador y, por tanto, cómo deben proceder los jueces ante posibles inconstitucionalidades, surgirían, pues, a raíz de lo que la actual Constitución (2008) establece sobre el tema y sus variadas interpretaciones.

<sup>70</sup> V.g., Alemania, España, Italia, Chile, Uruguay, suelen mencionarse como ejemplos de ordenamientos jurídicos con control judicial de constitucionalidad tendencialmente «concentrado»; México, Brasil, Perú, Venezuela, suelen mencionarse como ejemplos de control judicial de constitucionalidad tendencialmente «mixto»; y Estados Unidos de América y Argentina suelen ser los ejemplos típicos de un control de tipo «difuso». No obstante, como se ha dicho antes, todas estas clasificaciones podrían discutirse dadas ciertas configuraciones normativas y de cara a la práctica dentro de cada uno de estos países.

<sup>71</sup> Constitución Política de 1998: «Artículo 274.- Cualquier juez o tribunal, en las causas que conozca, podrá declarar inaplicable, de oficio o a petición de parte, un precepto jurídico contrario a las normas de la Constitución o de los tratados y convenios internacionales, sin perjuicio de fallar sobre el asunto controvertido. Esta declaración no tendrá fuerza obligatoria sino en las causas en que se pronuncie. El juez, tribunal o sala presentará un informe sobre la declaratoria de inconstitucionalidad, para que el Tribunal Constitucional resuelva con carácter general y obligatorio».

En síntesis, la actual discusión de base se reduce a si los jueces que identifiquen normas jurídicas —que entendieran como— inconstitucionales dentro de la sustanciación de una causa,<sup>72</sup> están *siempre* obligados a suspender la tramitación de ese proceso judicial y elevar en consulta a la Corte Constitucional aquella posible inconstitucionalidad; o, si la propia Constitución permite a los jueces un margen de acción para inaplicar las normas que entiendan como contrarias a la Constitución y aplicar directamente normas constitucionales en reemplazo.

A continuación transcribiré con fines expositivos los artículos de la Constitución y de la ley pertinente que refieren expresamente al tema.

El artículo 428 de la Constitución de 2008 enuncia lo siguiente:

«Cuando una jueza o juez, de oficio o a petición de parte, considere que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, **suspenderá** la tramitación de la causa y **remitirá** el expediente en consulta a la Corte Constitucional, que en un plazo no mayor a cuarenta y cinco días, resolverá sobre la constitucionalidad de la norma.

Si transcurrido el plazo previsto la Corte no se pronuncia, el perjudicado podrá interponer la acción correspondiente» (el énfasis me pertenece).

La Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional —LOGJCC en adelante— en su artículo 142, inciso segundo, estableció lo que procesalmente se conoce como «consulta de norma»:<sup>73</sup>

«...cualquier jueza o juez, de oficio o a petición de parte, **solo si tiene duda razonable y motivada** de que una norma jurídica es contraria a la Constitución o a los instrumentos internacionales de derechos humanos que establezcan derechos más favorables que los reconocidos en la Constitución, suspenderá la tramitación de la causa y remitirá en consulta el expediente a la Corte Constitucional...» (el énfasis me pertenece).

Con base en esos enunciados jurídicos se empezó a discutir si la obligación de los jueces ordinarios de suspender y consultar a la Corte Constitucional se genera solo ante los casos «dudosos», y no ante la «certeza» de inconstitucionalidad;

<sup>72</sup> En este contexto uso la expresión *normas jurídicas* en un sentido amplio: tanto como enunciados normativos y como normas interpretadas.

<sup>73</sup> Procedimiento similar *grosso modo* a la «cuestión de inconstitucionalidad» en el Derecho español.

*ergo*, cuando haya dudas se suspende y se consulta, cuando haya certeza se inaplica la norma jurídica considerada inconstitucional y se aplica directamente la Constitución.

Con ese escenario, la entonces denominada Corte Constitucional «para el periodo de transición» en su momento manifestó que «la regla constitucional es clara» y que, por tanto, los jueces están «vedados» para inaplicar.<sup>74</sup> Luego, la primera Corte Constitucional emitió la sentencia 001-13-SNC-CC<sup>75</sup> donde enfatizó la obligación de todos los jueces de suspender y remitir a la Corte en consulta, y la necesidad de que aquellas consultas sean claras y suficientemente motivadas, de tal manera que la suspensión de tramitación de una causa judicial realmente esté justificada. Señaló de forma expresa que en Ecuador «únicamente» existe el control *concentrado*, y si bien los jueces están obligados a advertir la existencia de posibles inconstitucionalidades, «bajo ningún concepto, ante la certeza», podrían inaplicar directamente las normas jurídicas, debiendo necesariamente consultar.

Luego de ese pronunciamiento, la práctica judicial constitucional ecuatoriana se estabilizó en el ejercicio de un control concentrado y concreto; sin embargo, la discusión en el ámbito judicial sobre este tema sería retomada, especialmente, ante la interposición de acciones jurisdiccionales encaminadas a lograr el reconocimiento del denominado derecho al matrimonio igualitario en Ecuador. Dentro de la sustanciación de algunas de esas causas — pues fueron varias y en distintos momentos —, se decidió suspender y consultar a la Corte Constitucional sobre la inconstitucionalidad de las normas legales que solo viabilizaban el trámite para el matrimonio heterosexual, sobre el alcance del enunciado de la propia Constitución que aludía al matrimonio como «la unión entre hombre y mujer», y sobre el sentido del principio de aplicación directa e inmediata de los tratados e instrumentos internacionales de derechos humanos y su aplicación por sobre la propia Constitución, así como su aplicabilidad vía *control de convencionalidad*.

Al responder en sentencias a esas consultas de norma<sup>76</sup> y en otro tipo de causas posteriores,<sup>77</sup> la Corte Constitucional —una nueva conformación— habría reabierto la discusión sobre cuál es realmente el tipo de control judicial de constitucionalidad diseñado en la Constitución de 2008 y, por tanto, la posibilidad de un cambio de criterio jurisprudencial en ese sentido. Adelanto que en mi opinión la posición de la propia Corte no está clara — como criterio interpretativo

<sup>74</sup> Cfr., sentencia 55-10-SEP-CC, Corte Constitucional de Ecuador «para el periodo de transición».

<sup>75</sup> De 06 de febrero de 2013, caso 0535-12-CN.

<sup>76</sup> Sentencias 10-18-CN/19 y 11-18-CN/19, de 12 de junio de 2019, sobre consulta de constitucionalidad de norma.

<sup>77</sup> V.g., sentencia 1116-13-EP/20, de 18 de noviembre de 2020, de acción extraordinaria de protección.

vinculante—, pues las afirmaciones/reflexiones/comentarios orientados hacia un determinado modelo u otro, están expuestos entre fragmentos de sentencias de mayoría —no consolidadas como líneas jurisprudenciales estables— y de votos concurrentes y/o votos salvados (votos disidentes)—.<sup>78</sup>

Este es, pues, el escenario general de la discusión. En el aparatado que sigue trataré de sistematizar los principales argumentos que se han dado para respaldar las diversas posiciones.

## 2. Un repaso de las razones que se han aportado a favor de cada tesis

### 2.1. La tesis de la vigencia de un control concentrado y concreto

Esta tesis —entendida como un conjunto de argumentos diversos que apoyan una misma idea central— sostiene la idea de la vigencia en Ecuador de un control judicial de constitucionalidad concentrado y concreto. Reconstruyo a continuación los que considero son los principales argumentos que se han ofrecido desde esta posición.<sup>79</sup>

#### *a. La pertinencia del método literal ante la claridad de la regla constitucional*

La forma imperativa de conjugar los verbos en el enunciado del artículo 428 de la Constitución expresa un operador deóntico claro: un mandato, una orden de hacer. Es decir, el juzgador que *considerare* que hay una contrariedad entre una norma jurídica infraconstitucional y la Constitución, «suspenderá» el proceso y «remitirá» la cuestión en consulta a la Corte Constitucional. El proceder de los jueces ante esos escenarios estaría determinado, por tanto, de forma inequívoca, pues existe una regla concreta y específica para regularlo y no un principio general orientador, interpretativo, que deje abierto a discrecionalidad del legislador ordinario otro marco de acción.

Esto a su vez pretende salvaguardar la supremacía de las normas constitucionales; busca la unificación de criterios evitando que se den interpretaciones y

<sup>78</sup> En el ordenamiento ecuatoriano, los votos *concurrentes* son aquellos que se suman a la decisión final tomada en la sentencia de mayoría pero difieren en sus razones, y los votos *salvados* son aquellos que discrepan o disienten con la decisión final de la sentencia de mayoría.

<sup>79</sup> Los argumentos que expondré a continuación constituyen una sistematización que hago a partir de las razones que, en este sentido, he identificado principalmente en: (i) la sentencia 001-13-SNC-CC, (ii) en el voto salvado emitido en relación con las sentencias 10-18-CN/19 y 11-18-CN/19, y (iii) en la sentencia 1116-13-EP/20 y el voto concurrente a la misma suscrito por el juez Hernán Salgado —que denomino aquí «2º voto concurrente» (por el orden en que se publicó), para diferenciarlo del otro voto concurrente que se emitió dentro de esta sentencia—.

aplicaciones asimétricas de una misma norma jurídica en casos similares; persigue un mínimo de uniformidad que garantice la regularidad en la aplicación de las normas jurídicas precautelando a su vez derechos como la seguridad jurídica y la noción de certeza y previsibilidad en la aplicación del Derecho. Todo esto es conforme con el artículo constitucional 427 que dispone que las normas constitucionales serán interpretadas por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad.

### *b. La supremacía del procedimiento constitucional frente a la LOGJCC*

En línea con lo anterior, si bien el artículo 142 de la LOGJCC introduce la expresión «sólo si tiene duda razonable y motivada» para proceder con la consulta, aquello no debe entenderse como una autorización al juez para inaplicar directamente en los escenarios de *certeza* de una inconstitucionalidad. Esto, principalmente porque:

(i) aquella expresión «sólo si» es introducida por la ley sin estar considerada siquiera de forma implícita en la Constitución, y la norma legal no puede condicionar o modificar el procedimiento constitucionalmente dispuesto. Si se leyera aquello como un permiso de inaplicación, no se trataría ya de un desarrollo del mandato constitucional sino de una alteración competencial que por jerarquía no le está permitido hacer a la ley, por lo que no cabe entenderla en tal sentido;

(ii) cualquier tipo de *consideración* que pueda tener un juez —como posición interpretativa— sobre la inconstitucionalidad de una norma puede ser subsu-mible en la regla constitucional; es decir, sea por *duda* o sea por *certeza*, ambos escenarios resultan, en último término, producto de una *consideración* del juzgador, lo que lleva a que todos los escenarios se sometan entonces al procedimiento mencionado: suspender y consultar; y,

(iii) al hilo de lo dicho, el elemento de la «duda razonable y motivada» incorporado por la ley no debe ser entendido como una excepción procesal, sino como una exigencia que enfatiza el deber de los jueces por esforzarse en prácticas hermenéuticas que respondan al principio de *interpretación conforme a la Constitución*, de manera que, para que proceda la consulta de norma —que deberá pasar el examen de admisión en la Corte Constitucional— los jueces deberán justificar de forma razonada y suficiente que interpretativamente no les ha sido posible arribar a una lectura «conforme» a la Constitución de la norma cuestionada, siendo la consulta de norma el mecanismo de control de última *ratio*, y justificando así que la suspensión del proceso judicial es realmente necesaria y no generada por simples dudas que pudieran ser resueltas aplicando adecuadamente las técnicas de interpretación jurídica.

*c. El principio pro legislatore o deferencia al legislador y el peso de la representación democrática*

Las normas jurídicas que emanan del poder legislativo gozan de presunción tanto de constitucionalidad como —y principalmente— de legitimidad democrática representativa, lo que no puede ser dejado de lado sin más. Los jueces, y en especial los de instancias inferiores, no gozan de credenciales democráticas suficientes como para cuestionar por sí solos lo que el legislador ha normado ejerciendo un mandato popular. Ahora, es cierto que en los sistemas constitucionales contemporáneos los derechos fundamentales constituyen —por decirlo con Dworkin— el «atrincheramiento» de los derechos incluso frente a mayorías democráticas —la idea de los derechos como «cartas de triunfo»—, y la existencia de una función «contramayoritaria» concedida a los tribunales o cortes para cuidar que el núcleo indisponible de los derechos —el «coto vedado» en palabras de Ernesto Garzón Valdés— no sea trastocado por normas jurídicas emanadas de las mayorías legislativas; sin embargo, ese poder de cuestionar la voluntad legislativa, esa función contramayoritaria, estaría justificada y otorgada solo a un órgano judicial de la máxima jerarquía y que se sitúe al mismo nivel que las demás funciones —como órganos de poder— del Estado a las que sirve de contrapeso; esto es, que esté establecido y su conformación legitimada directamente desde la Constitución.

Esto es lo que explica que el propio ordenamiento sea el que establezca que debe tenerse presente el principio *pro legislatore* o de deferencia al legislador, pues el trasfondo democrático que está detrás de una ley válida y vigente hará presuponer que el legislador no ha querido emitir una ley inconstitucional, y dicha presunción solo podrá ser desvanecida, argumentalmente derrotada, y, por tanto, el apartamiento o expulsión de la norma solo podrá ser decidido por un órgano con credenciales constitucionales suficientes mediante una argumentación que justifique esa medida como de última *ratio*.

Este es el caso de la Corte Constitucional ecuatoriana y su función de máxima y última intérprete constitucional según la propia Constitución, y de ello deriva su atribución de control concentrado para decidir sobre la inconstitucionalidad o incompatibilidad de una norma con la Constitución, lo que puede ser llevado a cabo mediante diversos mecanismos de controles, tanto abstractos como concretos. Y es en este último mecanismo donde los jueces de cualquier instancia coadyuvan a la depuración de las incompatibilidades normativas del orden jurídico, detectando en sus prácticas posibles contradicciones normativas y derivando a la Corte Constitucional aquellas que, luego de pasar por el cedazo de la interpretación jurídica, no ha sido posible entenderlas en ningún sentido como conformes a la Constitución.

Pues bien, esto lo que quiere decir es que los jueces de instancia son también intérpretes constitucionales, teniendo la obligación de cuestionar a la luz de la Constitución y de los instrumentos de derechos humanos las normas jurídicas que aplican; lo que no les está reconocido es el poder para desplazar la presunción de constitucionalidad ni la voluntad democrática que subyace a una ley válida, potestad de control y contención de la actividad legislativa que la Constitución le reconoce solo a un órgano con credenciales y jerarquía competencial suficiente como la Corte Constitucional.

*d. La finalidad del principio de aplicación directa de las normas constitucionales y de instrumentos internacionales de derechos humanos más favorables a la propia Constitución, como mecanismo de la eficacia de los derechos pero sin olvidar el peso democrático de la ley*

Si bien la Constitución en su artículo 426 establece la aplicación directa e inmediata de sus normas y de los instrumentos internacionales de derechos humanos que sean más favorables, aquello no debe ser entendido como una autorización automática para desconocer o desplazar sin más el orden jurídico infra/subconstitucional. El principio de aplicación directa ha sido desarrollado por el constitucionalismo contemporáneo para asegurar que el contenido de las constituciones se materialice y sea reconocido y efectivamente aplicado, y evitar que las constituciones queden en meras aspiraciones o simples directrices; esto, frente al argumento típico del Estado legalista de que un juez, para aplicar lo mencionado por una Constitución, necesita que ella sea instrumentada y desarrollada primero por el legislador mediante una ley.

La aplicación directa tiene entonces el propósito de impedir el uso de ese tipo de argumentos que alegan *vacíos* o *lagunas normativas legales* como impedimentos para entrar a conocer y proteger directa e inmediatamente derechos. Por esto, este principio no debe ser entendido como una autorización para que, dado un orden jurídico que ya establece las normas infraconstitucionales que regulan derechos o situaciones jurídicas concretas, lo prescrito por ese orden normativo pueda ser desatendido y desplazado *sin más*. No se trata de «olvidarse» de las leyes; las leyes son mandatos de voluntad popular vinculante para todos los jueces y que deben ser acatados *prima facie*, y ante una posible antinomia normativa detectada por un juez ordinario, es la Corte Constitucional la que constitucionalmente tiene la potestad de cuestionar y desvanecer ese acatamiento *prima facie*.

Sobre la aplicación directa e inmediata de los instrumentos internacionales de derechos humanos, el razonamiento es similar a la aplicación directa e inmediata de la Constitución. Aquí, si bien la Corte Interamericana de Derechos Humanos

—Corte IDH— ha mencionado que todo juez nacional —doméstico, interno, de los países que han ratificado la Convención Americana de Derechos Humanos— cumplen una función de «juez de convencionalidad» vigilando que las normas de Derecho interno no lesionen los derechos de la Convención, también ha indicado que ese control de convencionalidad debe ser efectuado de acuerdo con el modelo de control de constitucionalidad que rija en cada país. Es por esto que el artículo 428 de la Constitución ecuatoriana establece el mismo procedimiento concentrado para las consideraciones tanto de constitucionalidad como de convencionalidad.

## 2.2. La tesis de la vigencia de un control mixto

Esta tesis —entendida, así también, como un conjunto de argumentos diversos que apoyan una misma idea central— sostiene la idea de la vigencia en Ecuador de un control judicial de constitucionalidad entendido por momentos como «difuso» pero que derivaría finalmente en un diseño «mixto». Ahora, si bien es posible encontrar matices y precisiones algo discordantes entre estos argumentos, lo relevante aquí es que las razones gravitan en torno a la idea de reafirmar la existencia de competencias normativas suficientes para que, dados ciertos contextos, los jueces de instancia puedan inaplicar —desplazar— directamente una norma jurídica infraconstitucional en el caso concreto, e incluso una constitucional en favor de una norma establecida en instrumentos internacionales de derechos humanos, sin tener *ex ante* que consultarlo con la Corte Constitucional —sin perjuicio de que luego la Corte Constitucional pueda conocer aquello vía *acción extraordinaria de protección* o *selección* del caso para revisión (esto último en el caso de las garantías jurisdiccionales)—.

Reconstruyo a continuación, asimismo, los que considero son los principales argumentos que se han ofrecido desde esta posición:<sup>80</sup>

### *a. La interpretación integral y sistemática de la Constitución como método interpretativo más favorable a los derechos*

No obstante lo que pueda estar enunciado de manera literal en su artículo 428, la misma Constitución contiene otros enunciados que deben ser leídos en conjunto para entender por completo lo que deben hacer los jueces ordinarios en materia de control judicial de constitucionalidad. Así, el artículo 427 *ibidem* menciona que

<sup>80</sup> Los argumentos que expondré a continuación constituyen una sistematización que hago a partir de las razones que, en este sentido, he identificado principalmente en: (i) las sentencias 10-18-CN/19 y 11-18-CN/19, (ii) el voto concurrente dentro de cada una de esas sentencias, y (iii) en el voto concurrente suscrito por los jueces Ramiro Ávila, Agustín Grijalva, Alí Lozada y Daniela Salazar, en relación con la sentencia 1116-13-EP/20 —al que me referiré en adelante como «1º voto concurrente»—.

las normas constitucionales deben ser interpretadas «por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos». En ese sentido, no es posible entonces dejar de lado lo dispuesto, *v.g.*, en los artículos 11.3, 11.5, 424, y 426 *ibidem*, que establecen, en su orden, el principio de aplicación directa e inmediata de los derechos y garantías de la Constitución, la interpretación y aplicación de las normas bajo el principio *pro persona*, la supremacía de la Constitución, y la aplicación directa e inmediata y la primacía de las normas previstas en instrumentos internacionales de derechos humanos cuando sean más favorables.

Por tanto, tomados en cuenta todos esos enunciados constitucionales se verifica la existencia de una suerte de «bloqueo permisivo de inaplicabilidad» que facultaría a los jueces, ante ciertos escenarios, a inaplicar directamente sin tener que suspender el trámite y esperar la respuesta de la Corte Constitucional. No obstante, la regulación de la LOGJCC aclara que esto sería factible para los casos en que los jueces no tengan ninguna duda de la inconstitucionalidad de la norma. Bajo este mismo razonamiento, si un juez *no tiene certeza* sobre la inconstitucionalidad es cuando podrá ejercer su facultad de consultar a la Corte.

Vista en su conjunto, la Constitución ecuatoriana «tiene un control difuso y un concentrado en el mismo texto, que acaba siendo un sistema mixto sin un adecuado sistema de control de constitucionalidad».<sup>81</sup> Si nos aproximamos a la cuestión no solo leyendo cada uno de aquellos enunciados constitucionales, sino también, a su vez, teniendo en cuenta toda la Constitución como un tejido axiológico que entrelaza fines, principios y valores, aquellas normas constitucionales —las que harían coexistir los dos modelos de control— no hacen más que reflejar «una tensión al interior del antedicho tejido axiológico, propia de todo Estado constitucional»,<sup>82</sup> por lo que, más que un defecto generado por la redacción de la Constitución, esto respondería también a cuestiones propias de la convivencia de los derechos y de la institucionalidad del Derecho.

Dentro de este contexto, los jueces en ocasiones se encuentran ante contraposiciones como la de atender a las razones sustantivas —*v.g.*, los derechos fundamentales, los criterios de justicia—, o a las razones institucionales, de autoridad —*v.g.*, democracia, seguridad jurídica— que median en su razonamiento. Frente a tales escenarios, «[e]l peso de las razones de uno y otro tipo van a variar dependiendo del caso. Cuando las razones sustantivas son muy superiores a las

<sup>81</sup> Voto concurrente en la sentencia 10-18-CN/19, párrafo 8.

<sup>82</sup> Voto concurrente en la sentencia 11-18-CN/19, párrafo 12.

institucionales (...) cabe perfectamente la aplicación directa (...). Según como varía el indicado balance de razones, la competencia para aplicar directamente la Constitución (y, por tanto, los instrumentos de internacionales de derechos humanos), quedará atribuida: solamente a la Corte Constitucional; o también a la Corte Nacional; o también a los órganos judiciales comunes».<sup>83</sup>

***b. La aplicación directa e inmediata de la Constitución y de los derechos humanos, la supremacía y el efecto útil de la norma constitucional, como mecanismos para la eficacia de los derechos***

El dar un efecto útil a la norma constitucional es uno de los principales criterios para orientar la discusión de la aparente disyuntiva entre aplicar directamente o elevar en consulta la constitucionalidad de una norma. La exigencia de que los jueces *siempre* deben elevar en consulta implicaría vaciar de contenido la idea constitucional de la aplicación directa; esto, pues «la aplicación directa (...) es una garantía normativa que debe tener impacto jurisdiccional, de lo contrario no tendría efecto práctico»;<sup>84</sup> de tal suerte que «si se les priva a los jueces y juezas de inaplicar en sus casos concretos, ya por vacíos o ya por antinomias (...) el control de constitucionalidad y el de convencionalidad serían inocuos y se dejaría sin eficacia la supremacía constitucional y la obligación de interpretar más favorablemente los derechos».<sup>85</sup>

Apoyada en la idea de supremacía, la aplicación *directa* quiere decir que las normas constitucionales relacionadas con el caso específico deben ser aplicadas, bien para colmar vacíos en caso de inexistencia regulativa secundaria, bien cuando interpretativamente no ha podido armonizarse la norma infraconstitucional vigente con la constitucional, prevaleciendo esta última. Por su parte, la aplicación *inmediata* quiere decir que la aplicación de las normas constitucionales no puede suspenderse o condicionarse a factores como la falta de su desarrollo en una ley o que esté supeditada a revisión superior.<sup>86</sup> Y es que el resultado de aplicar la ley por sobre la Constitución en casos de abierta contradicción, es desconocer el principio de supremacía constitucional y dejar sin efecto el de aplicación directa de las normas constitucionales.

En tal sentido, no es cierto que los jueces estén vedados para aplicar directamente la Constitución, pues en los casos de lagunas y de contradicciones claras, están facultados por el principio de supremacía constitucional porque es la propia

<sup>83</sup> *Ibidem*, párrafos 13 y 14.

<sup>84</sup> Sentencia 11-18-CN/19, párrafo 286.

<sup>85</sup> *Ibidem*, párrafo 287.

<sup>86</sup> *Cfr.*, *ibidem*, párrafo 284 y 285.

Constitución la que establece su jerarquía por sobre las normas que se opongan a ella —como método de solución de antinomias—. <sup>87</sup> Ahora, se reconoce también la posibilidad de casos en los que no sea posible tener una certeza de inconstitucionalidad tal que autorice acudir al argumento de la supremacía sin más. Es para estos casos de *duda* que precisamente se ha establecido la facultad de consultar a la Corte Constitucional como máximo intérprete. <sup>88</sup>

En síntesis, interpretados en conjunto y de forma armónica, los principios de supremacía constitucional, de aplicación directa e inmediata, y la necesidad de que la Constitución tenga un efecto útil en la actividad jurisdiccional, autorizan a entender que en la Constitución coexisten, como alternativas dependiendo de la complejidad del conflicto, tanto la facultad de inaplicar directamente como la de elevar en consulta la norma. <sup>89</sup> Planteado de otra manera: el *inaplicar directamente* una norma por considerarla inconstitucional es una potestad del juzgador de instancia que, por razones de celeridad y ante casos de antinomias claras, es la forma más favorable de proceder para la protección de derechos.

### *c. La función armonizadora introducida por la LOGJCC*

En la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional se habría querido conciliar la tensión que generaría la coexistencia de dos modelos de control judicial de constitucionalidad. <sup>90</sup> Esto lo que quiere decir es que el tipo de control a efectuar estará condicionado por las necesidades y los elementos del caso; así, la interpretación que lleva a pensar que los jueces *no* pueden inaplicar incluso en los casos en que las normas contradigan clara y abiertamente la Constitución, está ignorando el presupuesto de la duda razonable y motivada que forma parte de la *consulta de norma*. <sup>91</sup>

En estos términos, el juez deberá efectuar un control de constitucionalidad y convencionalidad de las normas jurídicas aplicables al caso y, luego del ejercicio interpretativo correspondiente, establecerá sus *certezas* o sus *dudas* sobre las inconstitucionalidades que detecte. En el primer escenario procederá a inaplicar directamente —control de tipo *difuso*—, en el segundo escenario procederá a motivar su duda y consultarlo con la Corte Constitucional —control de tipo *concentrado*—. Con esta fórmula la LOGJCC ha allanado el camino para conciliar y materializar una forma de control *mixto*.

<sup>87</sup> *Vid.*, artículo 425 de la Constitución.

<sup>88</sup> *Cfr.*, 1º voto concurrente en la sentencia 1116-13-EP/20, párrafo 21.

<sup>89</sup> *Ibidem*, párrafos 24 y 25.

<sup>90</sup> *Cfr.*, voto concurrente en la sentencia 10-18-CN/19, párrafo 8.

<sup>91</sup> *Cfr.*, 1º voto concurrente en la sentencia 1116-13-EP/20, párrafos 11 y 13.

*d. El modelo de Estado, la función de los jueces (el reconocimiento de su capacidad cognitiva) y la eficacia normativa de la Constitución*

En el modelo ecuatoriano de «Estado constitucional de derechos y justicia», la garantía y efectivo goce de los derechos se constituye como uno de los deberes primordiales del Estado.<sup>92</sup> Esto condiciona cuestiones como la interpretación jurídica, la que deberá estar orientada a cumplir esos fines. Así, la propia LOGJCC establece que se debe atender al tenor literal de las normas cuando este sea claro «sin perjuicio de que, para lograr un resultado justo en el caso, se puedan utilizar otros métodos de interpretación».<sup>93</sup> En razón del cumplimiento de esos deberes, de la idea de *justicia* como parte del modelo de Estado, la eficacia de la Constitución tendrá sentido si los jueces que interpretan normas jurídicas a diario pueden y deben aplicarla, lo que constituye entonces una forma de garantizar derechos y prevenir la vulneración de los mismos.<sup>94</sup>

Si bien la Corte Constitucional es la máxima intérprete de la Constitución y sus decisiones tienen carácter de precedente, esta no puede ser considerada la única intérprete. Todos los jueces tienen la capacidad cognitiva para interpretar la Constitución, y obligarlos a consultar incluso ante la certeza de inconstitucionalidad teniendo en cuenta el tiempo que eso podría tardar, resultaría en una dilatación innecesaria y podría afectar el derecho al debido proceso de las causas suspendidas.<sup>95</sup> Además, creer que el ordenamiento jurídico ecuatoriano impide a los jueces inaplicar las normas que consideran inconstitucionales, derivaría en que «les estaría forzando a fallar contra su convicción y afectaría de alguna manera, a su propia independencia judicial».<sup>96</sup>

Pensar que solo la Corte Constitucional tiene capacidad para interpretar la Constitución es restar poder y capacidad a los demás jueces y operadores jurídicos para aplicar la Constitución;<sup>97</sup> y, a su vez, el control concentrado responde a modelos de elitismo judicial y concentración de poder. Dicho de otra forma: «El control concentrado se parece a la época en la que solo las autoridades eclesiásticas podían leer e interpretar la Biblia e inhibía a que todos los creyentes puedan leer e interpretar los preceptos».<sup>98</sup>

<sup>92</sup> Artículo 3.1 de la Constitución.

<sup>93</sup> LOGJCC, artículo 3.7.

<sup>94</sup> *Cfr.*, sentencia 11-18-CN/19, párrafo 288.

<sup>95</sup> *Cfr.*, voto concurrente en la sentencia 10-18-CN/19, párrafo 25.

<sup>96</sup> *Ibidem*, párrafo 24.

<sup>97</sup> *Ibidem*, párrafo 27.

<sup>98</sup> Voto concurrente en la sentencia 10-18-CN/19, párrafo 28.

### 3. Algunos comentarios a modo de conclusión

Con base en las razones que aquí se han repasado, me parece posible sostener, a modo de conclusión, lo siguiente:

1) La regla constitucional en efecto es clara: se debe suspender y consultar ante la consideración —duda o certeza— de que una norma infraconstitucional sea contraria a la Constitución. Si se ve bien, esta afirmación no deriva únicamente de una lectura textual del artículo 428 constitucional, sino que responde también a un modelo integral de control identificable en la Constitución: se trata, pues, de establecer una autoridad que dote de coherencia y consistencia al ordenamiento jurídico evitando las interpretaciones y aplicaciones dispares en iguales situaciones fácticas de una misma norma jurídica. Es decir, esto debe ser leído también de manera conjunta, integral, con los principios de seguridad, certeza y previsibilidad jurídicas, con los cuales también se busca proteger los derechos. Me parece entonces que la crítica para atacar al argumento de la literalidad del artículo 428 de la Constitución no es consistente, pues podría afirmarse que esa crítica a su vez se apoya en lecturas igual de literales de otros artículos que establecen otros principios en la Constitución pero sin llevar a cabo una real armonización entre *todos* ellos, y no solo atendiendo a una parte del espectro de razones.

2) La Constitución dispone también, junto con el principio de supremacía constitucional —como no podía ser de otra manera tratándose de una Constitución inmersa en el modelo del Estado constitucional de Derecho—, el principio de aplicación directa e inmediata de los derechos, que persigue a su vez el efecto útil de las normas. Bien entendidos, estos principios no implican *per se* una contradicción, tensión o pugna —como se lo quiera presentar— con el modelo de un control judicial concentrado y concreto de constitucionalidad. Es precisamente a partir del principio de supremacía constitucional que resulta difícil dar cabida al argumento legal de que la consulta de norma procede solo en los casos donde hay duda razonable, pues esto sería desconocer el propio procedimiento constitucional. Además, no se trata de que los jueces ordinarios sean capaces o no de «derrotar» motivadamente la presunción de constitucionalidad de una norma y así legitimarse para implicarla y para aplicar directamente la Constitución; se trata de que los jueces justifiquen argumentadamente que en un determinado caso la norma que mejor resuelve ese caso y, por tanto, la que deben aplicar para decidir no es la norma infraconstitucional sino la norma constitucional.

Esto último, entonces, no significa desaplicar por inconstitucionalidad, sino aplicar la Constitución por ser la norma jerárquicamente superior y materialmente más conveniente para ese caso. Si esto es así, entonces:

(i) el principio de aplicación directa tiene pleno sentido ante *lagunas normativas legales*, es decir, cuando el ordenamiento no contiene normas legales que regulen la situación específica y que, por tanto, el caso deba ser resuelto *desde* la Constitución; y

(ii) la aplicación directa como principio no tendría mayor sentido ante *contradicciones normativas*: de haber una norma infraconstitucional que *a priori* regula el caso, es esa la norma *prima facie* llamada ser aplicada, excepto que se justifique — como ya se dijo — que no procede su aplicación por discrepar con alguna norma constitucional, decidiéndose entonces aplicar esta última. Pero esto, nuevamente, no responde a una aplicación «directa» en el sentido que antes se ha señalado, sino sencillamente a la aplicación del método jerárquico de *lex superior*.

3) Bien entendido, los jueces lo que hacen es una operación de identificación y justificación de las normas necesarias para construir la premisa mayor (normativa) de su razonamiento — de su silogismo — seleccionando las normas regulativamente más adecuadas y válidas para el caso, bastando a veces normas infraconstitucionales y otras veces echando mano de normas de la Constitución. Es por esto que no hay que confundir — *para estos efectos* — la decisión de no aplicar una norma legal para aplicar la norma de la Constitución, como si se tratara de una cuestión de declaratoria de inconstitucionalidad, de invalidez jurídica, sino de la operación de selección de las normas del ordenamiento que permiten solucionar adecuadamente el caso.

4) Si todo lo anterior es así, no sería cierto, por tanto, el argumento de un supuesto vaciamiento de la Constitución, y de la ineficacia de su supremacía y la pérdida del efecto útil de sus normas por no poder aplicarlas directamente. Tampoco resultaría cierto que la Corte Constitucional sería la única intérprete y aplicadora de la Constitución, y que los jueces ordinarios estarían constreñidos a fallar contra su convicción — por tener que aplicar una norma que consideren inconstitucional — lo que afectaría su independencia judicial.

La Constitución como norma jurídica plena *es y debe ser* aplicada por todos los jueces en general. Ahora, los jueces no responden a sus convicciones sino al Derecho, y para resolver los casos deben hacerlo conforme al Derecho vigente que incluye tanto las leyes como la propia Constitución. En este sentido, la independencia judicial no está afectada pues son los propios jueces los que justifican la dimensión formal y material de sus decisiones con las normas que consideran las adecuadas al caso pero siempre dentro de los límites del propio Derecho, lo que implica que si no tienen competencia para declarar la inconstitucionalidad no pueden hacerlo, pero sí pueden — y deben — justificar la construcción de su premisa normativa con las normas más adecuadas al caso para proteger los derechos.

5) Que el ordenamiento jurídico ecuatoriano encargue a la Corte Constitucional la decisión sobre la inconstitucionalidad de las normas es algo contingente; pero una vez establecido así, el consultar a la Corte sobre la inconstitucionalidad de una norma cuando dicha norma no ha podido ser interpretada conforme a la Constitución y no ha podido ser desplazada por otra norma para resolver un caso, no es más que aplicar las disposiciones de la propia Constitución. Es decir, no se trata de una injerencia de la Corte Constitucional en las operaciones hermenéuticas de los jueces ordinarios ni de la imposición de criterios, sino simplemente de cumplir con los roles y las competencias dadas en el ordenamiento a cada uno. Así, *v.g.*, a la Corte Constitucional le corresponde decidir sobre inconstitucionalidades y establecer precedentes que desarrollen la Constitución y sus derechos, y estas decisiones, al ser vinculantes, pasan a ser fuente de Derecho. En este sentido, los jueces ordinarios al aplicar los precedentes de la Corte no hacen otra cosa que aplicar el Derecho vigente para resolver los casos, que es su función.

6) Puede ser descriptivamente cierto que los procedimientos de consulta de norma no se despachen dentro del tiempo establecido, y que eso conlleve problemas de variada índole para las partes y demora para los jueces que consultan, o que se desconfíe del criterio de la Corte Constitucional, etc., pero estos son problemas de otro tipo —no menos importantes, por supuesto— que no deben confundirse con las razones jurídicas, con razones de método jurídico. Ese tipo de problemas —de diseño institucional, de anomia, etc.— deben ser analizados y resueltos de forma y medios distintos.

Y es que los argumentos que descalifican al modelo concentrado por supuestamente responder a «modelos de elitismo judicial y concentración de poder» no son en sentido estricto argumentos de teoría jurídica; son argumentos que reflejan mas bien desacuerdos de tipo político con los diseños de control y ciertos modelos de justicia constitucional en general, y no pocas veces son ideológicos. No obstante, creo que estos argumentos ignoran el componente democrático que presupone el ordenamiento jurídico ecuatoriano; olvidan que las leyes fueron emitidas por una autoridad legislativa que fue elegida precisamente para eso y que esas normas gozan de presunción de constitucionalidad y de legitimidad democrática.

7) Por último, en el diseño del ordenamiento jurídico ecuatoriano —guste o no— el peso democrático-institucional detrás de las leyes es muy fuerte, y solo otro organismo de igual reconocimiento —jerárquicamente— constitucional al legislativo puede corregir esa «voluntad popular» que estaría lesionando derechos. Tiene sentido así que la declaración de inconstitucionalidad esté reservada a la Corte Constitucional y no a cualquier juez o tribunal; y esto, al menos por dos razones:

(i) no porque los jueces o tribunales de la justicia ordinaria sean cognitivamente «inferiores», sino porque estos no cuentan con la autoridad jerárquica suficiente para contradecir las decisiones parlamentarias, cuestión reservada a un órgano constitucional que sí la tiene, como lo es la Corte Constitucional. En este esquema, la tarea del juez ordinario es colaborar con la Corte en su función de depuración del ordenamiento a través de la detección de incompatibilidades normativas insalvables en los casos específicos que sustancien, para lo cual consultarán a la Corte; y

(ii) porque, y especialmente, en los ordenamientos jurídicos en proceso de constitucionalización —como es el caso ecuatoriano con la Constitución de 2008— es necesario que exista una autoridad final que emita criterios vinculantes que doten de contenido a los derechos, los desarrollen y garantice la uniformidad de interpretaciones y de criterios de aplicación sobre estos, a fin de evitar actuaciones judiciales arbitrarias, injustificadas o desiguales que lesionen la seguridad jurídica, la certeza y la igualdad en la aplicación del Derecho, al menos hasta alcanzar una estabilización suficiente y aceptable de dicha constitucionalización.

## Referencias bibliográficas

FERNÁNDEZ SEGADO, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*. México: UNAM (2004).

FERRERES, Víctor, *Justicia constitucional y democracia*, 2ª ed. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales (2012).

MASAPANTA, Christian, *Jueces y control difuso de constitucionalidad. Análisis de la realidad ecuatoriana*. Quito: Corporación Editora Nacional, Universidad Andina Simón Bolívar (2012).

NINO, Carlos S., «Los fundamentos del control judicial de constitucionalidad», en *Fundamentos y alcances del control judicial de constitucionalidad*, Cuadernos y Debate 29. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales (1991).

NINO, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona: Gedisa (1997).

RUIZ MIGUEL, Alfonso, «Modelo americano y modelo europeo de justicia constitucional», en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, No. 23 (2000), pp. 145-160. DOI: <https://doi.org/10.14198/DOXA2000.23.06>.

## Normas y sentencias

Constitución de la República de Ecuador (2008).

Constitución Política de la República de Ecuador (1998).

Corte Constitucional de Ecuador «para el periodo de transición», sentencia 55-10-SEP-CC.

Corte Constitucional de Ecuador, sentencias 001-13-SNC-CC, 10-18-CN/19, 11-18-CN/19, y 1116-13-EP/20, y sus respectivos votos concurrentes y votos salvados.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

# ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 2822-18-EP/23 DICTADA POR LA CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE LAS REGLAS PARTICULARES DE LA PRUEBA EN EL ARBITRAJE Y SUS EFECTOS EN LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LAUDO

AB. JOHNNY DE LA PARED DARQUEA, MGS

El presente artículo destaca la sentencia dictada por la Corte Constitucional en el ámbito probatorio dentro de un proceso de arbitraje que, a diferencia de un proceso “ordinario” es decir la aplicación de formalidades que existen dentro de un proceso de justicia común como las que nos refiere al pie de la letra el COGEP en un procedimiento ordinario, monitorio, ejecutivo, etc.

En el arbitraje existen sin duda reglas particulares sobre la prueba. No hay un procedimiento riguroso en cuanto al proceso o en lo que nos interesa específicamente, la práctica de la prueba tiene un tratamiento distinto al de la justicia ordinaria. La forma y método en el que se practicará la prueba queda a la decisión del Tribunal arbitral. Normalmente son los Tribunales los que siguen el reglamento interno que tiene el Centro de arbitraje al que deciden acudir las dos partes que tienen el conflicto.

Dentro de la sentencia materia de análisis, la Corte Constitucional desarrolla conceptualmente ciertos criterios relativos a la prueba dentro del arbitraje, entre ellos:

## **El arbitraje y su autonomía normativa y procedimental**

Resulta necesario entender lo que dice la Constitución del Ecuador respecto de los diversos procedimientos alternativos para la solución de conflictos, detallados en el Art. 190 el cual expresa:

*“Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.”*

Asimismo, es importante enmarcar el concepto de Arbitraje, el cual se lo verifica en el art. 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación, el cual dice:

*Art. 1.- El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los Tribunales de arbitraje administrado o por árbitros independientes que se conformarán para conocer dichas controversias.*

Anteriormente, en el ya derogado Código de Procedimiento Civil se encontraba la figura respecto de la presentación de las pruebas, esto en el Art. 115 que determinaba lo siguiente:

*Art. 15.- La prueba deberá ser apreciada en conjunto, de acuerdo con las reglas de la sana crítica, sin perjuicio de las solemnidades prescritas en la ley sustantiva para la existencia o validez de ciertos actos. El juez tendrá obligación de expresar en su resolución la valoración de todas las pruebas producidas.*

De igual forma, el art. 31 literal C y siguientes sobre las causales de nulidad de los Laudos, y el Art. 37 de la Ley de Mediación y Arbitraje, nos permiten revisar la aplicación de normas supletorias, pero estas se encuentran condicionadas por la naturaleza del arbitraje. Esto es, las reglas de las pruebas acordadas por las partes prevalecerán sobre las reglas de prueba establecidas en la legislación adjetiva, siempre y cuando no estén en contra del propósito fundamental del arbitraje:

*Art. 37.- En todo lo que no esté previsto en esta Ley, se aplicarán supletoriamente las normas del Código Civil, Código de Procedimiento Civil o Código de Comercio y otras leyes conexas, siempre que se trate, de arbitraje en derecho.*

La Corte Constitucional del Ecuador ha sentado precedentes al afirmar que, debido a la naturaleza del trámite arbitral, las partes disfrutaban de una amplia flexibilidad para establecer las reglas que consideren eficaces y adaptar la estructura del procedimiento según la naturaleza y complejidad del mismo. Este enfoque otorga a las partes la facultad de convenir libremente las reglas de trámite, incluyendo aquellas aplicables a la prueba, garantizando así la flexibilidad inherente a este método alternativo de resolución de conflictos.

La flexibilidad en la determinación de las reglas aplicables al ámbito del arbitraje es crucial, ya que brinda a las partes la capacidad de ajustar el procedimiento a sus necesidades y a las particularidades del caso, lo que puede redundar en un

proceso más eficiente y equitativo. Sin embargo, esta flexibilidad no debe interpretarse como una autorización para que las partes o el Tribunal arbitral actúen de manera arbitraria o violen los derechos fundamentales, como el derecho al debido proceso.

De manera que es imperativo que las reglas pactadas para la conducción del procedimiento arbitral se enmarquen en el respeto a las garantías del debido proceso de las partes. Esto implica permitir que ambas partes actúen en condiciones de igualdad y aseguren la plena vigencia de las garantías del debido proceso arbitral. Además, las disposiciones sobre la prueba acordadas por las partes o un Tribunal arbitral deben contemplar al menos tres etapas: un análisis de pertinencia por parte del Tribunal (admisión), la orden y práctica de los medios de prueba (cuando se permita) y las diligencias para el esclarecimiento de hechos.

En síntesis, la flexibilidad en la determinación de las reglas aplicables al trámite del arbitraje constituye una característica esencial de este método alternativo de resolución de conflictos. No obstante, dicha flexibilidad debe estar siempre acompañada del respeto a las garantías del debido proceso de las partes, asegurando la implementación de reglas claras y justas para la práctica de la prueba. La Corte Constitucional hace énfasis en que la admisibilidad y práctica de la prueba es un ejercicio que le corresponde al Tribunal Arbitral y a las partes, y que no puede ser asumida por la justicia ordinaria.

Así, el presidente de la Corte Provincial se extralimitó en sus funciones y competencia al analizar la admisibilidad de la prueba, el mérito de distintos elementos probatorios y las razones de no práctica para proceder a declarar la nulidad del laudo arbitral. La esencia del sistema arbitral versa sobre su autonomía respecto de la justicia ordinaria, por lo que el Presidente de la mencionada Corte debía acatar las disposiciones de la Ley de Arbitraje y Mediación para evitar una judicialización del proceso.

En concordancia con lo mencionado, la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador 308-14-EO/20 del 19 de agosto de 2020, señala que “Esta Corte ya ha establecido que el control judicial del arbitraje debe efectuarse dentro de las limitaciones previstas en la Constitución y la ley, pues la efectividad del sistema arbitral depende de un deber de respeto e independencia por parte de la justicia ordinaria hacia el arbitraje.

Así, los jueces tienen como primera limitación no poder entrar a la revisión de las causales de nulidad del laudo arbitral ante una acción extemporánea; y, como segunda limitación, no poder anular un laudo arbitral sin antes haber analizado y verificado el cumplimiento de una de las causales legales.” De manera que es

necesario que los jueces de la justicia ordinaria se mantengan alejados del proceso arbitral, a menos que hayan verificado que poseen la competencia debida para intervenir y pronunciarse sobre temas de arbitraje.

En línea con lo anterior, la Corte Constitucional ha manifestado que el arbitraje implica un pleno reconocimiento de un sistema que tiene sus normas y procedimientos propios, dentro del cual las partes gozan de una amplia flexibilidad para determinar las reglas que considere que son eficaces y pertinentes para adaptar la estructura del proceso según la naturaleza y complejidad de la controversia. De manera que las partes tienen la facultad de convenir libremente las reglas del trámite incluidas las relacionadas a la prueba, para así garantizar la flexibilidad y agilidad que caracteriza a este método alternativo de solución de conflictos.

Respecto de esta flexibilidad, la Corte Constitucional, en sentencia 2573-17-EP/21 del 25 de agosto de 2021, menciona que “las partes gozan de flexibilidad para determinar las reglas que consideren eficaces y adaptar la estructura del procedimiento en función de su naturaleza y complejidad.” Con lo que nos confirma la libertad que poseen las partes en un trámite arbitral para escoger lo que mejor les convenga a su caso particular y llevar el procedimiento conforme las elecciones tomadas. Sin embargo, existe una limitación a esta libertad en el sentido de que “si bien es un mecanismo ágil, flexible y con reglas propias, se trata a la vez de un proceso en el cual se plantean y resuelven pretensiones.

Por lo tanto, la voluntad de las partes encuentra sus límites en la observancia y respeto a principios rectores, principalmente, aquellos relacionados al debido proceso arbitral y sus garantías.” Es así como, en el sistema arbitral prevalece un sentido de holgura, que permite que las partes se alejen de las formalidades y rigidez del sistema ordinario, siempre que se mantengan dentro del límite constitucional y no atentatorio de derechos fundamentales.

Respecto de la “limitación” a la flexibilidad que otorga el sistema arbitral, Fernando Vargas Machuca expresa que “esta flexibilidad debe siempre, en el caso del arbitraje, observar un límite establecido que consiste en garantizar el desarrollo adecuado y equitativo de las actuaciones arbitrales y la observancia del derecho al debido proceso y derecho de defensa de las partes.”

Para la Corte Constitucional resulta esencial dejar en claro que el sistema arbitral implica el reconocimiento absoluto a normas y procesos distintos que, a su vez, son propios de la cualidad de “alternativo” que ostenta este método de resolución de conflictos. Dentro de un procedimiento arbitral, la regulación del ámbito probatorio no encuentra —principalmente— su fundamento

en formalismos judiciales (como los aplicables a la justicia ordinaria mediante normas adjetivas).

Lo anteriormente referido, responde a naturaleza misma del arbitraje, específicamente en su origen, ya que, partiendo del hecho de que al procedimiento arbitral se acude a raíz de un convenio, se entiende que las partes acceden a someterse a una forma alterna de resolución de conflictos, en la cual cuentan con amplia flexibilidad, para determinar las reglas que consideren eficaces en función de la naturaleza y complejidad del conflicto; asimismo, las partes gozan de amplia flexibilidad para determinar libremente la estructura del procedimiento y las reglas de trámite, incluyendo las aplicables a la prueba.

Por lo tanto, los reglamentos arbitrales y demás normas adjetivas de procedimiento resultan meramente referenciales cuando en el convenio arbitral se hayan pactado condiciones distintas que instrumenten las reglas que seguirá dicho procedimiento arbitral en específico, incluyendo aquellas que versen respecto al anuncio y la práctica de la prueba. Bajo el principio de autonomía de la voluntad de las partes, y según lo establecido en el convenio arbitral, deben preferirse las regulaciones acordadas por estas sobre el procedimiento, ya sea porque así fue establecido en el convenio arbitral o porque se utiliza de referencia al reglamento de un centro de arbitraje.

En segundo término y de forma supletoria, se atenderá a las regulaciones adoptadas por el Tribunal arbitral, lo cual puede incluir normas de soft law como, por ejemplo, reglas de la IBA sobre Práctica de Pruebas. Es válido mencionar que las reglas de la IBA, en su propia terminología, se caracterizan por ser "*Reglas Suplementarias*", encaminadas a regular la presentación y recepción de la prueba en Procedimientos de Arbitraje Comercial Internacional, brindando mecanismos eficientes para la presentación de testigos, documentos, peritos y demás. Estas reglas reiteran ser lineamientos que pueden ser adoptados libremente por las partes, si así lo acordaren.

La Corte, con el fin de enfatizar en el carácter flexible del sistema arbitral, reitera que dicha cualidad se convierte incluso en una de las limitaciones a la aplicación de formalidades que son propias de la justicia ordinaria.

En ese sentido, la conclusión a la que llegamos con las consideraciones expuestas es que el formalismo judicial no existe en el arbitraje, puesto que las partes —en virtud del acuerdo suscrito y el principio de autonomía de la voluntad de las partes— o el Tribunal arbitral específicamente, serán los encargados de decidir sobre la oportunidad y la forma en que se presentarán y practicarán las pruebas.

Con el fin de ejemplificar lo antes mencionado, es pertinente atender a lo dispuesto en el art. 38 de la Ley de Arbitraje y Mediación que dice:

*“Art. 38.- El arbitraje se sujetará a las normas de procedimiento señaladas en esta Ley, al procedimiento establecido en los centros de arbitraje, al determinado en el convenio arbitral o al que las partes escojan, sin perjuicio de las normas supletorias que sean aplicables.”*

El artículo antes citado reafirma la potestad que ostentan las partes para poder regular el procedimiento arbitral al que se someterán. Ahora bien, a raíz de lo mencionado, no se pretende inobservar las garantías del debido proceso, por lo que, lo establecido por las partes en el convenio arbitral, debe contemplar la posibilidad de que el procedimiento respete la igualdad procesal de las mismas, salvaguardando así el derecho al debido proceso.

## **Competencia para resolver la acción de nulidad de laudo arbitral**

Continuando con el análisis de la sentencia, corresponde abordar el estudio que se realiza sobre la competencia que tiene el presidente de la Corte Provincial respectiva, para resolver la acción de nulidad de un Laudo arbitral.

Las causales de nulidad de los laudos arbitrales están descritas de forma taxativa en el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, y son las siguientes:

*Art. 31 Cualquiera de las partes podrá intentar la acción de nulidad de un laudo arbitral, cuando:*

*a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia;*

*b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del Tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte;*

*c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse;*

*d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado; o,*

*e) Cuando se hayan violado los procedimientos previstos por esta Ley o por las partes para designar árbitros o constituir el Tribunal arbitral.*

En virtud del artículo citado, se desprende que al presidente de la Corte Provincial al momento de resolver la acción de nulidad contra Laudos arbitrales, no le corresponde, por ejemplo, resolver sobre el fondo del asunto, ya que únicamente debe comprobar si se ha verificado o no una de las causales taxativas de la Ley.

La acción de nulidad no procura que un Tribunal Superior revise el fondo de lo decidido (errores in iudicando), pudiendo revocar o modificar el Laudo; esta acción supone un control de legalidad limitado a verificar vicios que pudieren afectar el debido proceso arbitral (errores in procedendo). Se analiza este criterio en virtud de que, según lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación, los Laudos arbitrales son inapelables, por lo que, por medio de la acción de nulidad, no se puede analizar nuevamente el fondo de la controversia, peor aún el aspecto probatorio del proceso.

En el caso que motiva la sentencia, la causal alegada en la acción de nulidad fue la establecida en el literal c) del art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, misma que puede ser dividida en tres posibles escenarios:

1. Cuando no se hubiere convocado a audiencia;
2. Cuando no se hubiere notificado la convocatoria a audiencia; y,
3. Luego de convocada la audiencia, no se hubieren practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deben justificarse.

En el presente caso, se orienta la acción al tercer escenario. Para que prospere la causal del art. 31 literal c) de la LAM, en su tercer escenario, los Presidentes de las Cortes Provinciales tienen la competencia para:

- a. Determinar cuáles son las reglas de trámite aplicables en el ámbito probatorio del arbitraje, a efectos de comprobar si las partes han pactado reglas convencionales específicas o si el Tribunal arbitral o reglamentos de los centros han dispuesto una regulación particular sobre la esfera probatoria;

- b. Verificar que existan medios de prueba admitidos por el Tribunal Arbitral, y;
- c. Verificar que dichos medios de prueba no hayan sido practicados, o en su defecto, que la falta de práctica del medio de prueba no se encuentre debidamente justificada. Por ejemplo, cuando una parte renuncia a la práctica de una prueba; o, la parte a quien le corresponde la práctica de prueba no presta las facilidades necesarias para llevarla a cabo; y, cuando la práctica de un medio de prueba esté condicionada a la realización de otra diligencia y que dicha condición no se cumpla.

### **Antecedentes y sustanciación de la acción de nulidad**

Dentro del proceso arbitral que se analiza, la parte actora solicitó que se nombrara un perito para realizar una liquidación, lo cual fue concedido, por lo que se designó a un perito y este realizó su informe. Posteriormente, la parte actora alegó error esencial en el informe presentado, solicitando además que se designare a otro perito para que realizara el informe. Luego, se designó un nuevo perito para que presentara su proforma de honorarios profesionales.

Más adelante, el Tribunal Arbitral dispuso que, previo a continuar con el procedimiento, la parte actora demostrara el error esencial que alegaba; sin embargo, la parte actora no demostró lo alegado, por lo que el Tribunal no ordenó la designación de un nuevo perito, sin perjuicio de que previamente ya había emitido una providencia con el fin de que un segundo perito presentara su proforma de honorarios.

En ese sentido, cuando se presenta la acción de nulidad ante el presidente de la Corte Provincial, este concluyó que la providencia en la que se designó al segundo perito no había sido revocada o reformada expresamente, por lo que dicha prueba no fue practicada. Lo antes referido, según el presidente de la Corte Provincial, conllevó una situación de indefensión para las partes, por cuanto limitó el derecho a la defensa y contradicción al no permitirle al actor reproducir su prueba.

Dicho sea de paso, los fundamentos que tuvo el presidente de la Corte Provincial para llegar a la conclusión anteriormente referida se basaron en que, a su parecer, el informe que el segundo perito debía realizar tenía que practicarse por *“guardar estrecha concordancia con las pretensiones del actor en el proceso arbitral”*.

Por lo tanto, resulta evidente que el presidente de la Corte Provincial se extralimitó en sus competencias, ya que, para referirse acerca de las pretensiones del actor, debió necesariamente revisar —al menos— los fundamentos de hecho y derecho que el actor propuso en el proceso, lo cual fue ajeno a la revisión que debió realizar —exclusivamente— sobre las posibles causales de nulidad del proceso arbitral.

El Tribunal dispuso que, previo a designar un segundo perito, la parte actora debía demostrar el error esencial que tenía el informe presentado por el primer perito; sin embargo, teniendo en cuenta que esto no fue demostrado, nunca se designó efectivamente a un segundo perito. El presidente de la Corte Provincial entró a analizar la situación que se refirió en el párrafo anterior, llegando incluso a manifestar que la providencia en la que se dispuso que un segundo perito presentara su propuesta de honorarios nunca fue revocada, por lo que, nuevamente, realizó un análisis respecto a los hechos del proceso arbitral, extralimitándose en las competencias implícitas y taxativas contenidas en el art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

Por ende, teniendo en cuenta que, según las facultades contenidas en la Ley de Arbitraje y Mediación —así como las estipuladas en el convenio arbitral—, la única autoridad que ostenta la competencia para valorar y ordenar la práctica de las pruebas dentro de un proceso arbitral es el propio Tribunal que conoce la controversia; en el caso que se analiza, el Presidente de la Corte Provincial realizó un juicio de valor respecto al carácter conducente y pertinente de la prueba pericial, desbordando las competencias que la propia Ley de Arbitraje y Mediación dispone.

En consecuencia, resulta evidente que el presidente de la Corte Provincial vulneró el derecho al debido proceso en la garantía de cumplimiento de normas y derechos de las partes al valorar la admisibilidad de la prueba en la acción de nulidad de Laudo arbitral.

## **De la vulneración de derechos constitucionales**

Ahora que se ha determinado la violación de una regla de trámite por parte del presidente de la Corte Provincial, corresponde analizar si dicha violación, efectivamente tuvo un perjuicio grave sobre los derechos de quien, posteriormente, presentó una acción extraordinaria de protección en contra de la sentencia de la acción de nulidad.

Al respecto, la Corte fue enfática en mencionar que el debido proceso debe asegurar a las partes la estabilidad de las decisiones judiciales adoptadas, así como la regularidad de las formas de rescisión de tales decisiones, pues son dichos aspectos los que permiten que el sistema judicial cumpla su rol de dirimir los conflictos sociales de forma eficaz.

La estabilidad antes referida se materializa cuando los jueces, en su rol de autoridades de la función judicial y, por lo tanto, garantes de los derechos procesales de las partes, ejercen las facultades expresamente atribuidas por el derecho objetivo de acuerdo al art. 226 de la Constitución; lo que, a su vez, les impide modificar situaciones preexistentes de forma arbitraria, es decir, de acuerdo con su sólo criterio.

Lo antes referido se fundamenta en el principio de legalidad del sector público, en virtud del cual las autoridades del mismo únicamente pueden hacer aquello que la ley y el ordenamiento jurídico expresamente les faculta, debiendo abstenerse de realizar cualquier otro acto no contemplado en el marco de sus competencias, so pena de extralimitarse en sus funciones y capacidades.

En el contexto que nos ocupa —el arbitraje como un medio alternativo a la justicia ordinaria— la estabilidad de las decisiones y su eficacia cobran mayor relevancia, por el principio de mínima intervención judicial. Este principio precautela la independencia que los procesos arbitrales deben tener respecto de las reglas de aquellos judiciales y el derecho ordinario en general.

Además, el hecho de que el presidente de la Corte Provincial haya manifestado su opinión sobre la pertinencia de la práctica de una prueba en el proceso arbitral, afectó la estabilidad y confianza de las partes de que sea el Tribunal quien decida, de forma exclusiva, sobre la pertinencia de los medios probatorios.

La Acción Extraordinaria de Protección contra sentencias de acción de nulidad de Laudos arbitrales busca corregir, precisamente, las extralimitaciones que la justicia ordinaria pueda cometer en contra de la independencia y autonomía del sistema arbitral como método alternativo de resolución de conflictos.

La Corte Constitucional en su Sentencia 0031-14-EP/19, numeral 38, señala que “la acción extraordinaria de protección es adecuada para impugnar el laudo arbitral, puesto que es una decisión jurisdiccional que tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada”.

No obstante, dentro de esta misma sentencia tal como en la 169-12-SEP-CC caso No. 1568- 10-EP/12, enseña que es requisito de carácter esencial el de haber

agotado la acción de nulidad previo a presentar la AEP, siempre y cuando este goce de validez y eficacia. Por defecto, si la acción de nulidad que se pretende plantear no se basa en las causales taxativas que plantea el artículo 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación, por tanto, carece de esa eficacia que mencionamos anteriormente, no se requiere su agotamiento; y, se podría presentar directamente una AEP en contra del laudo arbitral pertinente.

En virtud de lo expuesto, es necesario referirnos únicamente a las AEP que nacen en contra de las acciones de nulidad, ¿Cuál fue su objetivo? ¿Qué buscó el legislador a la hora de plantear esta posibilidad? Previo a otorgar un análisis sobre estas interrogantes, considero que es menester realizar un análisis sobre la independencia del sistema arbitral, acorde a nuestra Constitución.

La Corte Constitucional en su sentencia CC 31-14-EP/19 manifiesta acertadamente lo siguiente:

*Lo anterior se fundamenta en el reconocimiento constitucional del arbitraje como alternativo a la justicia ordinaria y en la autonomía de la voluntad de las partes, quienes al acordar someterse a una justicia convencional y no a la ordinaria, se obligan a acatar sus reglas. Esto incluye la inapelabilidad de los laudos y la posibilidad de impugnarlo de forma limitada, esto es, únicamente a través de los medios establecidos en su ley especial y exclusivamente por las causales en ella determinadas. De otra manera, resultaría undespropósito que, habiéndose acordado el arbitraje para dirimir el conflicto fuera de la justicia ordinaria, sea esta última quien revise el fondo de las decisiones de los árbitros.*

La acción de nulidad tiene como único fin el de revisar causales taxativas en búsqueda de errores totalmente procesales, jamás sobre el fondo. Sin embargo —y lastimosamente— en la práctica se desnaturalizan estas acciones que hemos mencionado anteriormente, convirtiéndolas a la acción de nulidad en una segunda instancia y a la AEP en una pretendida tercera.

Por ello, la AEP es el procedimiento indicado para corregir esas extralimitaciones que se pueden ver involucradas en el mal uso de estas acciones; y, aún peor, son algunos Presidentes de Cortes Provinciales que, por desconocimiento o mala aplicación de la norma, han interferido en el arbitraje al revisar errores de fondo —ciertos o no— que no les competían.

Por las consideraciones expuestas, la sentencia emitida en la sustanciación de la acción de nulidad transgredió el debido proceso en la garantía de cumplimiento de normas y derechos de las partes del accionante.

## Conclusiones

Para concluir, la Corte reafirma que las sentencias dictadas en una acción de nulidad de Laudo arbitral son materia de análisis mediante Acción Extraordinaria de Protección, con el fin de salvaguardar la independencia del arbitraje ante extralimitaciones de carácter judicial.

En consecuencia, es indispensable que las personas cuenten con un mecanismo de impugnación constitucional como lo es la acción extraordinaria de protección, en aras de que se les garantice un mecanismo jurisdiccional eficaz, para conocer y corregir los abusos que la justicia ordinaria pueda ocasionar en contra de la independencia y la autonomía del sistema arbitral.

Especialmente, la Corte hace referencia que cuando en la resolución de una acción de nulidad contra Laudo arbitral, los presidentes de las Cortes Provinciales desconocen los principios particulares del arbitraje, intervienen en el fondo de lo resuelto por los Laudos, desnaturalizando así las reglas de trámite aplicables a este método alternativo de solución de conflictos.

Además de lo antes referido, el acceso a un mecanismo jurisdiccional que permita conocer y corregir extralimitaciones de los operadores de justicia ordinaria en el arbitraje, brinda un respaldo adicional a la autonomía de las personas, así como también supone el reconocimiento pleno de la cualidad alternativa del sistema arbitral, lo que implica que cuenta con normas y procedimientos propios.

La Constitución ecuatoriana reconoce la naturaleza convencional y alternativa del arbitraje, así como la necesidad de que opere un deber de respeto e independencia por parte de la justicia ordinaria hacia el arbitraje.

El hecho de que las actuaciones del sistema arbitral puedan ser revisadas por las autoridades de la justicia ordinaria, implicaría un escrutinio innecesario respecto a las decisiones adoptadas por los operadores de un método alternativo de solución de conflictos al cual, las partes, de forma libre y voluntaria, deciden someterse; dicha intervención de la justicia ordinaria desnaturalizaría por completo el carácter alternativo e independiente del arbitraje.

## Bibliografía

Castillo Freyre, M. (2013).

La prueba en el arbitraje. Lima. Parra, A. E. (2021).

ANÁLISIS DE LA SENTENCIA 2822-18-EP/23 DICTADA POR LA CORTE  
CONSTITUCIONAL SOBRE LAS REGLAS PARTICULARES DE LA PRUEBA EN  
EL ARBITRAJE Y SUS EFECTOS EN LA ACCIÓN DE NULIDAD DE LAUDO

La práctica de la prueba en. ESPAÑA: AVANI, Nro. 2, 2021. pp. 229-240. <https://avarbitraje.com/wp-content/uploads/2022/03/ANAVI-Nro2-A11-pp-229-240.pdf>

Serrano, A.F. (29 de Enero de 2014). LegisÁmbito Jurídico. Obtenido de LegisÁmbito Jurídico: <https://www.ambitojuridico.com/noticias/educacion-y-cultura/la-prueba-en-el-arbitraje-iioportunidad-de-la-prueba>

Vargas Machuca, F. N. (15 de 10 de 2021). LA IMPORTANCIA DE LA FLEXIBILIDAD EN

EL ARBITRAJE. Obtenido de <https://rpde.tytl.com.pe/wpcontent/uploads/2021/11/5-Articulo-Fernando-Nakaya-2.pdf> Vargas Soto, S. (2022).

Preclusión y flexibilidad: oportunidad de presentación de la prueba en el arbitraje. Obtenido de IUS 360: <https://ius360.com/preclusion-yflexibilidad-oportunidad-de-presentacion-de-la-prueba-en-el-arbitraje-sheilahvargas-soto/>

González Ortiz, A. (n.d.). La intervención Judicial en el Arbitraje. Retrieved from <https://ebuah.uah.es/dspace/bitstream/handle/10017/39306/TFM%20Andrea%20Gonzalez.pdf?sequence=1&isAllowed=y>

Sentencia 2822-28-EP/23. (2023, Octubre 25). Retrieved from <https://iea.ec/articulos/la-sentencia-2822-18-ep-23-de-la-corte-constitucional-y-la-prueba-en-arbitraje/> Alberto J. Montezuma Chirinos. "Uso de la prueba de oficio por parte del tribunal arbitral y su relación con la carga de la prueba".

SALA SÁNCHEZ, P., 'El principio de mínima intervención judicial en el arbitraje y sus principales manifestaciones', Publicado en Arbitraje, vol. IX, n° 2, 2016, ISSN: 1888-5373



# LA (IN)SEGURIDAD CIUDADANA Y EL FENÓMENO DELICTIVO. UN ANÁLISIS DE LOS DEBERES PRIMORDIALES DEL ESTADO EN EL MARCO CONSTITUCIONAL

AB. KLEVER SIGUENCIA SUÁREZ, MGS<sup>99</sup>

## Palabras Claves

Derecho Constitucional. Seguridad. Delito. Deberes primordiales Ciudadanía. Garantías.

## I. Introducción

Desde la promulgación de la Constitución de la República del Ecuador (2008), teóricamente, el Estado ecuatoriano se convierte en un Estado garantista de derechos, aquello motivado en el contexto del Estado Constitucional de Derechos y Justicia proclamado en el artículo 1 de la Carta Magna<sup>100</sup>. En tal sentido podemos apreciar —desde el punto de vista teórico— que nuestra Constitución se encuentra diseñada para establecer un modelo *garantista* de los derechos constitucionales con el objetivo y finalidad de procurar la protección de los ciudadanos y los bienes jurídicos tutelados por el Estado.

En este sentido podemos evidenciar que, la Constitución le proporciona al Estado las herramientas normativas para el fiel cumplimiento de los objetivos constitucionales y lograr las metas propuestas por el constituyente al momento de redactar la constitucional. Para cumplir dichos propósitos, el Estado tiene *obligaciones* y *deberes* que lo conmina a cumplir con los mismos para asegurar la no afectación de los derechos y que los ciudadanos podamos convivir en una sociedad de paz y tranquilidad.

---

<sup>99</sup> Abogado en libre ejercicio.

Magíster en Derecho Constitucional.

Docente de la Maestría en Derecho Constitucional de la Universidad Católica Santiago de Guayaquil. Doctorando Phd, Universidad de Buenos Aires.

<sup>100</sup> CRE: Art. 1.- El Ecuador es un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico. Se organiza en forma de república y se gobierna de manera descentralizada. 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. Los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible.

Con dichas premisas podemos precisar que el Estado es el responsable de ejecutar todas las políticas necesarias para el cumplimiento de sus deberes, así como también para garantizar que lo consagrado en la Constitución y en las leyes sea respetado, como garantía de la *seguridad jurídica*, la misma que constituye un blindaje sólido de protección a los derechos de los ciudadanos y a las instituciones que conforman el Estado. No nos olvidemos que, el Estado actúa por intermedio de las diversas instituciones las mismas que, al ejecutar las políticas definidas por el Estado, van a coadyuvar para el respecto a la normativa vigente y, de esta manera, que se observe el reflejo del cumplimiento de los deberes primordiales del Estado.

En virtud de aquello, nos corresponde identificar los mandatos constitucionales que imponen al Estado el cumplimiento de aquellos deberes que van a garantizar la realización de los fines previstos en el ordenamiento jurídico y, de esta forma, permitir que el ciudadano pueda desarrollar su personalidad y obtener los bienes jurídicos para su pleno desarrollo. Es así que, al observar la estructura de nuestra Carta Fundamental, observamos que en el artículo 3<sup>101</sup> de la misma, define cuales con los deberes que deberán cumplirse de manera obligatoria para mantener la vigencia armónica de los derechos y de las garantías.

En el presente artículo se propone un análisis detallado y minucioso respecto de los deberes primordiales que tiene el Estado respecto de los ciudadanos, particularmente el deber de otorgar y garantizar la *seguridad* interna como medida de aseguramiento del respeto a la integridad de los derechos, así como también en relación a los altos niveles de inseguridad que agobia a los ciudadanos en la actualidad y que, también afecta a otros bienes jurídicos como el patrimonio, la vida, la integridad física, la actividad económica, en otros.

No es ajeno a la ciudadanía que, en los últimos años, el fenómeno delictivo ha mostrado un crecimiento considerable, a tal punto de considerarnos uno de los países más peligrosos de la región. Aquello es muestra fehaciente de la deficiencia o falta de capacidad por parte del Estado, en proveer de los mecanismos necesarios y herramientas idóneas para coadyuvar con las instituciones encargadas de

<sup>101</sup> CRE: Art. 3.- Son deberes primordiales del Estado: 1. Garantizar sin discriminación alguna el efectivo goce de los derechos establecidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales, en particular la educación, la salud, la alimentación, la seguridad social y el agua para sus habitantes. 2. Garantizar y defender la soberanía nacional. 3. Fortalecer la unidad nacional en la diversidad. 4. Garantizar la ética laica como sustento del quehacer público y el ordenamiento jurídico. 5. Planificar el desarrollo nacional, erradicar la pobreza, promover el desarrollo sustentable y la redistribución equitativa de los recursos y la riqueza, para acceder al buen vivir. 6. Promover el desarrollo equitativo y solidario de todo el territorio, mediante el fortalecimiento del proceso de autonomías y descentralización. 7. Proteger el patrimonio natural y cultural del país. 8. Garantizar a sus habitantes el derecho a una cultura de paz, a la seguridad integral y a vivir en una sociedad democrática y libre de corrupción.

garantizar la seguridad ciudadana y evitar la afectación a los derechos. Es importante mencionar que, tampoco es ajeno para la ciudadanía y para el Estado, que la falta de seguridad nos ha convertido en un país permeable para que las grandes mafias y carteles del crimen organizado se afinquen en territorio ecuatoriano y conviertan a nuestro país en un verdadero centro de operaciones para ejecutar toda una serie de delitos con efectos tanto nacionales como internacionales.

Los hechos que son de conocimiento público, en los cuales se aprecia que una serie de infracciones ha venido en crecimiento totalmente descontrolado, es muestra clara de la falta de accionar por parte del Estado. Delitos como la extorsión, el secuestro, la delincuencia organizada, el terrorismo, entre otros, han tendido un aumento preocupante, a tal punto que, según las estadísticas, el año 2023 ha sido considerado como el año más violento. Tanto es así que, para el Observatorio Ecuatoriano del Crimen Organizado (Organizado., 2023), “entre enero y junio de 2023, los homicidios intencionales se han incrementado 69.13% en comparación con el mismo periodo del año anterior. De continuar esta tendencia, el país cerraría el año con más de 7000 homicidios y con una tasa por sobre los 35 por cada 100 000 habitantes, posicionándose como uno de los tres países más violentos de América Latina, detrás de los registros de Venezuela (40.4) y Honduras (35.8) en 2022”<sup>102</sup>

## II. La seguridad: deber primordial del Estado y derecho constitucional

### a. La seguridad ciudadana como deber primordial del Estado

Hablar de la *seguridad* como deber primordial del Estado, requiere definir cuáles son los parámetros y límites que tiene para poder establecer los mecanismos necesarios para garantizar el cumplimiento real y efectivo de las herramientas idóneas para alcanzar dicho propósito. Es evidente que, el Estado es el único que posee las competencias precisas para poder regular y controlar la seguridad. Aquello implica que, dicha responsabilidad no puede ser trasladada al ciudadano común, toda vez que, quedaría en evidencia la incapacidad del Estado en hacerse cargo de una obligación constitucional.

Decir que la *seguridad* es un deber primordial, implica que es atribución exclusiva del Estado. Recordemos que el régimen de competencias claramente definido en la Constitución, ha establecido que dicha competencia comprende que el Estado

<sup>102</sup> Es importante tomar en consideración que, al referirse a homicidios catalogados como intencionales, se encuentran aquellos delitos contra la vida, entre los cuales podemos mencionar: ASESINATOS, SICARIATOS, FEMICIDIOS, etc.

es el responsable directo de la seguridad interna y externa, la misma que no puede ser delegada en virtud que, garantizarlas, implica la definición de políticas públicas para que sean ejecutadas a través de entidades estatales.

Respecto de aquello, PÉREZ ROYO, establece que “ (L)o que explica la génesis del Estado es la *seguridad* o, mejor dicho, la aspiración del ser humano a la seguridad, el instinto de conservación. Púes si el estado de naturaleza es un estado de igualdad y libertad, también lo es de inseguridad extrema. En el estado de naturaleza los hombres son iguales y libres, pero no se sienten seguros. La igualdad y libertad naturales no generan seguridad, sino todo lo contrario. Para tener seguridad, los individuos tienen que transformar la igualdad y libertad naturales en igualdad y libertad jurídicas. Para ello necesitan el Estado.” (Perez Royo, 2010).

En relación a lo señalado por el autor citado *ut supra*, resulta necesario precisar —en ese mismo orden de ideas— que los ciudadanos, requieren del auxilio del Estado para lograr una armónica convivencia en el denominado por Pérez Royo como el “estado de naturaleza de igualdad y libertad”. En efecto, recordemos que, la ausencia del Estado, convirtió a las primeras civilizaciones, en grupos de personas donde imperaba a la “Ley de la fuerza”. Aquello nos permite comprender que, por medio de las normas que imperan en el ordenamiento jurídico se establecen límites para el ejercicio de las libertades lo cual tiene como consecuencia regular las conductas ejecutadas por los ciudadanos y con ello procurar la conservación de la paz y tranquilidad en la sociedad.

Al respecto, es importante destacar que, la Corte Constitucional del Ecuador, en razón del presente análisis, ha establecido lo siguiente: “En consonancia con lo anterior, recordamos que es deber básico y primordial del Estado garantizar a sus ciudadanos, una vida libre de violencia en el ámbito público y privado, una cultura de paz, seguridad y protección desde una esfera integral.” (DICTAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD, 2021). En virtud de dicho razonamiento, observamos que, el máximo organismo de justicia constitucional, reafirma y confirma el deber que tiene el Estado para con los ciudadanos, toda vez que, es de su exclusiva competencia al tener las herramientas necesarias para asumir la responsabilidad de garantizar la seguridad ciudadana dentro del territorio nacional.

Por su parte no debemos olvidar lo que dispone la Constitución de la República del Ecuador respecto de este deber que tiene el Estado para con los ciudadanos, la misma que dispone: “Art. 393.- El Estado garantizará la seguridad humana a través de políticas y acciones integradas, para asegurar la convivencia pacífica de las personas, promover una cultura de paz y prevenir las formas de violencia y discriminación y la comisión de infracciones y delitos. La planificación y

aplicación de estas políticas se encargará a órganos especializados en los diferentes niveles de gobierno”. (CRE, 2008)

En opinión de OYARTE, “lo que queda claro es que estas son cuestiones que no pueden quedar en manos de entes locales, pues ello implicaría una dislocación de las políticas públicas y el régimen jurídico aplicable a asuntos que deben tener identidad de tratamiento en todo el territorio nacional” (OYARTE, 2016).

## **b. La seguridad ciudadana como derecho constitucional**

Otro de los aspectos que debemos analizar es la naturaleza jurídica de la *seguridad* como un derecho del ciudadano. Dentro del Estado Constitucional de Derechos y Justicia, se han definido una serie de derechos y garantías en beneficio del ciudadano. En tal sentido, dentro del marco garantista —modelo imperante en nuestra legislación— se definen normas que coadyuvan para el aseguramiento de los fines de las personas. Tomando en consideración que la seguridad es un derecho que le pertenece al ciudadano, es imperativo mencionar que, para afianzar este derecho, el Estado debe hacer efectivas las garantías necesarias para su plena vigencia.

A decir de FERRAJOLI, “(L)as garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, y, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional” (Ferrajoli, 2009).

En razón de aquello, la Corte Constitucional del Ecuador ha establecido lo siguiente: “El Presidente de la República tiene bajo su competencia a la Policía Nacional. La misión constitucional y legal de este organismo es **garantizar la tutela de los derechos, libertades y garantías de los ciudadanos, la protección interna, el mantenimiento del orden público, la seguridad ciudadana y la convivencia social pacífica** desde la aplicación de medidas de prevención, detección, investigación y control de conductas delictivas circunscritas en las potestades que la ley le confiere” (DICTAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD, 2021). **(lo resaltado y subrayado son propios).**

En este sentido, la doctrina ha establecido que, “(L)a Constitución reconoce los derechos a la libertad y seguridad personal. Se trata, en ambos casos, de la posibilidad de la persona de determinar libremente su conducta, y de actuar, también libremente, de conformidad con dicha determinación personal, sin que esa acción siempre que sea lícita, sufra interferencias o impedimentos por parte de terceros y, especialmente, por parte de los poderes públicos.” (García Morillo, 2010)

Tal como se aprecia en el razonamiento de la Corte Constitucional del Ecuador, es evidente que, la *seguridad* es un derecho cuya tutela y protección le corresponde al Estado. De aquello se desprende que, al garantizar el derecho a la *seguridad* se afianzan otros derechos como la libertad. Es decir, que el respeto a la seguridad, se relación íntimamente con las libertades ejercidas por los ciudadanos. Sin seguridad, resulta imposible que se puedan ejercer otros derechos como por ejemplo el derecho al trabajo. En los últimos meses hemos visto con mucha preocupación que varios delitos como la *extorsión* ha ido en aumento considerable causando severos daños y perjuicios a quienes ejercen una actividad económica. Miles de personas se han visto obligadas a cerrar sus negocios como consecuencia de los actos de extorsión perpetrados por las bandas de delincuencia organizada que, “solicitan” ciertas cantidades de dinero a cambio de una supuesta “protección”. No se diga, cuando los actos de violencia suben a un nivel en donde la extorsión se convierte en *terrorismo* y se atenta con explosivos y demás artículos con los que causan terror y miedo entre los ciudadanos, quienes pierden todo al cerrar sus negocios y emprendimientos por temor al morir en manos de los grupos de delincuencia organizada.

### **III. El delito y sus repercusiones en la seguridad ciudadana. El rol del Estado y la responsabilidad por mantener la paz en la sociedad**

En los actuales momentos que vive el Ecuador, existen muchas dudas o inquietudes respecto al aumento del fenómeno delictivo, particularmente en relación a sus causas y los efectos nocivos que se presentan diariamente en el acontecer social. Causa asombro y preocupación cómo en pocos años, la criminalidad, en nuestro país, creció a pasos agigantados, a tal punto de poner en *jaque* a los últimos gobiernos que nada pudieron hacer para frenar el auge delincencial y que, las grandes mafias de las bandas delictivas se tomen las grandes ciudades dejando una estela de terror y miedo.

Estas primeras ideas respecto del delito, nos llevan — automáticamente — a pensar sobre las graves consecuencias que trae el aumento de la criminalidad en el Ecuador y, la afectación a la *seguridad* como derecho. No sin antes, también hacer referencia al hecho que, al provocarse una afectación a la seguridad ciudadana; derechos como la vida, la libertad y la integridad pueden verse afectados. Tal es así, como es de conocimiento público, aquellas personas que se han negado a “contribuir” a los pedidos realizados por las mafias delictivas, terminan siendo víctimas de atentados a sus viviendas y negocios. En otros casos son víctimas de secuestro solicitando a cambio de su libertad, altas sumas de dinero bajo amenazas de muertes. En otros casos, no hay advertencia del desenlace y el resultado es muerte bajo la modalidad de asesinato o sicariato.

En esta realidad cabe la siguiente pregunta **¿podemos realmente vivir en paz?**. “Hablar de paz en los actuales momentos en los que vive el mundo moderno, resulta una labor bastante compleja. Mucho se ha comentado en diversos escenarios sobre los alcances que tiene el concepto de paz. Con el avance tecnológico y con la globalización del conocimiento, la humanidad no sólo ha evolucionado para bien; existen varios sucesos registrados en los últimos años en los cuales se puede apreciar que el hombre también ha desarrollado mecanismo de destrucción masiva y otros instrumentos que alteran el orden, la armonía y la paz” (SIGUENCIA SUAREZ, 2018).

El fenómeno delictivo resulta indispensable su análisis en relación a los delitos que han tenido auge en los últimos años en nuestro país. Tal como lo había mencionado en líneas anteriores respecto de delitos como extorsión, secuestro, terrorismo, sicariato, entre otros; tienen como sustento la filtración de grandes bandas de delincuencia organizada que se han tomado todas las esferas de poder y en todos los niveles a nivel nacional. Este particular resulta preocupante cuando hemos sido testigos que, no solo el ciudadano común es víctima de este tipo de delitos. En el año 2023, ocurrieron varios hechos delictivos y atentados en contra de funcionarios públicos, servidores judiciales, fiscales, jueces, concejales, alcaldes y, por si fuera poco, el atentado en contra de un candidato a la Presidencia de la República. Esto nos permite evidenciar no solamente que la delincuencia creció en el Ecuador, sino que, además, no existe el respeto a la autoridad, ni a quienes la representa. Es decir, nos encontramos frente a un Estado fallido. Es fallido por la ausencia de sus representantes y por la falta de capacidad para establecer y definir verdaderas políticas de prevención del delito y, también políticas que garanticen una correcta aplicación de ley, especialmente la ley penal, para que todos los delitos considerados como graves, sean realmente sancionados como se debe.

Todos estos acontecimientos dejaron al descubierto la falta de respuesta por parte de las instituciones del orden, frente a los niveles de agresividad con los que se cometen los delitos. A esto se suman los esfuerzos que constantemente ha realizado la Policía Nacional, por tratar de neutralizar los hechos de violencia que alteran la tranquilidad y el orden dentro de la sociedad. Se ha dicho, que no existirían las garantías legales que respalden el accionar por parte de los agentes del orden, con las cuales se les permita actuar en defensa de los bienes jurídicos de terceros y los propios.

Frente a estos hechos antes descritos, podemos apreciar que los efectos y consecuencias del fenómeno delictivo —en los actuales momentos— ha resultado una verdadera catástrofe a nivel nacional. Las repercusiones que se han generado

como producto del aumento del índice de criminalidad, son tales que, la economía se ha visto afectada gravemente. A diario se observan negocios que cierran producto de las extorsiones y amenazas de las que son víctima sus propietarios y empleados. A nivel educativo hemos visto que tanto niños, niñas y adolescentes han sido víctimas de los ataques de la delincuencia, no solo por el hecho que han resultado afectados en los enfrentamientos, sino que, además, las extorsiones se han hecho presentes en los centros educativos. Es así que, tanto a directores, profesores y padres de familia, los grupos de delincuencia organizada les solicitan sumas de dinero para no atentarse contra la vida de quienes se educan en dichos centros.

#### IV. Conclusiones

A manera de conclusión podemos establecer que, el Estado es el único ente que tiene la obligación constitucional de garantizar el respeto y protección a la *seguridad ciudadana* en virtud de sus competencias y atribuciones expresamente consagradas en la Constitución. Aquello nos permite establecer —de manera categórica— que, dicha responsabilidad no puede ser trasladada hacia el ciudadano, toda vez que, no solo que sería un acto de irresponsabilidad por parte del Estado, sino también, constituye un verdadero desconocimiento de los mandatos previstos en la Carta Magna.

Es importante definir también, que el fenómeno delictivo constituye un problema social que debe ser atendido desde la raíz. El Estado debe hacer presencia en aquellos sectores donde se origina el problema de la criminalidad. Es menester que, el Estado defina claramente políticas de prevención de los hechos delictivos, así como también garantizar el accionar de las fuerzas del orden de tal manera que puedan cumplir a cabalidad con su misión constitucional. En el mismo orden de ideas, es necesario que la administración de justicia conformada por fiscales, jueces, y demás actores de la actividad judicial, cuenten con todas las garantías para investigar, conocer, juzgar y sancionar aquellas conductas penalmente relevantes que merecen ser condenadas y, quienes las hayan cometido, cumplan con las penas previstas en nuestra legislación, así como reparar el daño provocado a las víctimas.

Finalmente, esperamos que el presente artículo pueda contribuir como parte de un proceso de investigación a nivel jurídico y social, de tal manera que se convierta en un insumo para establecer y definir los lineamientos necesarios para generar políticas para garantizar la seguridad ciudadana y la prevenir la criminalidad.

## V. Bibliografía

CRE. (2008). *CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR*.

DICTAMEN DE CONSTITUCIONALIDAD, 6-21-EE/21 (CORTE CONSTITUCIONAL ECUADOR. 03 de NOVIEMBRE de 2021).

Ferrajoli, L. (2009). *DERECHOS Y GARANTÍAS*. MADRID: TROTTA.

García Morillo, J. (2010). *DERECHO CONSTITUCIONAL*. VALENCIA: TIRANT LO BLANCH.

Organizado., O. E. (6 de noviembre de 2023). *Observatorio Ecuatoriano De Crimen Organizado*.  
Obtenido de chrome-extension://efaidnbmnnnibpcajpcgclefindmkaj/https://oeco.pdf.org/wp-content/uploads/2023/09/BOLETIN-SEMESTRAL-DE-HOMICIDIOS.pdf

OYARTE, R. (2016). *DERECHO CONSTITUCIONAL*. QUITO: CEP.

Perez Royo, J. (2010). *Curso de Derecho Constitucional*. Barcelona: Marcial Pons.

SIGUENCIA SUAREZ, K. (2018). EL DERECHO A LA PAZ Y EL DERECHO AL SERVICIO DE LA PAZ. *REVISTA JURIDICA FACULTAD DE JURISPRUDENCIA UCSG. NÚMERO 32*, 105.

VILA CASADO, I. (2012). *FUNDAMENTOS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL CONTEMPORÁNEO*. BOGOTÁ: LEGIS.



# APUNTES ACERCA DE LA GOBERNANZA DESDE DOS PERSPECTIVAS: INTEGRIDAD E INCLUSIÓN<sup>103</sup>

DRA. MIRIAM M. IVANEGA

## Resumen

La gobernanza nos enfrenta a una serie de reglas para la gestión pública del siglo XXI. Dentro de los principios que la conforman, la transparencia traducida en la integridad de los servidores y funcionarios públicos y la inclusión social merecen una especial atención en términos de respeto de los derechos humanos.

## I. Introducción

Hemos de abordar dos aspectos que resultan centrales en el análisis de la gobernanza y que tienen impacto en su aplicación práctica. Nos referimos al principio de integridad cuya base sustancial la ubicamos en la transparencia pública y a la inclusión social referida a la perspectiva de género.

### 1. Gobernanza

El término *gobernanza* comprende tanto un sistema de reglas que guían la actuación de los actores sociales como la acción de gobernar de forma eficiente y equitativa. Dichos aspectos asumen la existencia de una sociedad cuyos problemas deben ser resueltos y que posee ciertos requerimientos, que es recomendable satisfacer por parte del Estado y de instituciones sociales diversas. En la búsqueda de soluciones al planteamiento anterior se han propiciado cambios, rediseños y reestructuraciones de las organizaciones gubernamentales a fin de que estén en capacidad de cumplir su rol primordial: dar respuesta a las exigencias y necesidades de las comunidades y sus miembros<sup>104</sup>.

---

<sup>103</sup> Basado en el trabajo presentado para el XI Congreso Internacional (AIDA) y XIV Congreso Mexicano de Derecho Administrativo, Querétaro, Setiembre 2022.

<sup>104</sup> Guédez Jenny, Implicaciones de la gobernanza en el gobierno electrónico: actores e interacciones en Revista *Compendium*, vol. 22, núm. 42, 2019 Universidad Centroccidental Lisandro Alvarado. <https://www.redalyc.org/journal/880/88062542004/html/>

Es, por ende, una nueva forma de actuación en la que se suman decisiones, objetivos, medios, instrumentos, cuyo fin es convertirse en la solución de los males de la gestión estatal burocrática. La Real Academia Española la define como el “Forma de gobernar, especialmente si es eficaz y adecuada a los fines que se persiguen”<sup>105</sup>.

Se trata de un nuevo estilo de gobierno, distinto del modelo de control jerárquico y de mercado, que se caracteriza por un mayor grado de cooperación entre los gobiernos, las administraciones públicas y los actores no gubernamentales en la hechura de las políticas públicas. Implica una forma de la elaboración de las políticas apoyada en la colaboración, el consenso y la participación de distintos sectores, con el fin de mejorar sus resultados y rendimientos<sup>106</sup>.

En esa línea para el Banco Mundial es un proceso “mediante el cual los grupos estatales y no estatales interactúan para diseñar y aplicar políticas, trabajando en el marco de un conjunto de reglas formales e informales que son moldeadas por el poder”.

Por tal razón, su definición abarca características como: respeto de los derechos humanos, participación efectiva, asociaciones colectivas, pluralismo político, procesos e instituciones transparentes, rendición de cuentas, organizaciones eficientes y eficaces, acceso a la información, equidad, sostenibilidad, valores que sustenten la responsabilidad, la ética, la solidaridad.

En otras palabras y desde la perspectiva de los derechos humanos, la gobernanza alude al proceso a través del cual las instituciones públicas dirigen los asuntos de la sociedad, gestionan los recursos comunes y garantizan la realización de aquellos derechos.

## 2. La buena administración

Una noción directamente vinculada a la gobernanza es el de “buena administración” que en los últimos tiempos salpicó la vida de las empresas y de las instituciones públicas de forma creciente en un intento de mejorar el contenido de la actividad de conducción o manejo de estas instituciones, de estas corporaciones<sup>107</sup>. Se trata de un tema estructural, que se refiere a la recuperación de la perspectiva ética, del servicio a la ciudadanía por parte de las administraciones públicas.

<sup>105</sup> Real Academia Española, edición tricentenario, actualizada al 2020, <https://dle.rae.es/gobernanza>.

<sup>106</sup> Zurbriggen, Cristina, “Gobernanza: una mirada desde América Latina”, *Perfiles Latinoamericanos*, México, 2011, vol. 19, n.38, pp. 39-64.

<sup>107</sup> Rodríguez Arana Muñoz, Jaime, prólogo a Matilla Correa, Andry, *La buena administración como noción jurídico-administrativa*, Dykinson, Madrid, 2020, p. 15.

Su relación con la forma en que deben dirigir las instituciones públicas, en una democracia avanzada, supone asumir que la Administración Pública existe y se justifica en la medida en que sirve objetivamente al interés general. Las instituciones públicas en la democracia no son de propiedad de sus dirigentes, son del pueblo que es el titular de la soberanía.

Estudios recientes demuestran que la preocupación por la buena administración en el campo jurídico hunde sus raíces con anterioridad a nuestras épocas. El uso de las expresiones “mala administración” y “buena administración” no constituye patrimonio exclusivo de los documentos y de los iuspublicistas desde la segunda mitad siglo XX y lo que va del XXI, por el contrario, “en escritos de Derecho Público y Derecho Administrativo del período decimonónico y de los primeros lustros de la centuria posterior, ya es posible encontrar la presencia de tales locuciones; incluso, antes de esa época puede hallarse traza de esta existencia. De ahí que en el contexto jurídico más actual no se descubre la buena administración como fórmula jurídicamente relevante”. Esto implica que en las últimas décadas no se innovó en la buena administración, sino que se la dotó de visibilidad, potenció y asignó paulatinamente una configuración y un contenido jurídicos: en los últimos lustros se le otorgó “una nueva dimensión como pilar del orden jurídico administrativo que se desenvuelve por estos días. Pero, todo ello, al igual que cualquier fenómeno jurídico, como resultado de un proceso evolutivo que se ha forjado al calor de la marcha y transformaciones del espacio iuspublico”<sup>108</sup>

En consecuencia, aun reconociendo esas raíces de la buena administración en los tiempos actuales el “deber ser” de la Administración Pública exige que esta se ubique cerca del ciudadano, con visión dinámica y sistémica de la organización administrativa, la gestión, el comportamiento de los servidores públicos.

La triple funcionalidad con que ha sido incorporada en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública demuestra la integralidad de su contenido al definirla como:

- a. principio general de aplicación a la Administración Pública y al derecho administrativo,
- b. obligación de toda Administración Pública derivada de la definición del Estado social y democrático de derecho y,
- c. desde la perspectiva de la persona, un genuino y auténtico derecho fundamental del que se derivan una serie de derechos concretos.

<sup>108</sup> Rodríguez Arana Muñoz, Jaime, ps. 33-34.

## II. Integridad

### 1. La transparencia pública. El gobierno abierto

La integridad debe necesariamente contextualizarse en el principio general de transparencia pública, que junto al acceso a la información pública y al control social constituyen ejes fundamentales de una gestión pública eficaz en términos de gobernanza.

Comencemos entonces por mencionar que para ser íntegro es necesario desplazar la reserva y el ocultamiento en el marco de los sistemas democráticos impone políticas públicas claras que se concreten en acciones de transparencia activa, permitiendo una amplia comunicación y el máximo grado de participación social.

Por ello es esencial propender a una verdadera “cultura de transparencia” en el que coadyuven herramientas jurídicas, sociales, económicas, unidas por la ética pública, como el “gobierno abierto”. Su aparición, la informática y la tecnología han reinventando la forma en que la Administración Pública llevan a cabo sus actividades, sus procesos y alcanzan sus fines, todo con ello con el propósito de lograr mayor eficacia y transparencia y también mejor satisfacción de los derechos e intereses del ciudadano.

Cuando los gobiernos incorporan el uso de las TIC para proveer sus servicios, publicitar sus decisiones y generar acceso a la información que produce, almacena y opera, interactuando y transando con los ciudadanos, se presenta el fenómeno del gobierno electrónico, que suele denominarse de muchas formas como eGobierno, e-governance, Egovernment, gobierno digital, gobierno en línea, teleadministración, one-stop government, electronic government, online government y así sucesivamente, los países denominan su iniciativa de modernización de la Administración Pública a través del uso de Internet con un nombre y apellido diferente<sup>109</sup>.

En lo que nos interesa, el uso de las TIC se vincula directamente con la gestión pública, con la participación ciudadana, con la transparencia, constituyendo un elemento clave en los procesos de modernización del Estado.

Las reformas a la gestión apoyadas en la tecnología no solamente han afectado la operación interna de los entes públicos, sino que también generaron una serie

<sup>109</sup> Suárez Beltrán, Gonzalo - Laguado Giraldo, Roberto, Manual de contratación pública electrónica para América Latina Bases conceptuales, modelo legal, indicadores, parámetros de interoperabilidad, CEPAL, Santiago de Chile, 2007, <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3550/1/S2007302.pdf>

de externalidades que van desde fomentar el uso de Internet por parte de los ciudadanos, hasta impulsar la aplicación de transformaciones al eliminar trabas burocráticas, simplificar procedimientos administrativos y reducir la cantidad de documentos.

En esa línea, el paso del gobierno electrónico al gobierno abierto ha sido significativo, ya que, este es un concepto que va más allá de la oferta de servicios en línea, ya que, se habla fundamentalmente de valores, de repensar administraciones y gobiernos, de sus procedimientos y sus dogmas. “Gobierno Abierto es colocar el resultado por delante del procedimiento, abandonar las tautologías administrativas, propiciar la democracia deliberativa en todos los puntos de las administraciones y abandonar el concepto de administrado por el de ciudadano (...)”<sup>110</sup>.

En suma, se trata de entablar una constante conversación con los ciudadanos con el objeto de oír lo que dicen y solicitan y lograr que la toma de decisiones se base en sus necesidades y preferencias; esto facilita la colaboración de aquellos con los funcionarios en el desarrollo de los servicios que se prestan y que se comunican en forma abierta y transparente<sup>111</sup>.

Es por eso que los cambios a realizar para integrar a ese gobierno abierto<sup>112</sup> fueron identificados como:

1. culturales: es decir, entender que el objetivo de la administración y de los que trabajan en ella es servir a los ciudadanos, centro de la gestión. Ello implica una revolución cultural en la forma de gestionar y en las actitudes de los funcionarios;
2. en los procesos: para que sean diseñados en función de los ciudadanos;
3. en la organización: la estructura bajo modelos jerárquicos suele ser contrarias a la eficiencia. Es imprescindible reorganizarlas, definir

<sup>110</sup> Naser, Alejandra - Ramírez Alujas, Álvaro, “Plan de gobierno abierto Una hoja de ruta para los gobiernos de la región”, Serie Manuales, publicación de las Naciones Unidas, 2014, Santiago de Chile, [https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36665/S1700687\\_es.pdf?sequence=4&isAllowed=y](https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36665/S1700687_es.pdf?sequence=4&isAllowed=y)

<sup>111</sup> Ramírez Alujas Álvaro, Gobierno abierto y modernización de la gestión pública: tendencias actuales y el (inevitable camino que viene. Reflexiones seminales, en Revista Enfoques, Vol. IX - Nº15, Universidad Central de Chile, 2011, pp. 99-125

<sup>112</sup> Se entiende que el gobierno abierto posiciona a la Administración pública frente a una nueva forma de descentralización operativa llamada el Estado descentralizado de Internet, que se caracteriza por la coherente integración en las redes y en los servicios de comunicaciones electrónicas de las Administraciones públicas, cualquiera fuese su naturaleza jurídica y posición institucional. Muñoz Ricardo, La inteligencia artificial y el derecho administrativo. Una perspectiva basada en derechos, IJ Editores, Buenos Aires, 2020, p. 34.

puestos de trabajo para poder actuar bajo un modelo en red, orientado a proyectos y a la consecución de resultados;

4. en las formas de relación: “Del mostrador a la mesa redonda, del correo certificado a la comunicación en línea, de la obligación a la presencia física a las facilidades de relación, entre otras”<sup>113</sup>.

En definitiva, la reformulación de las estructuras estatales, las consiguientes políticas públicas, la ejecución de estas a través de la gestión de los poderes públicos, recursos, procedimientos, giran alrededor de un ciudadano como protagonista activo de las transformaciones que lo involucran. Nos encontramos en el ámbito de la gobernanza democrática.

Por ello, no se trata de un nuevo desarrollo tecnológico sino de una verdadera filosofía “acerca de cómo gobernar y de cuál es el rol que juegan el gobierno y los ciudadanos en la gestión pública y en sus resultados”.

Esta renovada vinculación Estado y sociedad presupone:

1. la tecnología disponible permite una fluida comunicación y la interacción de doble vía entre gobierno y ciudadanía;
2. el gobierno debe abrir esos canales de diálogo e interacción, para aprovechar su potencial contribución en todo proceso de decisiones sobre opciones de políticas, en la coproducción de bienes y servicios públicos, en el monitoreo, control y evaluación de su gestión; y
3. la ciudadanía debe aprovechar la apertura de esos nuevos canales participativos, e involucrarse activamente en el desempeño de esos diferentes roles<sup>114</sup>.

Ahora bien, no todo es tan simple como se pretende, ya que, las realidades sociales y el afianzamiento del sistema democrático son sustanciales para incorporar nuevos instrumentos — sean tecnológicos o no —.

Por eso, coincidimos con Oszlak en que los supuestos de los que parten los propulsores del gobierno abierto no se sostienen en la realidad, pues, si bien los avances tecnológicos han sido una fuente importante de cambio cultural, la condición básica para que la tecnología incida sobre la cultura, “es que exista

<sup>113</sup> Idem.

<sup>114</sup> Oszlak, Oscar, “Gobierno Abierto: promesas, supuestos, desafíos”, Voces en el Fénix, año 3, nro. 18: “La Sombra del Poder. Estado II. Plan Fénix”, Buenos Aires, 2012, ps. 68-75.

voluntad política para difundir e imponer sus aplicaciones, con todas las consecuencias que ello implica". Si bien la mayoría de las aplicaciones tecnológicas son rápidamente adoptadas por el mercado y los usuarios, en el caso del gobierno abierto se trata de "abrir la caja negra del estado y de instar a los funcionarios a que escuchen a los ciudadanos, respondan a sus propuestas, los acepten como co-productores y admitan que deben rendirles cuenta, además, de responder a sus críticas y observaciones. Se trata de nuevas reglas de juego en la relación gobierno ciudadanía"<sup>115</sup>.

Por último, es importante destacar que esta necesidad de facilitar la apertura de esos instrumentos, no puede encubrir que el gobierno abierto como instrumento en el logro de la transparencia pública, tropieza con la llamada "brecha digital" que dificulta su concreción efectiva. La realidad evidencia la inferioridad de condiciones en las que se encuentran muchos grupos sociales que no pueden obtener información y expresar sus quejas, sus reclamos, a través de los medios tecnológicos<sup>116</sup>.

## 2. El concepto de integridad

En el marco de la gobernanza y de su eje, la transparencia, ubicamos a la integridad de quienes interactúan en la gestión pública, es decir a servidores, funcionarios públicos y particulares; enfoque que obliga a implementar instrumentos de prevención, de sanción, de rendición de cuentas.

La articulación de herramientas de esa naturaleza, han sido abordadas por organismos internacionales a través de recomendaciones dirigidas a los Estados para combatir la corrupción. Así, por ejemplo, la OCDE al reconocer que en la lucha contra ese flagelo los enfoques tradicionales que se basan en la creación masiva de normas, observancia más estricta y cumplimiento más firme, mostraron una eficacia limitada, resultando necesario una respuesta estratégica y sostenible como la exigencia de integridad pública, pilar fundamental de las estructuras políticas, económicas y sociales y por ende esencial para el bienestar económico-social y prosperidad de los individuos y de las sociedades en su conjunto.

Aludir a la integridad pública implica referirse al cumplimiento de valores, principios y normas éticos compartidos, para mantener y dar prioridad a los intereses públicos, por encima de los intereses privados, en el sector público. Por ello,

---

<sup>115</sup> Idem.

<sup>116</sup> Ivanega Miriam M., La transparencia en las contrataciones públicas, La Ley, Buenos Aires, 2022, Cap. III.

resulta esencial para construir instituciones sólidas y asegura a los ciudadanos que el gobierno trabaja en su interés.

La integridad no se limita a una cuestión moral porque también se trata de lograr economías más productivas, sectores públicos más eficientes, sociedades más inclusivas.

Por eso es necesario lograr un cambio con acciones que vayan más allá de lo ejecutivo, pues deben tomar en cuenta a los cuerpos legislativo y judicial por su rol esencial en asegurar la integridad del país, sumado a al sector privado. A su vez, la integridad no sólo debe ser motivo de preocupación del gobierno nacional pues tiene que estar presente en todos los niveles administrativos, incluyendo los municipales<sup>117</sup>.

Nos encontramos en el terreno de las potestades y los recursos confiados al sector público que deben ser gestionados en forma efectiva, honesta y para fines públicos. Por eso los estándares éticos incluyen no solo a la transparencia sino también a la rendición de cuentas, eficiencia y competencia y conllevan a justificar la legitimidad de las organizaciones públicas<sup>118</sup>.

El artículo 5 de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción (UNCAC) al referirse a “Políticas y prácticas de prevención de la corrupción” establece que “1. Cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, formulará y aplicará o mantendrá en vigor políticas coordinadas y eficaces contra la corrupción que promuevan la participación de la sociedad y reflejen los principios del imperio de la ley, la debida gestión de los asuntos públicos y los bienes públicos, la integridad, la transparencia y la obligación de rendir cuentas”. Y en su artículo 8 fija que, “1. Con objeto de combatir la corrupción, cada Estado Parte, de conformidad con los principios fundamentales de su ordenamiento jurídico, promoverá, entre otras cosas, la integridad, la honestidad y la responsabilidad entre sus funcionarios públicos”.

Sin embargo, fortalecer la integridad en el servicio público es un desafío complejo que implica algo más que simplemente requerir que los miembros del personal sostengan los estándares éticos personales y profesionales. Sin una cultura ética y un sistema de gestión de integridad apropiado a nivel organizacional, los funcionarios públicos pueden enfrentar obstáculos que les impidan actuar con integridad a nivel individual a pesar de sus esfuerzos.

<sup>117</sup> <https://www.oecd.org/gov/ethics/recomendacion-sobre-integridad-es.pdf>

<sup>118</sup> [https://www.unodc.org/documents/e4j/IntegrityEthics/MODULE\\_13\\_-\\_Public\\_Integrity\\_and\\_Ethics\\_-\\_Spanish\\_v.pdf](https://www.unodc.org/documents/e4j/IntegrityEthics/MODULE_13_-_Public_Integrity_and_Ethics_-_Spanish_v.pdf)

### III. La gobernanza inclusiva. La perspectiva de género

Decisiones justas y transparentes son necesarias para lograr un sistema jurídico, social y económico justo y equitativo. Para ello, la inclusión de todos los grupos sociales debe ser el resultado de la efectividad de los derechos humanos, de ahí que la gobernabilidad deficiente es una causa subyacente de la pobreza e injusticia social. Las relaciones desiguales de poder y la distribución injusta de los recursos y oportunidades afectan a sectores vulnerables<sup>119</sup>.

Bajo esa perspectiva, la inclusión supone incorporar un amplio espectro de la sociedad civil y así los gobiernos deben ser capaces de llegar a los grupos no organizados, informales y a los grupos vulnerables y de incorporar también al sector privado<sup>120</sup>.

El derecho a la igualdad ante la ley y la protección de todas las personas contra la discriminación son normas fundamentales del derecho internacional de derechos humanos. La Declaración de Principios para la Igualdad del 2008, reconoce que aquel derecho corresponde a “todos los seres humanos a ser iguales en su dignidad, a ser tratados con respeto y consideración y a participar con base igualitaria con los demás en cualquier área de la vida civil, cultural, política, económica y social. Todos los seres humanos son iguales ante la ley y tienen derecho a una misma protección y garantía ante la ley”. A su vez, respecto a la igualdad de trato establece que ella no equivale a trato idéntico, pues reconocer la igualdad plena y efectiva implica tratar a las personas de manera diferente según sus distintas circunstancias “para reconocer su igualdad personal y para mejorar sus habilidades para participar en la sociedad como iguales”<sup>121</sup>.

A partir de esa Declaración, hemos de vincular a la gobernanza con las acciones positivas que deben articularse para favorecer la igualdad, las que tienen que incluir una serie de medidas políticas, administrativas y legislativas para superar las desventajas y permitir el aceleramiento del progreso de ese derecho para los grupos más vulnerables.

Dentro de ese esquema, hemos insistido en que la promoción de la autonomía y el empoderamiento económico de las mujeres son materia de justicia social y una obligación principal de los Estados. El impacto positivo que ello tiene sobre la igualdad de género en materia de desarrollo económico y social, son condiciones necesarias en el marco de la gobernanza.

119 [http://governance.careinternationalwikis.org/\\_media/ciuk\\_inclusive\\_governance\\_report\\_spn.pdf](http://governance.careinternationalwikis.org/_media/ciuk_inclusive_governance_report_spn.pdf)

120 [https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000260710\\_spa.page=13](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000260710_spa.page=13)

121 [http://www.oas.org/dil/esp/2008\\_Declaracion\\_de\\_Principios\\_de\\_Igualdad.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/2008_Declaracion_de_Principios_de_Igualdad.pdf)

En otras palabras, el impulso de la participación económica de las mujeres no es solo justa, sino también constituye un buen negocio para las naciones (Centro de Comercio Internacional-International Trade Centre: ITC, 2014), de forma tal que, por ejemplo, la contratación pública se convierte en una herramienta de primer orden en esta materia, tanto por las enormes magnitudes que implican las transacciones públicas, como por la posición que asume el Estado como referente para los demás actores económicos y sociales.

Por eso insistimos en que la incorporación de las mujeres en estos contratos se enmarca en los llamados programas de inclusión social, que dependen de la implementación de políticas y acciones con perspectiva de género, orientados a reducir las desigualdades entre hombres y mujeres, para lograr la igualdad sustantiva y el ejercicio de la autonomía por parte de ellas, es decir “tener la posibilidad de tomar decisiones en libertad. Entonces, la inclusión no se trata de una cuestión meramente numérica, sino que implica, erradicar aquellos mecanismos que no permiten el acceso a las oportunidades para participar del desarrollo”<sup>122</sup>.

Dentro de los instrumentos internacionales que se inscriben en esa perspectiva, se destaca la Agenda 2030 para el Desarrollo Sostenible adoptada el 25 de septiembre de 2015 por la Asamblea de las Naciones Unidas, como plan de acción a favor de las personas, el planeta y la prosperidad, que también tiene la intención de fortalecer la paz universal y el acceso a la justicia.

A través de 17 Objetivos con 169 metas de carácter integrado e indivisible, se abarcan las esferas económica, social y ambiental, la mayoría de las cuales encuentran en la contratación pública una herramienta de realización.

Entre ellos, el Objetivo 5 se vincula con el logro de la igualdad entre los géneros y empoderar a las mujeres y las niñas. Dentro de las metas propuestas se exige asegurar la participación plena y efectiva de las mujeres y la igualdad de oportunidades de liderazgo a todos los niveles decisorios en la vida política, económica y pública y emprender reformas que otorguen a las mujeres igualdad de derechos a los recursos económicos, así como acceso a la propiedad y al control de la tierra y otros tipos de bienes, los servicios financieros, la herencia y los recursos naturales, de conformidad con las leyes nacionales.

---

<sup>122</sup> Ruiz, Ana J., “Inclusión de mujeres en las contrataciones públicas: la experiencia latinoamericana. Un informe de investigación de ILDA”, Comisionado por el programa Open Up Contracting de Hivos, julio 2020 en <https://hivos.org/assets/2021/02/Inclusion-de-mujeres-en-las-contrataciones-publicas-1-1.pdf>

A su vez, el Objetivo 12 que se dirige a garantizar modalidades de consumo y producción sostenibles prevé en sus metas la promoción de prácticas de adquisición pública con sostenibilidad, de conformidad con las políticas y prioridades nacionales (12.7)<sup>123</sup>.

## Conclusión

Como se sostiene en el “Informe sobre desarrollo mundial 2017: La gobernanza y las leyes” las reformas eficaces no consisten solo en aplicar mejores prácticas, sino que requieren adaptar las instituciones de modo de sacar mayor provecho de la dinámica local para resolver los problemas específicos que impiden lograr un desarrollo que beneficie a todos los ciudadanos<sup>124</sup>.

En esa línea, resultaría contradictorio que los procesos y las técnicas de gobernanza desconocieran la importancia de fomentar la integridad de quienes componen los sectores públicos y privados. Transparencia, ética y rendición de cuentas son parte de su esencia y contenido. Y a su vez, también sería incoherente que en el actual Estado de Derecho se prescindiera del diseño y la implementación de políticas de inclusión social, dado que detrás de la gobernanza siempre ha de estar presente el ejercicio efectivo de los derechos fundamentales de la persona humana.

## Bibliografía

Guédez Jenny, Implicaciones de la gobernanza en el gobierno electrónico: actores e interacciones en *Revista Compendium*, vol.22, núm.42, 2019 Universidad Centroccidental Lisandro Alvarado. <https://www.redalyc.org/journal/880/88062542004/html/>

Ivanega Miriam M. La transparencia en las contrataciones públicas, La Ley, Buenos Aires, 2022

Muñoz Ricardo, La inteligencia artificial y el derecho administrativo. Una perspectiva basada en derechos, IJ Editores, Buenos Aires, 2020, p. 34.

Oszlak, Oscar, “Gobierno Abierto: promesas, supuestos, desafíos”, Voces en el Fénix, año 3, nro. 18: “La Sombra del Poder. Estado II. Plan Fénix”, Buenos Aires, 2012, ps. 68-75

<sup>123</sup> Ampliar en Ivanega Miriam M. La transparencia en las contrataciones públicas, La Ley, Buenos Aires, 2022.

<sup>124</sup> <https://revistas.unc.edu.ar/index.php/breviariorrii/article/view/19644>.

Ramírez Alujar Álvaro, Gobierno abierto y modernización de la gestión pública: tendencias actuales y el (inevitable camino que viene. Reflexiones seminales, en Revista Enfoques, Vol. IX - Nº15, Universidad Central de Chile, 2011, pp. 99-125

Rodríguez Arana Muñoz, Jaime, prólogo a Matilla Correa, Andry, La buena administración como noción jurídico-administrativa, Dykinson, Madrid, 2020, p. 15.

Ruiz, Ana J., "Inclusión de mujeres en las contrataciones públicas: la experiencia latinoamericana. Un informe de investigación de ILDA", Comisionado por el programa Open Up Contracting de Hivos, julio 2020 en <https://hivos.org/assets/2021/02/Inclusion-de-mujeres-en-las-contrataciones-publicas-1-1.pdf>

Suárez Beltrán, Gonzalo - Laguado Giraldo, Roberto, Manual de contratación pública electrónica para América Latina Bases conceptuales, modelo legal, indicadores, parámetros de interoperabilidad, CEPAL, Santiago de Chile, 2007, <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/3550/1/S2007302.pdf>

Zurbriggen, Cristina, "Gobernanza: una mirada desde América Latina", Perfiles Latinoamericanos, México, 2011, vol.19, n.38, pp.39-64

### **Consultas de documentos en internet**

[http://governance.careinternationalwikis.org/\\_media/ciuk\\_inclusive\\_governance\\_report\\_spn.pdf](http://governance.careinternationalwikis.org/_media/ciuk_inclusive_governance_report_spn.pdf)

[http://www.oas.org/dil/esp/2008\\_Declaracion\\_de\\_Principios\\_de\\_Igualdad.pdf](http://www.oas.org/dil/esp/2008_Declaracion_de_Principios_de_Igualdad.pdf)

[https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000260710\\_spa.page=13](https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000260710_spa.page=13)

<https://www.oecd.org/gov/ethics/recomendacion-sobre-integridad-es.pdf>

[https://www.unodc.org/documents/e4j/IntegrityEthics/MODULE\\_13\\_-\\_Public\\_Integrity\\_and\\_Ethics\\_-\\_Spanish\\_v.pdf](https://www.unodc.org/documents/e4j/IntegrityEthics/MODULE_13_-_Public_Integrity_and_Ethics_-_Spanish_v.pdf)

<https://revistas.unc.edu.ar/index.php/breviariorrii/article/view/19644>

# LA ACTIVIDAD JURÍDICA DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA COMO MATERIA DEL PROCESO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO

DR. JUAN CARLOS BENALCÁZAR GUERRÓN

## I. Introducción

El proceso contencioso-administrativo evolucionó alrededor de la aspiración de hacer efectivo el principio de subordinación de la Administración pública al derecho y de tutelar los derechos de los administrados. Este anhelo se concretaba en la exigencia de que no existan sectores inmunes al control judicial y que el derecho a la tutela jurisdiccional sea una realidad frente a todo tipo de comportamiento de la autoridad pública.<sup>125</sup>

Lamentablemente, quienes ejercen el poder público, con complicidad del legislador, se resisten siempre a ser llevados ante los órganos jurisdiccionales para que su conducta sea fiscalizada según las disposiciones del ordenamiento jurídico, por parte de un tercero independiente e imparcial. En algunas ocasiones se invoca una idea equívoca y nebulosa —incluso, envilecida por la conveniencia— del “interés público” o del “interés general” para justificar las limitaciones de acceso a la jurisdicción. Otras veces se acude a dogmas que proponen una supuesta falta de idoneidad del juez para apreciar cuestiones que pertenecerían, aparentemente, al ámbito de puramente político o técnico.

En la actualidad, con el advenimiento del moderno Derecho constitucional y la vigorosa implantación de los tratados internacionales de derechos humanos, se superan cada vez más las barreras que limitan el juzgamiento de la autoridad pública. El Ecuador no ha sido extraño a la evolución de las ideas y conceptos garantistas que delinean al proceso contencioso-administrativo, aunque su evolución haya sido lenta y los resultados todavía incompletos.

---

<sup>125</sup> Como dice González Pérez, “El derecho a la tutela jurisdiccional efectiva comporta la inexistencia de sectores inmunes al control judicial. Cualquiera que sea el órgano frente al que se demanda justicia y cualquiera que sea la norma invocada como fundamento de la pretensión, la persona que crea tener derecho a algo ha de tener acceso a un órgano judicial, esto es imparcial e independiente, que juzgue y haga ejecutar lo juzgado”. González Pérez, Jesús, “La jurisdicción contencioso-administrativa (extensión y límites)”, en *El contencioso-administrativo y la responsabilidad del Estado*, publicación de la Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1986, p. 29.

En este trabajo se analizará la situación del control de la actividad jurídica de la Administración pública en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa y en el Código Orgánico General de Procesos para observar el desarrollo del proceso contencioso-administrativo ecuatoriano. El propósito es observar los logros alcanzados hasta la fecha y los defectos que quedan por zanjar.

## II. Situación en la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa

El antecedente más inmediato del sistema procesal administrativo ecuatoriano se encuentra en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, que se publicó en el Registro Oficial N.º 338 de 18 de marzo de 1968. En ella se regulaba un proceso puramente impugnatorio de actos jurídicos previos que provenían de la Administración pública, esto es, actos administrativos y normas de rango inferior a la ley, dictados o emitidos por entidades públicas distintas a las que componen la Función Legislativa o Judicial.<sup>126</sup> También se permitía combatir ante el juez a los llamados “actos de simple administración”, cuando deciden directa o indirectamente el fondo del asunto, de modo que ponen fin a la vía administrativa o hacen imposible su continuación.<sup>127</sup> Esta enumeración, sumada a un criterio orgánico o subjetivo de la Administración pública, determinaron graves barreras para acceder a la jurisdicción e, incluso, casos de indefensión pura y dura.

En un principio, existieron dificultades cuando se trataba de relaciones contractuales, hechos u omisiones de la Administración pública. La original Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa se refería claramente a reglamentos, actos y resoluciones de la Administración pública. Estas precisiones provocaron problemas de distinta índole, como la discusión sobre el juez competente para conocer de la legalidad de figuras distintas de los actos y reglamentos. También ocurrió el desamparo del administrado que se enfrentaba a comportamientos de la autoridad que no encajaban en lo previsto en los artículos 1 y 10 letra a) de la

<sup>126</sup> Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: “Art. 1.- El recurso contencioso-administrativo puede interponerse por las personas naturales o jurídicas contra los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública o de las personas jurídicas semipúblicas, que causen estado, y vulneren un derecho o interés directo del demandante.

Art. 10.- Son atribuciones y deberes jurisdiccionales del Tribunal de lo Contencioso-Administrativo: a) Conocer y resolver en única instancia de las impugnaciones a los reglamentos, actos y resoluciones de la Administración Pública, o de las personas semipúblicas o de derecho privado con finalidad social o pública y decidir acerca de su legalidad o ilegalidad”.

<sup>127</sup> Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: “Art. 5.- Las resoluciones administrativas causan estado cuando no son susceptibles de recurso alguno en la vía administrativa, sean definitivas o de mero trámite, si estas últimas deciden, directa o indirectamente, el fondo del asunto, de modo que pongan término a aquella o hagan imposible su continuación”.

Ley o que, si bien podían tener la naturaleza de actos y reglamentos, se dictaban por entidades públicas no definidas como “Administración pública”.<sup>128</sup>

En lo que se refiere específicamente a los contratos administrativos y a la responsabilidad extracontractual del Estado, llegó a existir una suerte de peregrinaje del todo inconveniente entre los jueces de lo civil y los jueces de lo contencioso-administrativo. Se ignoraba que en el Derecho procesal y en la administración de justicia prima el derecho a la tutela judicial efectiva, que se traduce en hacer realidad el propósito de resolver conflictos y de hacer práctico el ordenamiento jurídico, antes que la diferenciación de figuras y la asignación de competencias.<sup>129</sup>

En lo que se refiere a los hechos administrativos, el carácter impugnatorio del proceso contencioso-administrativo exigía que el administrado provoque una resolución de la Administración pública para luego acudir a los jueces. Esto se lograba mediante la formulación de una reclamación administrativa por el suceso que afectaba al interesado. Una vez logrado un acto administrativo que se refiera a la reclamación, o bien por silencio administrativo, se podía acudir ante los jueces. Igual problema presentaban las omisiones de la Administración.

La posterior incorporación de los hechos y de los contratos como materia de proceso contencioso administrativo fue una innovación del artículo 38 de la Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa privada.<sup>130</sup> Lamentablemente, nunca se armonizó

<sup>128</sup> Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa: “Art. 4.- Para los efectos de esta Ley, se entenderá:

1. Por Administración Pública:

- a. La administración del Estado, en sus diversos grados.
- b. Las entidades que integran la administración local dentro del régimen seccional.
- c. Los establecimientos públicos creados como tales y regulados por leyes especiales.

2. Por personas jurídicas semipúblicas, las creadas y reguladas como tales por la ley, cualquiera sea su denominación, inclusive la de personas jurídicas de derecho privado con finalidad social o pública”.

<sup>129</sup> Con ello no se quiere decir que la distinción de conceptos y de figuras no sea importante. Lo es para *definir el régimen jurídico* que regula las instituciones, pues para ese propósito es menester definir, distinguir y normar conforme a la naturaleza de las cosas. Lo criticable es olvidar el propósito del proceso y detenerse en un ejercicio de hacer coincidir dicho régimen jurídico con la competencia de los jueces. La realidad muestra que tal coincidencia puede ser muy difícil y provocar menoscabo a la celeridad y economía procesal. Actualmente, se puede apreciar que todo contrato que celebra la Administración pública lo conocen los Tribunales de lo Contencioso-Administrativo y la Sala Especializada correspondiente de la Corte Nacional de Justicia. Igual sucede con la responsabilidad extracontractual del Estado. Ningún menoscabo hay en esta simplificación. Lo que sí sucede es que el preciso régimen jurídico de los distintos contratos y figuras, delineado en las normas que las rigen, debe ser aplicado por los jueces indicados, quienes deben atender a la regulación pertinente aunque parezca un asunto “civil” o “mercantil”, etcétera.

<sup>130</sup> Ley de Modernización del Estado, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada: “Art. 38.- Los Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo y de lo Fiscal, dentro de la esfera de su competencia, conocerán y resolverán de todas las demandas y

esta normativa con las disposiciones de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa, de tal forma que el resultado fue una suerte de “poner vino nuevo en odres viejos”. Ante la mediocridad del legislador, que se mostraba en la falta de congruencia y de correspondencia entre las normas, la prudencia profesional siempre aconsejó formular una reclamación administrativa previa por un hecho u omisión de la Administración pública, para luego impugnar el acto administrativo correspondiente, o bien, acceder al proceso por el silencio administrativo. Sencillamente opinamos que las discusiones profundas sobre los conflictos normativos, de innegable interés e importancia académica, no caben ante nuestra administración de justicia. Por ello, antes que arriesgarse y someter al cliente a un experimento procesal, por más fundamento que se tenga, es preferible asegurarse que no habrá resoluciones judiciales desconcertantes, sobre todo considerando las vicisitudes y características que casi siempre han identificado y singularizado a nuestra Función Judicial.

### III. Situación actual en el Código Orgánico General de Procesos

El artículo 300 del Código Orgánico General de Procesos establece que el proceso contencioso administrativo tiene por objeto tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos al Derecho administrativo, así como conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídica administrativa, incluso la desviación de poder.<sup>131</sup>

Como ya se indicó, la inclusión de los hechos y de los contratos fue una innovación de la Ley de Modernización del Estado, con las observaciones que ya hemos

---

recursos derivados de actos, contratos, hechos administrativos y reglamentos expedidos, suscritos o producidos por las entidades del sector público. El administrado afectado presentará su demanda, o recurso ante el tribunal que ejerce jurisdicción en el lugar de su domicilio. El procedimiento será el previsto en la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa o el Código Tributario, en su caso. No se exigirá como requisito previo para iniciar cualquier acción judicial contra las entidades del sector público la proposición del reclamo y agotamiento en la vía administrativa. Empero, de iniciarse cualquier acción judicial contra alguna institución del sector público, quedará insubsistente todo el reclamo que sobre el mismo asunto se haya propuesto por la vía administrativa”.

<sup>131</sup> Código Orgánico General de Procesos: “Art. 300.- Objeto. Las jurisdicciones contencioso tributaria y contencioso administrativa previstas en la Constitución y en la ley, tienen por objeto tutelar los derechos de toda persona y realizar el control de legalidad de los hechos, actos administrativos o contratos del sector público sujetos al derecho tributario o al derecho administrativo; así como, conocer y resolver los diversos aspectos de la relación jurídico tributaria o jurídico administrativa, incluso la desviación de poder.

Cualquier reclamo administrativo se extinguirá, en sede administrativa, con la presentación de la acción contencioso tributaria o contencioso administrativa. No serán admisibles los reclamos administrativos una vez ejercidas las acciones contencioso tributarias o contencioso administrativas”.

hecho. En la actualidad, el administrado que sufre menoscabo por un hecho de la autoridad administrativa puede acudir directamente al proceso contencioso administrativo con una demanda en la cual se formulen pretensiones procesales que tiendan a la reparación de los entuertos sufridos.

Por su parte, los contratos que celebra la Administración pública se consideran como administrativos, como indica el artículo 60 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública,<sup>132</sup> de tal forma que se ha definido la competencia de jueces de lo contencioso-administrativo para conocer y resolver sobre controversias contractuales. Igual definición se aplica a los procesos sobre responsabilidad extracontractual del Estado. Toda duda queda despejada también por las letras b) y d) del número 4 del artículo 326 del Código Orgánico General de Procesos.<sup>133</sup>

Llama la atención que el Código no se haya referido a la impugnación judicial de los denominados “actos de simple administración” o “actos de trámite”, como sí hacía el artículo 5 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En el foro ecuatoriano se escuchan algunas conceptualizaciones muy discutibles que proponen que los “actos de simple administración” son una suerte de actos de “modestos” efectos jurídicos o que se trata de actos “secundarios” que no ameritan un proceso. Con ello se proponen algunas ideas, si no equivocadas, por lo menos muy relativas.

Es correcto plantear que, en principio, un acto preparatorio no podría ser impugnado por sí mismo. La razón es que ello permitiría una constante discusión e impugnación sobre cada paso del procedimiento administrativo, de modo que se entorpecería la actividad administrativa. Otra cosa es que un acto preparatorio tenga “modestos” efectos jurídicos, como aparentemente se desprende, incluso, de su denominación de actos de “simple” administración. Explica Garrido Falla:

“[...] al exigirse que el acto sea definitivo quedan excluidos de la posibilidad de recurso los actos de trámite y los actos provisionales. Así, no

<sup>132</sup> Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública: “Art. 60.- Carácter de los contratos.- Los contratos a los que se refiere esta Ley celebrados por las Entidades Contratantes, son contratos administrativos”.

<sup>133</sup> Código Orgánico General de Procesos: “Art. 326.- Acciones en el procedimiento contencioso administrativo. Se tramitarán en procedimiento contencioso administrativo las siguientes acciones:  
[...]  
4. Las especiales de:  
[...]  
b) La responsabilidad objetiva del Estado.  
[...]  
d) Las controversias en materia de contratación pública”.

pueden recurrirse los actos o providencias que preparan la resolución del expediente administrativo o que conceden o niegan la prueba propuesta por el interesado, o el trámite de audiencia, o, en suma que no tienen otro carácter que el de simples actos de impulsión procedimental. Ahora bien, la ley admite una importantísima excepción: los actos de trámite son impugnables — como se dijo — cuando deciden directa o indirectamente el fondo del asunto o hacen imposible su continuación. Y se comprende que sea así; pues bajo la apariencia de actos de trámite se esconden muchas veces auténticas resoluciones administrativas que prejuzgan el fondo de la cuestión planteada, o que se dictan — desgraciadamente esto no es infrecuente — con la aviesa intención de dejar indefenso al posible recurrente”.<sup>134</sup>

En definitiva, antes que fijarse exclusivamente en la naturaleza del acto, es necesario apreciar sus efectos y las consecuencias que produce, aun cuando sea preparatorio o de trámite. Limitarse a la pura característica de acto de “simple” administración es demasiado superficial, pues deja de lado aspectos esenciales sobre los efectos que puede producir el acto en una relación jurídica concreta, incluso, la posibilidad de violación de un derecho fundamental.

Otra de las cuestionables proposiciones que se obtienen de la pura apreciación de un acto preparatorio, de trámite o de “simple” administración es que no debe ser notificado al interesado. Un ejemplo clarísimo es el denominado “informe motivado” que se dicta en los procedimientos disciplinarios que sigue el Consejo de la Judicatura en contra de los servidores judiciales. Dicho informe se pone en conocimiento del Pleno y bien puede ser considerado o aprobado para la decisión final. Por exigencias elementales del derecho de defensa, un servidor judicial debe conocer de las imputaciones que se le hacen, mucho más aun, cuando puede condicionar dicho informe la decisión de imponer una sanción.

<sup>134</sup> Garrido Falla, Fernando, “La materia contencioso-administrativa: actos impugnables y pretensiones de las partes”, en *El contencioso-administrativo y la responsabilidad del Estado*, Buenos Aires, Asociación Argentina de Derecho Administrativo, Abeledo-Perrot, 1988, p. 59. En este sentido, ver la Resolución No. 00745-2002-RA, en la cual la Segunda Sala del Tribunal Constitucional expuso: “Dentro de los principios que conforman la garantía constitucional del debido proceso, se encuentra establecido el de presunción de inocencia, previsto en el número 7 del Art. 24 de la Constitución Política de la República. En la especie, la notificación que se hace al accionante con la instauración del sumario administrativo en su contra, no constituye a criterio de esta Sala un mero acto de trámite como debería ser, sino que se encuentra allí expresado un juicio de valor hecho por el Alcalde al señalar que se ha dispuesto imponer una sanción, juicio que procede hacerse luego del trámite del sumario dentro del cual se debe dar a la afectada la oportunidad de defenderse y presentar pruebas a su favor; por lo tanto, al haber prejuzgado antes del trámite correspondiente, que para el caso es de suponer que valdría como mera formalidad, se viola el derecho consagrado en el número 7 del Art. 24 de la Constitución, con lo cual la actuación del Alcalde de Morona se torna en ilegítima”.

En esta la temática de las conductas administrativas que pueden provocar controversias con los administrados, especial referencia merecen las omisiones administrativas, como la falta de cumplimiento de obligaciones o la ausencia de ejercicio de una competencia. No nos referimos al silencio administrativo, sino a la inactividad ilícita, es decir, a la abstención de cumplir con una obligación jurídica impuesta a la autoridad administrativa.

El Código Orgánico General de Procesos, como hemos visto, habla de hechos, pero nada dice sobre las omisiones o sobre la inactividad de la Administración pública. La inactividad o la omisión de esta comportan la abstención de cumplir con una obligación jurídica y pueden ocasionar controversias que deben ser resueltas por los jueces, por lo cual constituye un grave vacío del Código Orgánico General de Procesos y del Código Orgánico de la Función Judicial la falta de previsión de los medios procesales para que el administrado se defienda de estas infracciones.

No obstante, encontramos una solución para esta problemática en el artículo 93 de la Constitución, que establece la denominada “acción por incumplimiento”.<sup>135</sup> Según la norma constitucional citada, este tipo de proceso tienen por objeto “garantizar la aplicación de las normas que integran el ordenamiento jurídico” y las sentencias y dictámenes de los organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se pretende contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. En suma, se trata de un proceso cuyo fin es hacer cumplir una norma jurídica que bien puede ser una ley, un reglamento, e incluso, un “acto administrativo de alcance general”, como precisa el número 5 del artículo 436 de la Constitución.<sup>136</sup>

La acción por incumplimiento, propiamente, no procede para hacer cumplir las normas de la Constitución de la República, cuando uno de sus preceptos está incumplido, caso en el cual procede específicamente la acción de inconstitucionalidad

<sup>135</sup> Constitución de la República: “Art. 93.- La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional”.

<sup>136</sup> Constitución de la República: “Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:  
[...]  
5. Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias”.

por omisión, prevista en el número 10 del artículo 436 de la Constitución y en los artículos 128, 129 y 130 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.<sup>137</sup>

Propiamente, la acción por incumplimiento procedería cuando la conducta administrativa viole una obligación de hacer o no hacer prevista en una ley, en una norma de rango inferior a esta o en un “acto administrativo de alcance general”, lo que equivale a decir que se trata de asuntos de legalidad y no de constitucionalidad.

Lo curioso es que este proceso por incumplimiento esté contemplado en el título tercero de la Constitución, que versa sobre las garantías constitucionales y que sea de conocimiento de la Corte Constitucional que, en principio, según nuestro ordenamiento jurídico, es la institución jurisdiccional garante del cumplimiento de la Norma Suprema. La Corte Constitucional, sin mayor reflexión sobre la

---

<sup>137</sup> Constitución de la República: “Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

[...]

10. Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley”.

Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: “Art. 128.- Alcance.- El control abstracto de constitucionalidad comprende el examen de las omisiones normativas, cuando los órganos competentes omiten un deber claro y concreto de desarrollar normativamente los preceptos constitucionales. Este control se sujetará al régimen general de competencia y procedimiento del control abstracto de constitucionalidad.

Art. 129.- Efecto de las omisiones normativas.- Las omisiones normativas tendrán los siguientes efectos:

1. En el caso de las omisiones normativas absolutas, se concederá al órgano competente un plazo determinado por la Corte Constitucional para la respectiva subsanación. En caso de que no se expida la normatividad en el plazo concedido, la Corte Constitucional formulará por vía jurisprudencial las reglas básicas correspondientes que sean indispensables para garantizar la debida aplicación y acatamiento de las normas constitucionales. Dichas reglas básicas mantendrán su vigencia hasta que se dicten por la Función o institución correspondiente las normas reguladoras de esa materia.

2. En el caso de las omisiones normativas relativas, cuando existiendo regulación se omiten elementos normativos constitucionalmente relevantes, serán subsanadas por la Corte Constitucional, a través de las sentencias de constitucionalidad condicionada.

El control sobre las omisiones normativas relativas comprende la determinación y la eliminación de las exclusiones arbitrarias de beneficios, cuando la disposición jurídica omita hipótesis o situaciones que deberían subsumirse dentro de su presupuesto fáctico, y no exista una razón objetiva y suficiente que soporte la exclusión.

Art. 130.- Sentencias de constitucionalidad diferida para evitar la omisión normativa.- Cuando la declaratoria de inconstitucionalidad de una disposición jurídica produzca una omisión normativa que sea fuente potencial de vulneración de los derechos constitucionales o produzca graves daños, se podrá postergar los efectos de la declaratoria de inconstitucionalidad”.

fuente de derecho que está implicada en la acción por incumplimiento, la concibe, sin más, como una garantía constitucional de derechos:

La acción por incumplimiento es una garantía jurisdiccional para proteger derechos fundamentales; por tanto, constituye un derecho para reclamar, ante la Corte Constitucional, el cumplimiento de alguna disposición que contenga la obligación de hacer o no hacer y que consta en la normativa del sistema jurídico de la Nación; de esa forma, esta acción debe garantizar su aplicación en la instancia constitucional, para evitar la violación de derechos constitucionales, así como para repararlos.<sup>138</sup>

No obstante, los artículos 93 de la Constitución de la República y 52 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establecen que la acción por incumplimiento procede cuando se ha desobedecido una norma de rango inferior a la Constitución, de modo que, definitivamente, mediante dicha acción se analizan asuntos de legalidad y las controversias que resultan de las omisiones e inactividad de la Administración pública. Esto también lo indica la Corte Constitucional en la misma sentencia antes citada, a pesar de que dice que la acción por incumplimiento es una garantía de derechos fundamentales:

“El fundamento de esta acción es la necesidad de garantizar el cumplimiento del sistema jurídico ante la presencia de omisiones en la observancia de las leyes o normas jurídicas; en última instancia, constituye un mecanismo que permite la vigencia del sistema jurídico, cuya consecuencia es la garantía a la seguridad jurídica, en tanto determinados incumplimientos no pueden ser superados por vía de las garantías de derechos ni encuentran cauces de reclamo en la vía ordinaria. La importancia de esta acción la ha previsto Claudia Escobar, al señalar: “La incorporación de este nuevo mecanismo resulta realmente necesario, pues en muchas ocasiones existen omisiones en el cumplimiento de las normas jurídicas que no pueden ser traducidas en términos de violación de derechos constitucionales, y que, por consiguiente, no pueden ser resueltas a través de las acciones tradicionales de amparo, hábeas corpus y hábeas data, ni a través de las acciones del derecho ordinario”.<sup>139</sup>

<sup>138</sup> Corte Constitucional, sentencia N.º 012-15-SAN-CC de 30 de septiembre de 2015, dictada en el caso N.º 0036-10-AN, Registro Oficial Suplemento N.º 654 de 22 de diciembre de 2015, p. 33.

<sup>139</sup> *Ídem*. La cita es de Escobar, Claudia; “Del tribunal a la corte: ¿Tránsito hacia una nueva justicia constitucional?”, en *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el Derecho Comparado*, Quito, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, p. 347.

De igual manera, consideramos que las mismas causales de inadmisión de la acción por incumplimiento que prevé el artículo 56 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional demuestran que se trata de un proceso que conoce de asuntos de legalidad, pues no procede cuando se trata de proteger derechos que pueden ser garantizados por otra garantía constitucional o se busca el cumplimiento de mandatos constitucionales, o en fin, existe otro medio de lograr el cumplimiento de lo ordenado por la norma o el acto administrativo de alcance general, salvo que no admitir la acción de incumplimiento ocasione perjuicio grave e inminente al demandante.<sup>140</sup>

También merece varios comentarios la previsión de que la acción por incumplimiento se pueda interponer contra “actos administrativos de alcance general”. La problemática que encierra dicha noción se presenta cuando se la equipara con las normas jurídicas y, a partir del criterio de la generalidad, entendida en sentido cuantitativo, se le otorga a una y otra categoría consecuencias jurídicas comunes.

La diferencia entre norma jurídica y acto administrativo no está en la “generalidad”, sino en el carácter de regla de conducta, preceptiva y categórica, abstracta e impersonal, que caracteriza a la primera;<sup>141</sup> frente a la resolución de un asunto concreto y particular, que identifica al segundo. El número de sujetos sobre los cuales recae el acto administrativo es indiferente, porque éste se dirige precisa y derechamente a la *producción o al establecimiento de una consecuencia jurídica*; porque se encaminan a la creación, modificación, o extinción de una determinada relación jurídica, a la declaración (o a la negación de la declaración) de un derecho o de otra circunstancia jurídicamente relevante, respecto de una persona, cosa o situación.<sup>142</sup> En suma, el acto administrativo no innova el ordenamiento, sino que

<sup>140</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: “Art. 56.- Causales de inadmisión.- La acción por incumplimiento no procede en los siguientes casos:

1. Si la acción es interpuesta para proteger derechos que puedan ser garantizados mediante otra garantía jurisdiccional.
2. Si se trata de omisiones de mandatos constitucionales.
3. Si existe otro mecanismo judicial para lograr el cumplimiento de la norma, sentencia, decisión o informe, salvo en los casos en los cuales, de no admitirse la acción por incumplimiento, se provoque un perjuicio grave e inminente para el accionante.
4. Si no se cumplen los requisitos de la demanda”.

<sup>141</sup> Véase, Dabin, Jean, *Teoría general del derecho*, trad. de Osset, Francisco Javier, Madrid, Editorial Revista de Derecho Privado, 1955, pp. 13-15. El autor citado define al derecho en los siguientes términos: “[...] conjunto de reglas de conducta dictadas o, al menos, recibidas y consagradas por la sociedad civil, bajo la sanción de la coacción pública, al efecto de establecer en las relaciones entre los miembros del grupo un cierto orden: el que postulan el fin de la sociedad civil, así como el mantenimiento de la sociedad como instrumento consagrado a ese fin”. *Ibidem*, p. 18.

<sup>142</sup> Véase, Bocanegra Sierra, Raúl, *Lecciones sobre el acto administrativo*, 2a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2004, p. 33.

constituye la aplicación de este, al tiempo que constituye una decisión sobre un asunto concreto y particular, aunque no identifique a un destinatario específico.<sup>143</sup>

La distinción puramente cuantitativa y totalmente inútil entre acto administrativo que se dirige a una generalidad, de los que versan sobre un número identificable de sujetos, termina provocando que éstos últimos queden fuera de la acción por incumplimiento y que se provoque indefensión. Se recomienda que el proceso que ataque las omisiones e inactividad de la Administración pública se dirija en contra de cualquier acto administrativo, para hacer práctico el derecho a la tutela judicial efectiva.

La acción por incumplimiento, como ya advertimos, procede cuando la autoridad administrativa ha dejado de cumplir con una obligación de hacer o no hacer, prevista en una norma jurídica de rango inferior a la Constitución o en un acto administrativo de “alcance general”, como denomina la Constitución. Esta obligación debe ser clara, expresa y exigible. Estos requisitos los delinea la propia Constitución y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales. A ellos se ha referido la Corte Constitucional en los siguientes términos:

“Por tanto, la Corte considera que la acción por incumplimiento procede, cuando existen las siguientes circunstancias: Que en la norma cuyo cumplimiento se demanda, contenga la obligación de hacer o no hacer, que se constituye cuando se establece en la misma la realización o abstención de una conducta para dos partes, una que debe efectuar lo ordenado en la normativa y otra que debe recibir el beneficio de lo ordenado o exigir su cumplimiento y determinada la existencia de la obligación se puede proceder al análisis de los tres requisitos constitutivos de la obligación que son: 1) Clara: La obligación será clara cuando sus elementos constitutivos y sus alcances emerjan con toda certeza de la configuración de la norma y no necesite de ningún esfuerzo de interpretación para establecer cuál es la obligación de hacer o no hacer, 2) Expresa: La obligación será expresa cuando exista constancia escrita y en forma inequívoca de una obligación, conteniendo la forma en la cual debe plasmarse la ejecución de una obligación y, 3) Exigible: La obligación será exigible cuando contiene el deber de cumplir y el derecho de exigir el cumplimiento de su contenido, conforme a preceptos constitucionales y/o infraconstitucionales, y se determine el sujeto o sujetos que deben realizar esta actividad”.<sup>144</sup>

<sup>143</sup> Véase, García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás-Ramón, *Curso de derecho administrativo*, 12a. ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2004, pp. 187-190.

<sup>144</sup> Corte Constitucional, sentencia N.º 011-15-SAN-CC de 16 de septiembre de 2015, dictada en el caso N.º 039-13-AN, Registro Oficial Suplemento N.º 629 de 17 de septiembre de 2015, pp. 27-28.

De conformidad con el artículo 57 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, el acatamiento de la obligación debe ser materia de un reclamo previo ante la autoridad remisa, y luego de un término de cuarenta días contados desde que se presentó el requerimiento, se configurará el incumplimiento.<sup>145</sup>

#### IV. Conclusión

En este, como en cualquier otro tema que involucre a la tutela judicial del administrado o del ordenamiento jurídico, la sencillez es una regla que se impone como excelsa virtud y postulado de deseable realización.<sup>146</sup> Desde la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa hasta el actual Código Orgánico General de Procesos, se ha podido apreciar una serie de defectos que pugnan con las propiedades de celeridad, simplicidad y eficacia que son exigencia del derecho a la tutela judicial efectiva. Ello se debe al prurito de hacer coincidir, a la fuerza, las clasificaciones de la doctrina con la asignación de competencias a los jueces, o bien, la enumeración de las actuaciones de la Administración pública con la actividad procesal.

El defecto que se resalta con ese ejercicio nada práctico es la innecesaria complicación del proceso contencioso-administrativo y la presencia de ámbitos inmunes al control jurisdiccional cuando no existe coincidencia entre lo que indica la norma procesal y lo que se vive en las realidades de la relación jurídica administrativa.

Consideramos que la simplificación más idónea del proceso contencioso-administrativo, aquella que estaría dotada de toda eficacia, es la que simplemente indicaría que procede contra cualquier actuación u omisión que provenga de las entidades públicas y que provoque menoscabo a los derechos de los administrados. Ello significa concebir al proceso contencioso-administrativo como aquel en el cual el juez conoce y resuelve sobre las pretensiones procesales que provoquen las problemáticas de la relación jurídica administrativa, con el propósito de lograr la tutela judicial efectiva de los derechos y la guarda del ordenamiento jurídico.

<sup>145</sup> Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional: “Art. 54.- Reclamo previo.- Con el propósito de que se configure el incumplimiento, la persona accionante previamente reclamará el cumplimiento de la obligación a quien deba satisfacerla. Si se mantuviera el incumplimiento o la autoridad pública o persona particular no contestare el reclamo en el término de cuarenta días, se considerará configurado el incumplimiento”.

<sup>146</sup> Dicha sencillez debe empezar por el legislador ecuatoriano, quien muchas veces hace recordar el viejo, pero actual consejo del Fuero Juzgo, que en su castellano antiguo recomendaba: “El fazedor de las leyes deve hablar poco, é bien; é non deve dar iuyzio dubdoso, mas lano, é abierto, que todo lo que saliere de la ley, que lo entiendan luego todos los que lo oyeren, é que lo sepan sin toda dubda, é sin nenguna gravedumbre” (sic). Real Academia Española, *Fuero Juzgo. En latín y castellano cotejado con los más antiguos y preciosos códices*, Madrid, Ibarra impresor, 1815, p. 3, visible en <http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/08140510854669528621157/ima0255.htm>.

# EL ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA. ASPECTOS CONSTITUCIONALES, ADMINISTRATIVOS Y PROCESALES

DR. LEONARDO MASSIMINO

## I. Introducción

El acceso a la información pública constituye un componente esencial de cualquier gobierno republicano y democrático. Se trata de un mecanismo de buen gobierno que, junto con la rendición de cuentas, hacen posibles las condiciones de participación y proximidad ciudadana en los procesos gubernamentales y que viabilizan los canales de comunicación entre el Estado y los ciudadanos.<sup>147</sup>

La aceptación y realidad práctica de este derecho — aunque sus inicios se remontan a los orígenes mismos de nuestra nación<sup>148</sup> — implican, empero, un inacabado proceso de transformación en la concepción y práctica del ejercicio de la función pública, ya que significa someter la gestión gubernamental y el desempeño de la función pública al escrutinio crítico de la sociedad.

El derecho de acceso de los ciudadanos a la información pública resulta, por ende, un componente clave de la rendición de cuentas y la transparencia del Estado. Sin embargo, como todo derecho, está sujeto a determinadas limitaciones y ciertas vicisitudes en la práctica, cuyo alcance y contenido dependen, en definitiva, de la concepción y/o naturaleza que se asigna a este derecho en un determinado ordenamiento.

En ese marco, el presente trabajo plantea algunas implicancias de concebir el acceso a la información como un derecho fundamental — tal como predica la doctrina<sup>149</sup> y jurisprudencia<sup>150</sup> especializadas —, procurando delinear ciertos principios y tendencias generales que derivan de esa conceptualización en la actualidad.

---

<sup>147</sup> VALVERDE LOYA, Miguel A., *Transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas: experiencia en la Unión Europea y México*, IX Congreso Internacional del CLAD sobre la Reforma del Estado y de la Administración Pública, Madrid, España, noviembre de 2004.

<sup>148</sup> PALACIO, Susana B. y OLARTE, Jorge E., *El primer presupuesto patrio*, La Ley, Suplemento actualidad, 24/05/2012, p. 1.

<sup>149</sup> BASTERRA, Marcela, *El derecho fundamental de acceso a la información pública*, Lexis Nexis, 2006.

<sup>150</sup> Ver jurisprudencia que se cita en el punto IV.

El plan de exposición será el siguiente. En primer lugar, se expondrán algunas distinciones —y relaciones— entre la ética, transparencia, el acceso a la información y la rendición de cuentas. Posteriormente, se delinearé el concepto del acceso a la información pública como un derecho fundamental, procurando señalar el apoyo de esta concepción en la jurisprudencia y el marco legal de nuestro país. Luego se repararán algunos aspectos que derivan de esta concepción y finalmente se formularán algunas consideraciones a modo de conclusión.

## **II. Algunas precisiones terminológicas. Ética pública, transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas**

El acceso a la función pública está íntimamente vinculado con la transparencia, la cual importa un indicador ineludible del buen funcionamiento del Estado, promoviendo el comportamiento responsable de los funcionarios públicos. En este sentido, el acceso a la información pública adquiere dimensiones relevantes al construir una cultura de la función pública, haciendo de la transparencia una herramienta esencial en dicho proceso. En el contexto actual, al referirnos a un gobierno transparente, importa referir —al mismo tiempo— una rendición de cuentas clara y completa y el acceso a la información por parte de quienes tienen a su cargo la gestión pública.<sup>151</sup>

En este apartado se remarca la estrecha relación que se presenta entre la ética pública —que se refleja con la actividad y quehacer del funcionario público— y la transparencia, cuyo concepto conviene precisar. El concepto de transparencia se vincula, a su vez, con el acceso a la información y la rendición de cuentas, nociones éstas últimas a su vez diferenciables entre sí.

### **II.1. Ética pública, corrupción y eficiencia**

Sin entrar en distinciones filosóficas entre la ética y la moral, tendremos aquí estos términos como sinónimos e intercambiables.<sup>152</sup> La ética es una ciencia práctica

<sup>151</sup> En relación a este tema, seguimos el trabajo de NAESSENS, Hilda, *Ética pública y transparencia*, Congreso Internacional 1810-2010: 200 años de Iberoamérica, Centro de Investigación en Ciencias Sociales y Humanidades, Universidad Autónoma del Estado de México, Toluca, México, p. 2113.

<sup>152</sup> La palabra ética proviene del griego *ethos*, que significa costumbre, hábito. En latín, la palabra costumbre se designa con el término *mos*, *moris*, que también se traduce como moral. Con base en estas etimologías, es común llamar *moral* a la ética, términos que hacen referencia por tanto al modo de ser de las personas. La costumbre o *ethos*, es decir, la ética, proyecta al ser humano hacia una finalidad, le hace autodeterminarse, dándole a su vida sentido y calidad. Por lo tanto, las normas a las que hace referencia la ética apuntan a su valor fundamental: lo bueno y lo justo. *Ibidem*.

que tiende a procurar “el bien puro y simple del hombre”, y no apunta a la perfección de la obra, sino a la “bondad o perfección misma del hombre”.<sup>153</sup>

Cuando la ética se aplica y se pone en práctica en el servicio público se denomina Ética Pública, también llamada ética para la política y la administración pública. “La ética pública señala principios y valores deseables para ser aplicados en la conducta del hombre que desempeña una función pública”.<sup>154</sup> Esta disciplina ofrece al servidor público un conocimiento que lo lleva a actuar de una determinada manera en cada situación, ofreciendo auxilio con respecto a la elección de las diversas situaciones que son convenientes o no para la colectividad.

La ética aplicada a la función pública es de vital importancia porque tiene como eje central la idea de servicio, es decir, las tareas y actividades que realizan los funcionarios públicos están orientadas al bien común. La ética de la función pública es la ciencia del buen comportamiento en el servicio a la ciudadanía, es además un importante mecanismo de control de la arbitrariedad en el uso del poder público, un factor vital para la creación y el mantenimiento de la confianza en la administración y sus instituciones. Por tanto, es un factor clave para elevar la calidad de la administración pública mediante la conducta honesta, eficiente, objetiva e íntegra de los funcionarios en la gestión de los asuntos públicos.<sup>155</sup>

La ética pública es por tanto un instrumento fundamental para evitar la corrupción al elegir a los representantes más idóneos para gobernar. En tal sentido, la ética pública aglutina un conjunto de valores como la honradez, la laboriosidad, la eficacia, la transparencia, la atención y el servicio al ciudadano, la imparcialidad, la objetividad y otros que hacen del trabajo en el sector público una inmensa tarea de la cual la sociedad espera frutos de calidad.

## II.2. El valor de la transparencia

La *transparencia* es uno de los valores éticos que todo funcionario público debe aplicar en el ejercicio de su función, de ahí la necesidad de detenernos en su

<sup>153</sup> COVIELLO, Pedro J., Reflexiones sobre la ética pública, La Ley, Suplemento constitucional, 11/05/2012.

<sup>154</sup> BAUTISTA, Oscar D, *Ética pública y buen gobierno. Fundamentos, estado de la cuestión y valores para el servicio público*, Instituto de Administración Pública del Estado de México (IAPEM), Toluca, México, 2009, p. 32.

<sup>155</sup> En relación a este concepto ver al mismo autor citado en la nota anterior BAUTISTA, Oscar D, Necesidad de la ética pública, México, Serie Cuadernos de Ética Pública, N° 1, Poder Legislativo del Estado de México - UAEM, México, 2009, p. 15. También ver, COVIELLO, Pedro J, Reflexiones... op. cit., p. 12 y ss.

análisis y en su confrontación con otros conceptos tales como el *derecho a la información*, el *acceso a la información* y la *rendición de cuentas* con los que la transparencia convive y se interrelaciona diariamente en la labor pública.

La transparencia en el gobierno, además de un valor, es un mecanismo fundamental de exigibilidad y de responsabilidad pública. Sin embargo, los alcances y contenido del concepto es una cuestión que suscita interpretaciones diversas, razón por la cual conviene realizar algunas precisiones.

La palabra transparencia se utiliza en tres sentidos: como cualidad de un objeto, como atributo de un sujeto y como atributo de un grupo o colección de sujetos (por ejemplo, un partido político, un sindicato, una agrupación gremial o un gobierno).<sup>156</sup>

Como valor en constante y permanente evolución, la transparencia ha devenido necesaria para el ejercicio de un buen gobierno —en el cual exista disposición, clasificación adecuada, actualización, calidad, claridad y utilidad de la información— que se encuentra sujeto a la vigilancia y al escrutinio de la sociedad en su conjunto.

En tal sentido y a modo de ejemplo, el Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México (Infoem), señala que, en el ámbito del derecho a la información, la transparencia es la obligación que tienen los servidores públicos para proporcionar a toda persona interesada en los actos del gobierno, de manera clara y expedita, la información que se deriva de las funciones que desempeñan”.<sup>157</sup>

De ahí que la transparencia —y como lógico corolario suyo el acceso a la información pública— sea el eje fundamental de la democracia. Su exigencia en el mundo contemporáneo tiene raíces profundas en el espíritu humano dado que desde tiempos inmemoriales la búsqueda de la verdad aparece como una urgencia del ser humano, sólo que en este caso se aplica a los asuntos de interés público. En lo que hace a la transparencia, las acciones del gobierno deben orientarse a maximizar el uso social de la información y dar sentido a los principios democráticos de rendición de cuentas y publicidad”.<sup>158</sup>

<sup>156</sup> GUERRERO GUTIERREZ, Eduardo, Para entender la transparencia, Nostra Ediciones, China, 2008, p. 11.

<sup>157</sup> Instituto de Transparencia y Acceso a la Información Pública del Estado de México, 2009, Preguntas de interés general, México, ITAIPEM, <http://transparencia.edomex.gob.mx> (consultado el 14 de noviembre de 2023).

<sup>158</sup> NAESSENS, Hilda, Ética pública y transparencia...op. cit., p. 2119 y ss.

### II.3. Los conceptos de acceso a la información y derecho a la información

El derecho a la información se relaciona, como vemos, con el concepto de transparencia y, en algunas ocasiones, se lo identifica con el acceso a la información. Sin embargo, conviene tener presente ciertas distinciones entre estos vocablos, tal como se verá seguidamente.

Si bien existen varias definiciones en el campo doctrinario sobre el tema, podría afirmarse que el derecho a la información (en un sentido amplio) y de acuerdo con el artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, es la garantía fundamental que toda persona posee a: atraerse información, a informar y a ser informada.<sup>159</sup>

Si bien los términos *transparencia*, *derecho de acceso a la información*, *rendición de cuentas* mantienen cierta relación entre sí, son conceptos diferenciables razón por la cual conviene realizar algunas distinciones. En tal sentido, *acceso a la información* designa a aquella información que *debe solicitarse* para obtenerla. El acceso a la información “es el ejercicio de un derecho ciudadano por medio del cual los gobernados pueden conocer, solicitar y supervisar las acciones de los gobernantes”<sup>160</sup>, por lo que la información debe ser de dominio público a menos que existan razones para reservarla.

En un sentido amplio, la transparencia importaría una determinada “política de transparencia”, en tanto que “acceso a la información”, se entendería como “el derecho de acceso a la información”, siendo este último un instrumento de la transparencia, la cual varía según la jurisdicción y ámbito en el que se predique. El derecho de acceso a la información pública es, en la práctica, el derecho que tienen las personas para conocer los documentos que producen y manejan las autoridades públicas”,<sup>161</sup> en el ejercicio de sus atribuciones y que puede llegar a ser un verdadero motor de la política de transparencia. En una definición similar, se ha dicho que el derecho de acceso a la información pública es, en principio, “la prerrogativa de toda persona para acceder y examinar datos y registros

<sup>159</sup> El artículo 19 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos dispone: “Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el no ser molestado a causa de sus opiniones, el investigar y recibir informaciones y opiniones, y el difundirlas sin limitación de fronteras por cualquier medio de expresión”.

<sup>160</sup> ESCUDERO MORALES, Pablo y GALINDO RODRIGUEZ, José, *Transparencia y rendición de cuentas en la CNDH, así como su función transversal de control en la administración pública*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 2007, p. 13.

<sup>161</sup> MERINO, Mauricio, *El desafío de la transparencia organizacional*, en Jorge Bustillos Roqueñí y Miguel Carbonell, (coords.), *Hacia una democracia de contenidos: la reforma constitucional en materia de transparencia*, UNAM, México, 2007, p. 128.

públicos en poder de los sujetos obligados, salvo las excepciones legítimas mínimas establecidas en la ley”.<sup>162</sup>

En esta segunda definición, aparecen resaltados dos aspectos de este derecho; por un lado, el acceso a la información y la posibilidad de revisar y analizar dicha información y, por otro, señala las excepciones a las que puede enfrentarse todo ciudadano y que se expresan a través de lo que se denomina información confidencial y reservada.<sup>163</sup>

## II.4. La transparencia y la rendición de cuentas

El término *rendición de cuentas* está muy vinculado con la idea de controlar al poder, de prevenir y evitar sus abusos, de limitarlo a ciertas normas y reglas de conducta. Este concepto pone de manifiesto la preocupación por supervisar, controlar y restringir al poder, con lo que adquiere una gran relevancia democrática. Se dice que deriva de la palabra inglesa *accountability*, la cual a veces se traduce como control, otras como fiscalización o responsabilidad, pero la traducción más frecuente es como «rendición de cuentas», de quienes rinden y quienes exigen las cuentas.<sup>164</sup>

La noción de rendición de cuentas encierra, según la doctrina, dos dimensiones básicas. «Incluye, por un lado, la obligación de políticos y funcionarios de informar sobre sus decisiones y de justificarlas en público. Por otro, incluye la capacidad de sancionar a políticos y funcionarios en caso de que hayan violado sus deberes públicos»<sup>165</sup>. El concepto incluye entonces, no sólo el derecho a recibir información por parte de la comunidad, sino también la obligación, por parte de los funcionarios de difundirla, es decir, incorpora el derecho a recibir una explicación como el deber de justificar el ejercicio de poder.

Concretamente, los gobernantes deben estar abiertos a la inspección pública, deben poder explicar y justificar sus actos, y si incurrían en faltas o ilegalidades, deben sujetarse a las sanciones correspondientes. De este modo, la rendición de cuentas se transforma en un diálogo crítico entre funcionarios y

<sup>162</sup> GUERRERO GUTIERREZ, Eduardo, Para entender... op. cit., p. 78.

<sup>163</sup> Ibidem, p.79. Por *información confidencial* se entiende aquella que no puede hacerse pública indefinidamente para proteger la privacidad e intimidad de las personas y que es regulada por ley. La *información reservada* es aquella que no puede hacerse pública temporalmente por diversas razones, entre ellas, evitar daños a la seguridad nacional, las relaciones internacionales, la estabilidad económica, etc., y que también es regulada por ley.

<sup>164</sup> NAESENS, Hilda, Ética pública y transparencia ...op.cit., p. 2126.

<sup>165</sup> ANDREAS, Schedler, ¿Qué es la rendición de cuentas?, Cuadernos de Transparencia, núm. 3, Instituto Federal de Acceso a la Información (IFAI), México, 2004, p. 12.

ciudadanos, es un puente de comunicación permanente que se establece entre las autoridades y la sociedad. “Su misión está en reducir las incertidumbres del poder, limitar sus arbitrariedades, prevenir y remediar sus abusos, volver predecible su ejercicio, mantenerlo dentro de ciertas normas y procedimientos preestablecidos”.<sup>166</sup>

En definitiva, la gestión pública transparente comprende una rendición de cuentas clara y precisa por parte de quienes laboran en la gestión pública. Así, la rendición de cuentas se presenta como un verdadero principio de “eficiencia administrativa”.

### III. El marco legal del acceso a la información. Reseña

En el ámbito internacional, el derecho de acceso a la información se encuentra previsto en el artículo 19 de la Declaración Universal de Derechos Humanos<sup>167</sup>, el artículo 13 inciso 1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos<sup>168</sup> y el artículo 19 inciso 12 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.<sup>169</sup>

Por otra parte, la normativa de acceso a la información en el ámbito nacional es incipiente y difusa.<sup>170</sup> Ello por cuanto, en nuestro país, aún carecemos de una normativa específica de acceso a la información pública. El decreto 1172/2003 (B.O. 4/12/2003) es la única disposición en la materia e incluye el reglamento general del acceso a la información pública para el Poder Ejecutivo Nacional, publicidad de la gestión de intereses, pautas para la elaboración participativa de normas y las reuniones abiertas de los entes reguladores.

La ramificación normativa la encontramos en nuestra Constitución Nacional en los artículos 1, 14, 33, 38, 40, 41, 42, 43, 83 y en algunas leyes como la ley 24.240, y su última reforma (ley 26.361) de defensa del consumidor, ley 25.326,

<sup>166</sup> Ibidem, p. 24.

<sup>167</sup> Ver nota al pie n° 13.

<sup>168</sup> La Convención Americana sobre Derechos Humanos, artículo 13 inciso 1 que establece que: “Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad, buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección.”

<sup>169</sup> El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, artículo 19 inciso 12 reza: “Toda persona tiene derecho a la libertad de expresión; este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras, ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento a su elección.”

<sup>170</sup> Al respecto puede verse, PAEZ RODRIGUEZ, Patricia, Acceso a la información pública en el ámbito nacional, provincial y municipal, Sindicato del Poder Legislativo de la Provincia de Córdoba, Córdoba, 2012, p. 103 y ss.

protección de datos personales, ley 25.600 de financiamiento de los partidos políticos, ley 25.675 sobre política ambiental, ley 25.831 reglamentaria del artículo 41 de la Constitución Nacional sobre los derechos humanos de tercera generación, derecho a un ambiente sano y equilibrado, el ya citado decreto 1172/03 de acceso a información pública en el ámbito del Poder Ejecutivo Nacional y en los Tratados Internacionales receptados en el artículo 75, inc. 22 de la Constitución Nacional.

#### IV. La situación en la jurisprudencia

La jurisprudencia en nuestro país reconoce que el acceso a la información se erige como un derecho fundamental que se fundamenta en los citados artículos 1, 33 y 42 de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos que poseen jerarquía constitucional según lo previsto la Carta Magna.

En tal sentido y tal como surge de los pronunciamientos que se refieren al tema, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido que el derecho de acceso a la información constituye una de las dos facetas del derecho de la libertad de expresión. Por un lado, el derecho del individuo a manifestar su pensamiento y, por el otro, un derecho colectivo a recibir cualquier información y a conocer la expresión del pensamiento ajeno. En estos precedentes se considera que la expresión y la difusión del pensamiento resultan indivisibles.<sup>171</sup>

En la causa “Tiscornia, Sofía y otro c. Estado Nacional. Ministerio del Interior y otro s/amparo ley 16.986”,<sup>172</sup> además de reconocer legitimación activa a la actora, se obligó en definitiva, al Estado Nacional —a través de la Policía Federal Argentina— a suministrar a la actora la información solicitada.

En este precedente, efectivamente, se reconoció legitimación al Centro de Estudios Legales y Sociales (CELS) con el fin de accionar contra el Estado a fin de garantizar el derecho a la información solicitada dado que el propósito fijado en los estatutos y, consideró que los tratados de derechos humanos, entre los que se encuentra la Convención Americana de Derechos Humanos, ratificada por ley 23.054, posee jerarquía constitucional, según lo dispone el artículo 75 inciso 22 de la Constitución Nacional.

<sup>171</sup> Causa “Bullo Perea, Jorge Ignacio y otro c. BANADE s/amparo ley 23.187”, Cámara Nacional de Apelaciones Contencioso Administrativo Federal, sala IV, 13/11/1992, El Dial, [www.eldial.com](http://www.eldial.com), AAB93.

<sup>172</sup> En causa 28833/96 de la cámara nacional contencioso administrativo federal, sala III, 17/12/1997.

La citada convención en su artículo 13 inciso 1, reconoce a toda persona el derecho a la libertad de pensamiento y expresión, señalando que este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole.

Por su parte, en el caso “Fundación Poder Ciudadano c. Estado Nacional - Secretaría de Honorable Cámara de Senadores de la Nación s/amparo ley 16.986”,<sup>173</sup> la cuestión se vinculó con la publicidad de las declaraciones juradas de los senadores.

En efecto, en el caso se ordenó, en definitiva, a la Secretaría Administrativa del Senado de la Nación dar cumplimiento de su obligación legal de dar a conocer a la accionante las declaraciones juradas de los senadores, según lo requerido por la ley 25.188.

Al respecto, se señaló que la lesión de los derechos humanos que reconoce en la Constitución Nacional puede producirse sea por una actividad como por una inactividad estatal, agregando —con cita expresa del artículo 13 inciso 1° de la Convención Interamericana de Derechos Humanos- que los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional son superiores a las leyes desde la reforma constitucional del año 1994.

Asimismo, se dice en este precedente, que el régimen legal dispone la obligatoriedad de las declaraciones juradas de aquellos sujetos que establece el artículo 4 de la ley 25.188, con la finalidad de lograr una mayor transparencia en el desarrollo de las funciones administrativas, judiciales y legislativas.

Posteriormente, en el caso “Centro de Implementación de Políticas Públicas E. y C. y otro c. Honorable Cámara de Senadores del Congreso de la Nación s/ Amparo ley 16.986”<sup>174</sup> se consideró que la publicación en el sitio de internet de los decretos administrativos y parlamentarios, constituye una obligación de los respectivos secretarios, según lo prevén las normas que menciona el fallo.

La omisión de la referida publicación, en contra de lo dispuesto por el reglamento del Senado de la Nación, vulnera el derecho a la información reconocido en el artículo 42 de la Constitución Nacional.

El principio de publicidad de los actos de gobierno, dice el fallo, constituye uno de los pilares de gobierno republicano y existen diversas normas que colocan,

<sup>173</sup> Ver Expte 14419/01, “Fundación Poder Ciudadano c. Estado Nacional - Secretaría de Honorable Cámara de Senadores de la Nación s/amparo ley 16.986”, Juzgado Contencioso Administrativo Federal N° 5, 22/11/2001. Publicado en El Dial, [www.eldial.com](http://www.eldial.com), AAB93.

<sup>174</sup> Ver Causa 17426/2004, Cámara Nacional de Apelación Contencioso Administrativo Federal, 27/05/2005, El Dial/AA2A79.

en cabeza de los órganos y entes del Estado el deber de dar a conocer información. En el sentido, luego de referir al artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 19 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos—, señaló que las restricciones al derecho señalado deberán estar fijadas por ley, por motivos de seguridad nacional, orden público, salud o moral pública, lo cual no había ocurrido en el presente caso.

## V. El acceso a la información pública como un derecho fundamental

La afirmación de que el acceso a la información pública constituye un derecho fundamental importa adscribir a una determinada filosofía de los derechos humanos y fundamentales. La comprensión de esa significación y sus implicancias son decisivas en el examen del tema y, además, en la determinación del marco conceptual que se emplea para abordar los problemas que se suscitan al respecto.

Si bien la cuestión es demasiado ardua para pretender explicarla de manera breve, basta con resaltar aquí algunos elementos de los derechos fundamentales que resultan útiles en este desarrollo - tales como una conceptualización, su caracterización y la función y/o finalidad todo lo cual posee incidencia directa en esta temática. En los apartados siguientes nos referiremos en forma breve a algunos aspectos relevantes de esta cuestión tales como los sujetos obligados por este derecho, su contenido y límites.

### V.1. Algunas implicancias del acceso a la información como un derecho fundamental

El hilo conductor de los conceptos vertidos en la doctrina y jurisprudencia que reseñamos —y a partir de los cuales, se introducen las mayores innovaciones— es que se reconoce el acceso a la información como un derecho fundamental. La instalación de los derechos fundamentales —en relación aquí al acceso a la información— importa hacer referencia a las múltiples funciones que cumplen estos derechos, como por ejemplo las funciones *informante, motriz y autolimitadora*.

La función genérica que desempeñan los derechos humanos, como ideas fuerza que disponen de vigor para canalizar el derecho futuro, para perfeccionar el existente, para acelerar el cambio y la transformación, es la de favorecer el desarrollo integral de la persona humana, potenciar todas las posibilidades derivadas de su condición.<sup>175</sup>

<sup>175</sup> PECES-BARBA, Derechos Fundamentales, 3era. Edición, Madrid, Latina Universitaria, 1980, p. 109.

La primera función de los derechos fundamentales es, como se dijo, la de instalar al hombre en la comunidad política con un status satisfactorio para su dignidad de persona, que importa una órbita personal de libertad. Esta función importa una doble implicancia, por lado, la limitación del Estado y del poder y, por el otro, la especial forma de legitimación de ese poder.

Los derechos humanos traducen, expresan y manifiestan un sistema cultural de valores y bienes que componen el status material de la persona humana. Y tal sistema una vez instalado constitucionalmente, se expande a todo el ordenamiento jurídico del Estado y le sirve de guía para la interpretación. Esta sería la fórmula de la integración estatal.

En ese marco y en cuanto a la función informante y unificadora señalada, cabe decir que el sector constitucional de los derechos humanos no es un casillero divorciado del conjunto integral de la constitución y del derecho sino que hay un nexo indisoluble que pone a los derechos en circulación por todo el circuito constitucional y, desde éste, por el resto del ordenamiento infraconstitucional.

De lo anterior, puede inferirse fácil una función derivada. Los derechos fundamentales integrados al orden jurídico del Estado hacen el principio de unidad de dicho orden, en cuanto cristaliza valores que, no sólo completan la interpretación, sino que además promueve el desarrollo del derecho hacia el mismo sistema de esos valores. En tal sentido, la ética pública, la transparencia, la rendición de cuentas y el acceso a la información, constituyen valores que informan todo el ordenamiento e impactan directamente en la actividad estatal, tal como se analizó al comienzo de este trabajo.

La función motriz de los derechos fundamentales —en este caso el acceso a la información— resulta esencial para la vigencia del derecho de acceso a la información. En efecto, como la eficacia es esencial a la positividad, se adjudica a los derechos fundamentales otra función motriz, cual es la de fundar la tutela jurisdiccional mediante vías y órganos idóneos, lo cual nos conduce a la cuestión de la autoridad de aplicación y/o de los sujetos obligados a brindar o asegurar el acceso a la información pública.

El quehacer de los derechos fundamentales no se agota en lo normativo y sus implicancias, sino que se proyecta más allá y tiene que ver con lo que la doctrina ha señalado respecto de la necesidad de proyectar los derechos humanos hacia la promoción y realización<sup>176</sup> efectiva de políticas de bienestar en el área

<sup>176</sup> BIDART CAMPOS, Germán, *Teoría General de los Derechos Humanos*, 1991, Astrea, p. 63.

económica, social y cultural, para crear, consolidar y difundir condiciones de bienestar común y de acceso al goce de los derechos por parte de todos los hombres, principalmente los menos favorecidos. Esto nos lleva a una cuestión sustancial y es que los propios derechos, aunque parezca paradójico, convalidan las limitaciones razonables que se imponen a algunos de sus titulares para acrecer la capacidad de ejercicio de otros que la tienen disminuida o impedida por razones que les exceden, lo cual constituye la función autolimitadora de los derechos fundamentales.

## V.2. El acceso a la información pública como un derecho fundamental. Contenido

Existe una significativa relación entre los llamados derechos humanos y los derechos fundamentales pues, si bien los primeros se encuentran en principio en el orbe de lo teórico y conforman los aspectos o atributos que un momento determinado se consideran inherentes a la naturaleza humana (como pueden ser su dignidad, libertad, igualdad), los mentados en segundo lugar, en cambio, son aquéllos positivizados en el ordenamiento de un Estado determinado.<sup>177</sup>

La noción de que el ser humano tiene por naturaleza ciertos derechos viene dada por Del Vecchio<sup>178</sup> y sirve de base en Maritain a su filosofía de los derechos del hombre, cuando afirma enfáticamente que “hay” naturaleza humana.<sup>179</sup> Se comprende, por lógica ilación, que si estos derechos son naturales o propios de la naturaleza de la persona humana, revisten carácter de fundamentales, en el sentido de primarios o indispensables. La fundamentalidad coincide, de algún modo con la inherencia a la naturaleza humana.<sup>180</sup>

En el mismo sentido, la jurisprudencia señala —como vemos *ut supra*— que el acceso a la información pública es un derecho fundamental de las personas que hace, además, al sistema republicano de gobierno. De esta manera y como

177 Pérez Luño define a los derechos humanos como el “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”. Por su parte, “derechos fundamentales” son, según el autor, “aquellos derechos humanos garantizados por el ordenamiento jurídico positivo, en la mayor parte de los casos en su normativa constitucional, y que suelen gozar de una tutela reforzada” (cfr. PEREZ LUÑO, Derechos Fundamentales...op.cit., p. 46).

178 DEL VECCHIO, Giorgio, Persona, Estado y derecho, p.349 citado por BIDART CAMPOS, Germán, Teoría General...op.cit., p. 3.

179 MARITAIN, Jacques, Los derechos del hombre y la ley natural, p. 89.

180 BIDART CAMPOS, Teoría General...op. cit, p. 3. FINNIS, John M. Aquinas. Moral, Political and Legal Theory, Oxford University Press, Oxford, 1988.

corolario del ya mentado concepto amplio dispuesto en el art. 19 de la CIDH, el acceso a la información pública importa, entonces, los siguientes derechos a saber:

- a. El derecho a atraerse información. Esto incluye las facultades de: a) acceso a los archivos, registros y documentos públicos y, b) la decisión de qué medio se lee, se escucha o se contempla.
- b. El derecho a informar incluye: a) las libertades de expresión y de imprenta y, b) la constitución de sociedades y empresas informativas.
- c. El derecho a ser informado, que contiene las facultades de: a) recibir información objetiva, oportuna y completa y, b) con carácter universal, es decir, que la información es para todas las personas sin exclusión alguna.<sup>181</sup>

El derecho a la información presenta, en consecuencia, sendos aspectos que se encuentran relacionados entre sí, a saber, por un lado, incluye al sujeto que informa, que es un sujeto activo y, por otro lado, al receptor de la información que es un sujeto pasivo, quien debe exigir de aquel una cierta calidad de la información, tal como se verá en el apartado siguiente.

### **V.3. La cuestión del sujeto pasivo del derecho y de su obligación**

En el análisis del tema resulta necesario, además de determinar el contenido del derecho de acceso a la información, responder a la siguiente pregunta: frente a quién (sujeto pasivo) se ostenta la titularidad del derecho, frente a quién es oponible o puede hacerlos valer el titular, y cuál es el deber o la obligación que ante este último tiene que cumplir aquél sujeto pasivo a favor del titular, para que los derechos sean efectivos". Si no hay frente a quien se haga valer el derecho, la persona no puede demandar nada a nadie.<sup>182</sup>

Cada vez que se proponga un derecho a una persona determinada, habrá que dilucidar una cuestión tan sencilla como imprescindible, cuál es el sujeto pasivo ante el cual su titular puede hacer exigible el goce y ejercicio, y cuál es la obligación que aquel sujeto debe cumplir a su favor.<sup>183</sup>

<sup>181</sup> ZALDIVAR, Ángel T., *La transparencia y el acceso a la información como política pública y su impacto en la sociedad y el gobierno*, Porrúa, México, 2006, p. 34.

<sup>182</sup> FINNIS, John M. Aquinas. *Moral...op. cit.*, p.1 y ss.

<sup>183</sup> Al respecto, Bidart Campos afirma que nada se avanza en reconocer derechos que nadie niega sino frente a cada uno no se sitúa un sujeto pasivo con el correspondiente débito, cuyo cumplimiento pueda ser requerido por el titular del derecho. El autor cita a E. H. Carr que en 1947 decía: "que ninguna declaración de derechos que no contenga también una declaración de obligaciones correlativas puede

Al respecto, algún sector de la doctrina afirma que los obligados a dar información son determinados sectores del Estado.<sup>184</sup> Otros incluyen, además, todas las autoridades públicas cualquiera sea el nivel y jurisdicción en el que se desempeñen<sup>185</sup>. Finalmente, hay quienes consideran, en una posición más amplia, que este imperativo se extiende a todos los sujetos que posean información (sean públicos o privados) y como tal, deben ponerla a disposición de terceros.<sup>186</sup> Es decir, según esta última posición, el acceso a la información acarrea, naturalmente, obligaciones *erga omnes* de protección que vinculan a todos los Estados y a los particulares.<sup>187</sup>

#### V.4. La cuestión de la autoridad de aplicación

Uno de los temas más opinables vinculados a la problemática del acceso a la información es la necesidad o no de creación de una autoridad de aplicación efectiva para el ejercicio de las funciones que se le asignen y su ubicación institucional, todo lo cual de un modo compatible con el régimen republicano de división de poderes.

En nuestro país, si bien carecemos, como se dijo, de una ley de acceso a la información pública, tramitaron varios proyectos tendientes a crear un régimen sobre la materia. En los debates originados ante la comisión de asuntos constitucionales de la cámara de diputados, hubieron propuestas de la creación de una autoridad de aplicación en el ámbito del Congreso de la Nación.<sup>188</sup>

Las razones que se esgrimen para la creación de la autoridad en ese ámbito fueron, entre otras, la autonomía funcional, la idoneidad técnica y la estabilidad funcional. Dado que, para cierto sector, la obligación de dar a conocer la información

---

tener un significado trascendental" (Los derechos del hombre en obra colectiva "Los derechos del hombre. Estudios y comentarios en torno a la nueva declaración universal", p. 27. (ver BIDART CAMPO, G., Teoría General...op. cit., p. 6).

184 GARCÍA LEMA, Tomás A. El derecho al acceso a la información: creación, estructura, competencias y facultades de una nueva autoridad de aplicación, inédito, tesina presentada para optar para el título de magister en derecho administrativo de la Universidad Austral, mayo de 2012, p. 61 y ss.

185 Para ampliar, BASTERRA, Marcela, El derecho fundamental...op. cit., p 1 y ss.

186 Ver el alcance planteado al respecto en NAESSENS, Hilda, Ética pública y transparencia...op.cit., p. 2117.

187 PEREZ LUÑO, Derechos humanos. Estado de Derecho y Constitución. Madrid, Tecnos, 1984, p. 314, citado por BIDART CAMPOS, Germán, Teoría General...op. cit., p. 63. Este autor arrima dos argumentos básicos para apoyar la necesidad de extender la aplicación de los derechos fundamentales a las relaciones entre sujetos privados. El primero que opera en el plano teórico, es corolario de la exigencia lógica de dar coherencia interna del ordenamiento jurídico. El segundo, dice el autor, obedece a un acuciante imperativo político del presente, en una época en la que al poder público, secular amenaza potencial contra las libertades, le ha surgido la competencia de poderes económicos-sociales fácticos, en muchas ocasiones más importantes que las del propio Estado en la violación de los derechos fundamentales.

188 GARCÍA LEMA, Tomás A. El derecho al acceso a la información... op.cit, p. 55 y ss.

recae sobre los tres poderes del Estado, también es posible sostener que esta autoridad debiera ser un órgano independiente del Estado.

Por otra parte, en el ámbito de la OEA se elaboró la ley modelo interamericana sobre acceso a la información; ello en cumplimiento del párrafo 9 de la resolución AG/Res. 2514, que encomendó al Departamento del Derecho Internacional —en cooperación con el Comité Jurídico Interamericano, la Relatoría Especial de Libertad para la Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y el Departamento de Modernización del Estado y Gobernabilidad— la confección de una ley modelo de acceso a la información pública y una guía para su aplicación, de conformidad con los estándares internacionales en la materia.

En el título VI de la ley prevé el aspecto de la autoridad de aplicación, que se denominó “Comisión de Información”, cuya principal función consiste en promover la efectiva implementación de la ley.

### **V.5. El caso “Giustiniani” de la Corte Suprema argentina**

En relación a los aspectos que se viene analizando es relevante considerar el precedente “Giustiniani, Rubén Héctor c YPF - s/ amparo por mora” de fecha 10/11/2015 mediante la que la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a una acción iniciada por un senador nacional y, en consecuencia, ordenó a YPF SA que haga públicas las cláusulas del Acuerdo de Proyecto de Inversión suscripto con Chevron Corporation para la explotación de hidrocarburos no convencionales en las áreas de Lomas de la Lata Norte y Loma Campana de la Provincia del Neuquén (causa) . La acción judicial fue planteada por Giustiniani luego de que YPF SA se negara expresamente a brindarle la información que había solicitado sobre ese proyecto de inversión, en especial la relacionada con la calidad ambiental y las actividades que desarrollarán YPF y Chevron en esas áreas.

La decisión recuerda que el derecho de buscar y recibir información ha sido consagrado expresamente por la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y que la Corte Interamericana ha dado un amplio contenido al derecho a la libertad de pensamiento y de expresión, a través de la descripción de sus dimensiones individual y social.

Con cita de los precedentes “ADC” y “CIPPEC”, del 4 de diciembre de 2013 y del 26 de marzo de 2014, el fallo destaca que la libertad de información es un derecho humano fundamental y que abarca el derecho a juntar, transmitir y publicar noticias y contempla la protección del derecho de acceso a la información bajo el

control del Estado, que tiene por objeto asegurar que toda persona pueda conocer la manera en que sus gobernantes y funcionarios públicos se desempeñan. Con base en estos principios, la sentencia examina la particular situación de YPF SA. En especial, destaca que el Poder Ejecutivo Nacional no sólo dispone del 51% de las acciones de la sociedad, sino que además ejerce un rol preponderante en su gobierno y cuenta con el poder para determinar sus decisiones. Por ello, el Tribunal arribó a la conclusión de que la sociedad se encuentra bajo la órbita del Poder Ejecutivo Nacional y, por lo tanto, debe permitir a cualquier persona el acceso a información relacionada con sus actividades.

El fallo también destaca que la empresa desempeña importantes y trascendentes actividades en las que se encuentra comprometido el interés público, por lo que no puede admitirse, en el marco de los principios de una sociedad democrática, que se niegue a brindar información que hace a la transparencia y a la publicidad de su gestión. Por otra parte, la decisión aclara que YPF SA no puede ampararse en normas destinadas a la búsqueda de eficiencia económica y operativa para evadir la obligación de garantizar y respetar el derecho de acceso a la información. Más aún si se considera que este derecho corresponde a cualquier persona para ejercer el control democrático de las gestiones estatales, de forma tal que pueda cuestionar, indagar y considerar si se está dando un adecuado cumplimiento a las funciones públicas. La Corte agrega que, si bien en determinadas y excepcionales situaciones el derecho de acceso a la información puede estar sujeto a ciertas limitaciones, no se demostró que el caso fuese uno de esos supuestos excepcionales. En particular, remarcó que las imprecisas y genéricas afirmaciones que formuló YPF SA en la causa no eran suficientes para tener por probado que la divulgación del contenido del acuerdo pudiese comprometer secretos industriales, técnicos y científicos. Por todas estas razones, consideró que no existían motivos que justificaran la decisión de YPF SA de rechazar el pedido de información efectuado por el actor.

## **VI. Los límites al derecho de acceso de información pública**

El acceso a la información pública, empero, no es absoluto sino que, como todo derecho, está sujeto a las leyes que reglamentan su ejercicio, según lo disponen los distintos ordenamientos. Las limitaciones deben establecerse por razones de interés general y deben resguardar los estándares actuales de razonabilidad en los términos del artículo 28 de la Constitución Nacional.

En ese entendimiento, este derecho fundamental debe armonizarse con otros derechos tales como la privacidad de las personas, en el cual se excluye a otros

individuos, organizaciones y el Estado del conocimiento de ciertos aspectos de la vida de cada persona. Se vincula con otros derechos específicos como el derecho a la inviolabilidad del domicilio, de las comunicaciones privadas, al honor y la integridad de la propia imagen, y a ser respetado y no molestado. Se relaciona también con la libertad de pensamiento e ideas, de procreación, de expresión y de imprenta, puesto que el respeto a la vida privada de los individuos constituye una limitante a su ejercicio.<sup>189</sup>

Suelen establecerse límites al derecho a la información por razones de seguridad nacional o por otras causales.<sup>190</sup> En la Unión Europea se distinguen las categorías de información “top secret”, “secret”, “confidential” y “restricted”. La primera se aplica a toda información y material cuya difusión no autorizada puedan causar “perjuicios excepcionalmente graves” para los intereses de la Unión Europea o alguno de sus Estados miembros; la clasificación “secret” es para aquella que pueda dañar seriamente los “intereses esenciales” de la Unión Europea o alguno de sus Estados miembros; la “confidential” tiene que ver también con potenciales daños a intereses esenciales si se divulga sin autorización, pero involucra a un número más amplio de funcionarios con acceso a ella; y la “restricted” es aquella cuya difusión puede resultar “desventajosa” para los intereses de la Unión Europea o alguno de sus Estados miembros. En Estados Unidos, existe un plazo en el cual prescribe la prohibición de acceso a cualquier información gubernamental. Una vez concluido este plazo, cualquier ciudadano puede hacer la petición formal de que se vuelva pública.

El tener información de acceso restringido o secreta puede ser una necesidad del quehacer estatal, y sirve tanto a los intereses del Estado como de los ciudadanos. Sin embargo, estas restricciones presentan el costo de no permitir una revisión amplia que viabilice la retroalimentación y puede usarse de manera indebida. Por esa razón, es relevante establecer especificaciones legales claras y precisas, de cuándo y bajo qué condiciones la información resulta de acceso restringido.

## VII. Algunas consideraciones a modo de conclusión

Los crecientes requerimientos de mayor transparencia y ética en el ejercicio de las funciones estatales irradian sus efectos en forma transversal en todo el ordenamiento jurídico y en todas las ramas del derecho.

<sup>189</sup> URÍAS, Joaquín, *Lecciones de derecho de la información*, Tecnos, segunda edición, Madrid, 2009, p. 185.

<sup>190</sup> VALVERDE LOYA, Miguel A., *Transparencia, acceso a la información y rendición de cuentas...* op. cit., p. 3.

El acceso a la información pública adquiere dimensiones relevantes al construir una cultura de la función pública, haciendo de la transparencia una herramienta esencial en dicho proceso. En el contexto actual, al referirnos a un gobierno transparente, importa referir —al mismo tiempo— a una rendición de cuentas suficiente y permitir el acceso a la información pública por parte de quienes tienen a su cargo la gestión pública.

En tal sentido, la filosofía inherente a los derechos humanos que receptan los precedentes judiciales citados en este trabajo —alineados con los pronunciamientos que se vislumbran el derecho comparado— consagran el acceso a la información pública como un derecho fundamental de la persona, que inciden en otros derechos del ámbito personal y social del individuo, con lo que entra a jugar la dimensión institucional de este derecho.

Las diferentes cuestiones o dilemas en torno al tema del acceso a la información pública —algunas de las cuales hemos repasado en este trabajo— deben abordarse, en definitiva, a partir del marco teórico que como fundamento primero y último de nuevos horizontes en esta materia, sin dejar de mencionar —claro está— que, tal filosofía, en prospectiva, está llamada a producir significativas implicancias en el campo del derecho.

# LA SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN MATERIA PENAL

DR. JUAN CARLOS VIVAR

## La aplicación de la Conciliación y la Oportunidad

A criterio del autor García<sup>191</sup>, los conflictos deben resolverse de forma eficiente, reduciendo costos y previniendo la aparición de otros nuevos. Con el objetivo de lograr estos objetivos, el sistema jurídico se ha encargado de incorporar ciertos medios que tienen como propósito solucionar conflictos sin ocasionar mayores antagonismos entre las partes de un proceso, entre ellos, los previstos en el Código Orgánico Integral Penal (en adelante, COIP).

### 1. Conciliación

En el Título X, Capítulo Primero y Segundo, del COIP, se encuentra previsto el “Mecanismo alternativo de solución de conflictos, cuyas normas generales son:

*Art. 662.- Normas generales.- El método alternativo de solución de conflictos se regirá por los principios generales determinados en este Código y en particular por las siguientes reglas:*

- 1. Consentimiento libre y voluntario de la víctima, del procesado. Tanto la víctima como el procesado podrán retirar este consentimiento en cualquier momento de la actuación.*
- 2. Los acuerdos que se alcancen deberán contener obligaciones razonables y proporcionadas con el daño ocasionado y la infracción.*
- 3. La participación del procesado no se podrá utilizar como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores.*
- 4. El incumplimiento de un acuerdo no podrá ser utilizado como fundamento para una condena o para la agravación de la pena.*

---

<sup>191</sup> GARCÍA, Juan. “Los medios alternativos de solución de conflictos”. 2001, p. 141.

5. Los facilitadores deberán desempeñar sus funciones de manera imparcial y velar porque la víctima y el procesado actúen con mutuo respeto.

6. La víctima y el procesado tendrán derecho a consultar a una o un defensor público o privado<sup>192</sup>.

Así, se logra colegir que el requisito esencial para la procedencia de un método alternativo de solución de conflictos previsto en el COIP, es el consentimiento libre y voluntario, tanto de la víctima como del procesado. La omisión por parte de uno de éstos impedirá la aplicación y ejecución del método alternativo para solucionar el conflicto en el que estén inmiscuidos, ya sea al proponerlo o durante el decurrir de la actuación.

Por su parte, se requiere también de la existencia de obligaciones razonables y proporcionadas con el daño que se ocasionó y la infracción, es decir, prima el principio de proporcionalidad entre la lesividad del daño y la conducta sancionada por el Derecho Penal, ya sea delito o contravención.

Ante ello, es pertinente considerar que la Corte Constitucional del Ecuador en sentencia No. 025-16-SIN-CC de 06 de abril de 2016, manifestó: “...que el principio de proporcionalidad permite la existencia de una relación adecuada entre los medios de la potestad sancionatoria y las finalidades perseguidas por el Estado, logrando un equilibrio entre los beneficios que su implementación representa y los perjuicios que podría producir...”<sup>193</sup>.

A su vez, en la referida sentencia agregó: “...las autoridades públicas competentes deben realizar una cuidadosa tipificación de las conductas ilícitas y la medición razonable de sus consecuencias, a través de una gradación adecuada de las reacciones punitivas frente a los bienes jurídicos afectados y las lesiones causadas...”<sup>194</sup>.

Por último, en la Sentencia No. 3-21-OP/21 de 30 de junio de 2021 concluyó: “...por la proporcionalidad, la sanción no debería ocasionar más lesividad que la propia infracción...”<sup>195</sup>.

Así, se puede evidenciar que a través del principio de proporcionalidad genera la existencia de una relación apropiada entre los medios de la potestad sancionatoria estatal y los fines perseguidos por el Estado para reprimir y sancionar

192 Código Orgánico Integral Penal (COIP), publicado en el Registro Oficial 180 del 10 de febrero de 2014. Reformado.

193 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 025-16-SIN-CC de 06 de abril de 2016, p. 10.

194 Ibídem. p. 9.

195 Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 3-21-OP/21 de 30 de junio de 2021, párr. 32.

una conducta penalmente relevante, de lo cual se desprende el tipo de sanción que se le impondrá a un procesado declarado culpable por el cometimiento de un ilícito, según sea su clasificación en atención a la gravedad o al bien jurídico protegido contra el cual se causó un daño.

No obstante, la aplicación de un método alternativo de solución de conflictos previsto en el COIP también contempla y exige el requisito de proporcionalidad para su procedibilidad, aunque su enfoque radica en que, tras haberlo aceptado, el acuerdo al que llegaran las partes debe contener obligaciones razonables, es decir, que puedan ser cumplidas por las partes, o bien por el procesado concretamente, y proporcionadas con el daño ocasionado y la infracción, lo cual guarda estrecha sinergia con la posición descrita de la Corte Constitucional en la sentencia No. 025-16-SIN-CC, toda vez que se refiere a una medición razonable de las consecuencias que se pueden derivar con la tipificación de conductas penalmente relevantes respecto a los bienes jurídicos afectados y las lesiones causadas, con lo cual se logra deducir en caso de aceptar el método alternativo de solución de conflictos, el acuerdo al que lleguen las partes debe reparar el daño de forma equitativa y proporcional al tipo de delito que fue cometido y las consecuencias que por el mismo se generaron.

De allí que la Corte ha sido clara al manifestar que la sanción no debe ocasionar más lesividad que la propia infracción, aunque tratándose de los métodos alternativos previstos en el COIP, por lo general no se busca agravar las circunstancias para que se aumente una pena privativa de libertad, por ejemplo, sino que se basan en reparaciones económicas, indemnizaciones, trabajo comunitario, disculpas públicas, entre otros que la norma contempla y permite al llegar a un acuerdo entre las partes y recurrir a otras salidas alternas al conflicto penal, motivo por el cual el acuerdo, por regla general, si se está frente a un método alternativo de solución de conflictos, su sanción no ocasionará más lesividad que la propia infracción, y esto va de la mano también con respecto a la víctima, no solo al procesado al pretender agravar su pena, sino en el sentido que dicha lesividad podría, a su vez, llegar a afectar a la víctima si acaso no se la reparó respetando el principio de proporcionalidad, quien además de haber sufrido un daño o perjuicio por la conducta ilícita, tampoco ha sido reparada integralmente con el contenido de un acuerdo.

Por ello es que el COIP es claro al referir expresamente que, en cualquier momento de la actuación, las partes podrán retirar su consentimiento libre y voluntario; en el contexto que estamos tratando, durante la audiencia en la que se aborde la aplicación de dicho método alternativo, al escuchar el acuerdo propuesto por la parte accionada, o en caso que su propuesta no sea acogida o del todo considerada por el procesado y su defensa.

Por otro lado, el COIP determina que la participación del procesado no podrá ser utilizada como prueba de admisión de culpabilidad en procedimientos jurídicos ulteriores, lo cual quiere decir que si ya se llegó a un acuerdo a través de los métodos alternativos de solución de conflictos, que el procesado haya participado en esto no quiere decir que si luego se le inicia un proceso por haber cometido un delito, pudiendo ser del mismo tipo u otro, se tome en consideración y se pretenda practicar como prueba dicha participación para demostrarse o valerse de una supuesta culpabilidad, por lo cual, es competencia de la o el juzgador de la causa inadmitir una prueba basada en este supuesto pues caso contrario estaría contraviniendo norma expresa.

En el mismo sentido, en el COIP se encuentra previsto que, si acaso se incumple con un acuerdo arribado por un método alternativo de solución de conflictos, bajo ninguna circunstancia esto se podrá considerar como un fundamento para una condena o para la agravación de la pena, es decir, dicha acción no es susceptible de otra incriminación al procesado. Por ello es necesario que al resolver una causa en la que se propuso un método alternativo, la o el juzgador verifique y se cerciore que las partes no solo estén de acuerdo con lo propuesto sino también que ello sea cumplido en ese momento o que previamente ya se lo haya hecho.

Por ejemplo, en el caso de una persona aprehendida en flagrancia, a quien se le impuso prisión preventiva, las partes pueden proponer un acuerdo previo al cierre de la instrucción fiscal y se convocará a audiencia para conocer y resolver en base a dicho acuerdo. En ella, si la conducta penalmente relevante es susceptible de un método alternativo de solución de conflictos, las partes podrían llegar a un acuerdo, o puede que previamente hayan llegado a él y se lo hagan conocer al juez, por lo que le corresponde a éste, previo a ordenar la libertad del procesado y girar su boleta, verificar si en efecto se ha dado cumplimiento a lo acordado, con lo cual se evita incurrir en la posibilidad de un incumplimiento que pudiera devenir en la impunidad en contra de la víctima, quien jamás se verá reparada integralmente pese a la existencia de un acuerdo.

Cabe señalar que conforme se explicará más adelante, una de las reglas generales del método alternativo de solución de conflictos que prevé el COIP frente al incumplimiento del acuerdo al que arribaron las partes es que cuando la persona procesada incumpla cualquiera de las condiciones del acuerdo o transgreda los plazos pactados, a pedido de la o el fiscal o de la víctima, la o el juzgador convocará a una audiencia en la que se discutirá el incumplimiento y la revocatoria de la resolución de conciliación y la suspensión del procedimiento, así como en caso de que, en la audiencia, la o el juzgador llegue a la convicción de que hay un incumplimiento injustificado y que amerita dejar sin efecto el acuerdo, lo

revocará, y ordenará que se continúe con el proceso conforme con las reglas del procedimiento ordinario.

Es decir, con esto no se constituye un supuesto para la procedencia de una condena automáticamente o la agravación de la pena, sino que la norma textualmente determina que, en caso de incumplimiento, se revocará el acuerdo arribado entre las partes y dispondrá la prosecución del proceso atendiendo a las reglas del procedimiento ordinario.

Ahora bien, el Capítulo Segundo del Título X del COIP contempla expresamente a la CONCILIACIÓN como un método alternativo de solución de conflictos, cuyo Art. 663 prevé los delitos en los que se puede aplicar, así como aquellos en los que no y determina hasta qué momento procesal se puede proponer:

*...Art. 663.- Conciliación.- La conciliación podrá presentarse hasta antes de la conclusión de la etapa de instrucción fiscal en los siguientes casos:*

- 1. Delitos sancionados con pena máxima privativa de libertad de hasta cinco años.*
- 2. Delitos de tránsito que no tengan resultado de muerte, ni de lesiones graves que causen incapacidad permanente, pérdida o inutilización de algún órgano.*
- 3. Delitos contra la propiedad cuyo monto no exceda de treinta salarios básicos unificados del trabajador en general.*

*Se excluye de este procedimiento las infracciones contra la eficiente administración pública o que afecten a los intereses del Estado, delitos contra la inviolabilidad de la vida, integridad y libertad personal con resultado de muerte, delitos contra la integridad sexual y reproductiva y delitos de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar...<sup>196</sup>.*

De allí que en el Art. 664 del Código Ibídem, se establece: “...La conciliación se regirá por los principios de voluntariedad de las partes, confidencialidad, flexibilidad, neutralidad, imparcialidad, equidad, legalidad y honestidad...”<sup>197</sup>.

El primero de éstos está concatenado al numeral 1 del Art. 662 al referirse al consentimiento libre y voluntario de las partes, mientras que el principio de confidencialidad hace alusión que lo acordado o pactado en audiencia será de exclusivo conocimiento entre las partes y es ejecutable únicamente entre ellas. El principio

<sup>196</sup> Art. 663 COIP.

<sup>197</sup> Art. 664 COIP.

de flexibilidad es propio del método alternativo de solución de conflictos por cuanto lo que se busca con éste es que las partes lleguen a un acuerdo que, al cumplirse, se declarará la extinción del ejercicio de la acción penal.

Por su parte, el principio de neutralidad se dirige a la o el juez por cuanto debe actuar conforme derecho, considerando si lo propuesto es proporcional al tipo de delito y al daño causado a la víctima, más no de forma parcializada o a favor de una de las partes, lo cual guarda estrecha sinergia con los principios de imparcialidad, equidad y honestidad. Por último, la Corte Constitucional en Sentencia No. 37-19-IN/21 de 21 de diciembre de 2021, se ha referido al principio de legalidad de la siguiente forma:

*...Ahora bien, sobre el principio de legalidad o juridicidad, la Constitución, en el artículo 226, establece que “Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución” (énfasis agregado). De esta norma constitucional, este Organismo ha considerado que: “contempla constitucionalmente el denominado ‘principio de legalidad’, el mismo que esta Corte Constitucional advierte contiene un alcance ampliado, ya que actualmente se lo refiere como principio de estricta legalidad o principio de juridicidad de la administración pública, conformado por la legalidad formal en cuanto al ejercicio de las competencias y facultades atribuidas en la Constitución y la ley, así como por la legalidad material, ya que estas actuaciones deben efectivizar y garantizar los derechos constitucionales<sup>198</sup>.*

A su vez, en la Sentencia No. 17-14-IN/20 del 24 de junio de 2020, la Corte Constitucional manifestó:

*...Respecto del principio de legalidad, la Corte también ha sostenido que éste opera como límite del poder de la administración y técnica de control de la actuación administrativa, por lo que, la administración sólo podrá hacer lo que la ley le autorice, sin que pueda auto atribuirse poderes de actuación pues estos deben estar previamente atribuidos por una ley<sup>17</sup>. También ha señalado que este principio exige un comportamiento restrictivo por parte de quienes ejercen potestades públicas, conforme a estos parámetros: i) actuar con competencia y con las facultades otorgadas por la Constitución o la ley; ii) coordinar con otras entidades y órganos*

<sup>198</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 37-19-IN/21 de 21 de diciembre de 2021, párrafo 79.

*de la administración pública para lograr sus fines; y, iii) lograr el efectivo goce y ejercicio de los derechos...*<sup>199</sup>.

Por último, en la Sentencia 1364-17-EP/23, de fecha 21 de junio de 2023, la Corte Constitucional refirió: “...*el principio de legalidad es transcendental para el funcionamiento de la institucionalidad democrática del Estado y se compone de una dimensión formal que alude a la garantía de reserva de ley y una dimensión material que prevé el mandato de tipicidad...*”<sup>200</sup>.

**En contraste con lo descrito, el COIP también contiene las reglas generales para la conciliación como método alternativo de solución de conflictos, siendo éstos:**

*Art. 665.- Reglas generales.- La conciliación se sustanciará conforme con las siguientes reglas:*

- 1. La víctima y la persona investigada o procesada presentarán ante la o el fiscal la petición escrita de conciliación que contendrán los acuerdos.*
- 2. Si el pedido de conciliación se realiza en la fase de investigación, la o el fiscal realizará un acta en el que se establecerá el acuerdo y sus condiciones y suspenderá su actuación hasta que se cumpla con lo acordado. Una vez cumplido el acuerdo se archivará la investigación de acuerdo con las reglas del presente Código.*
- 3. Si el investigado incumple cualquiera de las condiciones del acuerdo o transgrede los plazos pactados, la o el fiscal revocará el acta de conciliación y continuará con su actuación.*
- 4. Si el pedido de conciliación se realiza en la etapa de instrucción, la o el fiscal sin más trámite, solicitará a la o al juzgador la convocatoria a una audiencia en la cual escuchará a las partes y aprobará la conciliación. En la resolución que apruebe el acuerdo ordenará la suspensión del proceso hasta que se cumpla con lo acordado y el levantamiento de las medidas cautelares o de protección si se dictaron.*
- 5. Cumplido el acuerdo, la o el juzgador declarará la extinción del ejercicio de la acción penal. 6. Cuando la persona procesada incumpla cualquiera de las condiciones del acuerdo o transgreda los plazos pactados, a pedido de la o el fiscal o de la víctima, la o el juzgador convocará a una audiencia en la que se discutirá el incumplimiento y la revocatoria de la resolución de conciliación y la suspensión del procedimiento.*

<sup>199</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 17-14-IN/20 de 24 de junio de 2020, párrafo 33.

<sup>200</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1364-17-EP/23 de 21 de junio de 2023.

7. *En caso de que, en la audiencia, la o el juzgador llegue a la convicción de que hay un incumplimiento injustificado y que amerita dejar sin efecto el acuerdo, lo revocará, y ordenará que se continúe con el proceso conforme con las reglas del procedimiento ordinario.*

8. *El plazo máximo para cumplir con los acuerdos de conciliación será de ciento ochenta días.*

9. *Durante el plazo para el cumplimiento de los acuerdos de conciliación se suspenderá el tiempo imputable a la prescripción del ejercicio de la acción penal y los plazos de duración de la etapa procesal correspondiente.*

10. *No se admitirá prórroga del término para cumplir el acuerdo.*

11. *Revocada el acta o resolución de conciliación no podrá volver a concedérsela...*<sup>201</sup>.

De lo dispuesto en el COIP, se logra colegir que la petición de conciliación debe hacerse de forma escrita y dirigirse hacia el fiscal, en la cual expondrán los acuerdos a los que han arribado las partes. Cabe puntualizar en que este requisito no guarda relación ni hace que prime el principio de oralidad que rige en el sistema procesal ecuatoriano, puesto que como ocurre hoy en día con el procedimiento abreviado en las causas penales, también se lo debe hacer por escrito y sin ello no se puede convocar ni instalar sus respectivas audiencias, lo cual inclusiva podría considerarse una mera formalidad por cuanto el acuerdo de las partes queda fijado no solo en el acta de audiencia sino también en la respectiva sentencia, por lo que este requisito no debe ser sine qua non sino más bien una aportación en la que queden plasmadas las intenciones de los sujetos procesales para resolver la Litis del proceso, sin que ello pudiera afectar o detener su prosecución y así descongestionar el sistema judicial en el país.

Ahora bien, si el pedido de conciliación se realiza en la fase de investigación, la o el fiscal realizará un acta en el que se establecerá el acuerdo y sus condiciones y suspenderá su actuación hasta que se cumpla con lo acordado. Una vez cumplido el acuerdo, la investigación será archivada. En este contexto, parece justificarse que la petición sea por escrito ya que el fiscal no convoca a audiencias y, por ende, no pudieran resolverse los dichos de las partes en ella, sino que se requiere de la petición debido a que esa será la prueba material para justificar el archivo de la investigación, en caso de haberse solicitado la conciliación durante esta fase investigativa.

<sup>201</sup> Art. 665 COIP.

Cabe señalar que, si el investigado incumple cualquiera de las condiciones del acuerdo o transgrede los plazos pactados, la o el fiscal revocará el acta de conciliación y continuará con su actuación. Por otro lado, si el pedido de conciliación se realiza en la etapa de instrucción, la o el fiscal sin más trámite, solicitará a la o al juzgador la convocatoria a una audiencia en la cual escuchará a las partes y aprobará la conciliación. En la resolución que apruebe el acuerdo ordenará la suspensión del proceso hasta que se cumpla con lo acordado y el levantamiento de las medidas cautelares o de protección si se dictaron. Debe recordarse que acorde a lo establecido en el Art. 663 del COIP, La conciliación podrá presentarse hasta antes de la conclusión de la etapa de instrucción fiscal.

Como previamente se mencionó, una vez que se ha cumplido con el acuerdo conciliatorio, la o el juzgador declarará la extinción del ejercicio de la acción penal, sin perjuicio que cuando la persona procesada incumpla cualquiera de las condiciones del acuerdo o transgreda los plazos pactados, a pedido de la o el fiscal o de la víctima, convocará a una audiencia en la que se discutirá el incumplimiento y la revocatoria de la resolución de conciliación y la suspensión del procedimiento.

En consecuencia, si en dicha audiencia la o el juzgador llegara a la convicción respecto a que existe un incumplimiento injustificado y que amerita dejar sin efecto el acuerdo, lo revocará, y ordenará que se continúe con el proceso conforme con las reglas del procedimiento ordinario.

En el mismo sentido, el COIP establece que el plazo máximo para cumplir con los acuerdos de conciliación será de ciento ochenta días y durante dicho plazo se suspenderá el tiempo imputable a la prescripción del ejercicio de la acción penal y los plazos de duración de la etapa procesal correspondiente. A su vez, expresamente determina que no se admitirá prórroga para cumplir el acuerdo y cuando se revoque el acta suscrita por el fiscal en caso de encontrarse en fase de investigación o en la resolución por estar en instrucción fiscal, no se podrá volver a conceder ni beneficiarse de una conciliación.

Ahora bien, la DISPOSICIÓN REFORMATORIA DÉCIMO CUARTA del COIP dispone que en el Código de la Niñez y Adolescencia se reforme lo siguiente:

*“26. Sustitúyase el inciso primero del artículo 345 por el siguiente:*

***Art. 345.- Conciliación.- El fiscal podrá promover la conciliación siempre que el delito sea sancionado con penas privativas de libertad de hasta diez años”**<sup>202</sup>.*

<sup>202</sup> Disposición Reformatoria Cuarta del Código Orgánico Integral Penal (COIP), Art. 345.

Es decir, en el contexto del Código de la Niñez y Adolescencia se encuentra prevista en las formas de terminación anticipada del juzgamiento de un adolescente infractor, tomando en cuenta la pena privativa de libertad del delito presuntamente cometido, esto es, que no supere los diez años. De allí que también se dispusieron las siguientes reformas:

...29. *Sustitúyase el artículo 347 por el siguiente:*

*Art. 347.- Conciliación promovida por el juzgador. El juzgador competente podrá promover un acuerdo conciliatorio, siempre que el delito sea sancionado con penas privativas de libertad de hasta diez años. Este se propondrá en la Audiencia de evaluación y preparatoria de juicio. Si se logra el acuerdo conciliatorio, constara en acta conforme al artículo anterior...*<sup>203</sup>.

...30. *En el artículo 348 sustitúyase el inciso segundo y tercero por los siguientes:*

*...El acuerdo conciliatorio alcanzado en audiencia de evaluación y preparatoria de juicio o la aprobación por parte del juzgador del acuerdo promovido por el fiscal son obligatorios y una vez cumplidos a cabalidad, ponen término al proceso. En caso de incumplir las obligaciones contenidas en el acuerdo, el juzgador competente continuará sustanciando el procedimiento inicial. El período de cumplimiento de las obligaciones contraídas en la conciliación, no se imputará para el cómputo de la prescripción de la acción...*<sup>204</sup>.

Entonces, el Art. 347 del Código de la Niñez y Adolescencia faculta a la o al juez competente de proponer la conciliación, considerando que bajo ninguna circunstancia la pena privativa de libertad del delito podrá superar los diez años. Este acuerdo conciliatorio será propuesto en la Audiencia de evaluación y preparatoria de juicio, de tal forma que, si las partes se encuentran conformes, se lo hará consta en la respectiva acta de audiencia suscrita por la o el actuario del despacho.

Consecuentemente, dicho acuerdo pone fin al proceso y, en caso de incumplimiento de las obligaciones derivadas por éste, la o el juzgador continuará con la sustanciación del procedimiento inicial. Cabe señalar que el periodo para que se cumplan las obligaciones de las surgidas por la conciliación, no será imputable para el cómputo de la prescripción de la acción.

<sup>203</sup> Ibídem, Art. 347.

<sup>204</sup> Disposición Reformatoria Cuarta del Código Orgánico Integral Penal (COIP), Art. 348.

La Corte Constitucional ha establecido en Sentencia No. 12-19-CN/19<sup>205</sup>, de fecha 12 de noviembre de 2019, respecto a la conciliación, lo siguiente:

*21. A diferencia de lo que sucede con la conciliación en delitos de acción privada, la conciliación en delitos de acción pública tiene límites establecidos por el legislador, específicamente por el artículo 663 del Código Orgánico Integral Penal. Dicha disposición normativa autoriza la conciliación hasta antes de la instrucción fiscal en ciertos delitos, pero excluye a otros delitos de acción pública que atenten, entre otros más, contra la integridad sexual y reproductiva de las personas.*

*35. Recuérdese, por tanto, que la conciliación es un mecanismo lato sensu para terminar el proceso y, si bien el juzgador tiene la facultad de facilitar un arreglo entre las partes (incluido el o la adolescente sobre su decisión de continuar o no la acción penal privada), el juzgador no puede bajo ningún concepto obligar a las partes a conciliar.*

*36. Tampoco el juzgador está autorizado para acudir a la conciliación como una forma de evasión de su carga laboral: la conciliación debe también ser una posibilidad para que los querellados asuman su responsabilidad en el marco que el juzgador considere como formas de reparación más adecuadas, que eviten un innecesario punitivismo estatal.*

*37. Por lo tanto, el rol del juzgador es fundamental en esta fórmula conciliatoria, tanto para escuchar a la víctima del ilícito penal, como al querellado. Es de tal importancia el rol que cumple dicho juzgador, que tal conciliación solo debe ser autorizada por aquel en ejercicio de una jurisdicción indelegable.*

*38. De esta manera, no está autorizado que tal conciliación se efectúe por terceros, tales como mediadores, árbitros o centros de métodos alternativos de solución de conflictos conforme determina la Constitución de la República en su artículo 190. Así, si el juzgador considera que el acuerdo conciliatorio no es aceptable, tiene plenas facultades para continuar con la tramitación de la causa, conforme lo dispone el artículo 649, segundo inciso, numeral 1 del COIP.*

*39. Por ello, se refuerza el criterio de que solo los jueces de garantías penales tienen competencia para aceptar fórmulas de conciliación en este tipo de infracciones penales y decidir sobre si a partir de tales fórmulas, se da por terminado el proceso. De esta manera, ninguna persona, tercero, entidad o institución por fuera de la función judicial, está autorizada ni tiene competencia para decidir sobre el caso, ni tampoco para procurar fórmulas de conciliación.*

---

<sup>205</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 12-19-CN/19, 12 de noviembre de 2019.

En consecuencia, se puede concluir que la Corte Constitucional del Ecuador considera a la conciliación como un mecanismo *lato sensu* para terminar el proceso, mismo que debe ser invocado por las partes, quienes jamás podrán verse obligadas por la o el juzgador para conciliar. Por lo tanto, la conciliación solo debe ser autorizada por aquel en ejercicio de una jurisdicción indelegable, es decir, por una o un juez.

En este contexto, el Código de la Niñez y Adolescencia contempla otro método alternativo de solución de conflictos como lo es la mediación. Frente a ello, la “*American Arbitration Association*” la ha definido como una reunión libre entre las partes procesales, sus defensas técnicas y un mediador para discutir la forma en cómo se pretende llegar a una solución ante el surgimiento de un conflicto, destacando el papel de gran relevancia que tiene el mediador por cuanto ayuda a las partes a explorar problemas, necesidades y opiniones, buscando la solución al problema de manera extrajudicial<sup>206</sup>.

A criterio del autor Redorta<sup>207</sup>, la mediación es un método alternativo no adversarial para solucionar conflictos, a través de la cual uno o más mediadores, que no tienen facultad de decisión, participan exclusivamente para facilitar la comunicación entre las partes que se encuentran en un litigio, con el objetivo que logren alcanzar, de forma voluntaria, una solución total o parcial al mismo.

Sin duda alguna, hoy en día es considerada como la forma líder de los métodos alternativos de solución de conflictos, que adquiere mayor relevancia debido al aumento de costos y la demora en los litigios procesales, de la mano con el hecho que evita el desgaste judicial y proporciona una solución favorable a las partes, de forma eficaz y célere. Pese a ello, no siempre es el remedio en la mayoría de los casos, salvo que por la ley expresa se permita recurrir a ella para resolver una disputa, con lo cual se puede afirmar que no se trata de una generalidad sino de una excepcionalidad que se encuentra supeditada a distintos criterios o circunstancias que pudieran llegar a imposibilitar su aplicación y procedencia, puesto que debe recordarse que la ley define concretamente en qué tipo de delitos se puede invocar.

Cabe señalar que la mediación es un proceso que se basa en la autodeterminación y el consenso entre las partes en disputa, aparejado a sus abogados o asesores si los tienen, quienes se reúnen con un tercero que es neutral, denominada mediador, con miras a exponer sus argumentos y lo que buscan con

<sup>206</sup> American Arbitration Association. “*A Guide to Commercial Mediation and Arbitration for Business People*”. 2013.

<sup>207</sup> REDORTA, Josep. “*Entorno de los métodos alternativos de solución de conflictos*”. 2009, p. 36.

ella. También es una actividad confidencial que permite a las partes considerar y analizar múltiples soluciones para sus casos particulares, llevándose a cabo en un ambiente seguro.

En lo que respecta al mediador, puede fomentar el uso de una negociación principista, en la que prevalezcan la razón y los criterios objetivos, así como comprobar la realidad de las nociones sostenidas, sus ventajas, riesgos y costos, sin descuidar que ello ayude a las partes a encontrar una solución aceptable para ambas. Entonces, la mediación tiene como objetivo construir una solución que sea útil, persista en el tiempo y vele por los intereses de ambas partes.

Con estos antecedentes, cabe señalar que dicha solución, que consta en una resolución como tal, es más completa que una sentencia o laudo arbitral, ya que el resultado favorece a ambas partes y da fin a la controversia judicial, siempre que su aplicación se encuentre definida expresamente en la ley.

La mediación no significa que el mediador dirá a las partes la solución o lo que deben hacer, ni sugerirá lo que a su juicio es más adecuado, porque esto les corresponde netamente a ellas, sin embargo, no es menos cierto que con la ayuda de un mediador podrán encontrar una solución que los satisfaga. Por lo tanto, siempre se debe tener en cuenta que el control de la solución recae en las partes implicadas.

En otras palabras, la mediación es un proceso en el que la voluntad es imprescindible para poder resolver los problemas de mutuo acuerdo y se diferencia tanto del arbitraje como de la determinación judicial en un juicio en el que el mediador o neutral no decide, no establece una decisión, por lo que se podría decir que se rige por los principios de autodeterminación y trabaja con un código ético.

El aludido Código de la Niñez y Adolescencia, en atención a la Disposición Reformatoria Décimo Cuarta del COIP, determina lo siguiente respecto a la mediación en el contexto penal:

*...Art. 348-a.- Mediación penal. La mediación permite el intercambio de opiniones entre la víctima y el adolescente, durante el proceso, para que confronten sus puntos de vista y logren solucionar el conflicto que mantienen. Podrá referirse a la reparación, restitución o resarcimiento de los perjuicios causados; realización o abstención de determinada conducta; y, prestación de servicios a la comunidad. Procederá en los mismos casos de la conciliación...<sup>208</sup>.*

<sup>208</sup> Disposición Reformatoria Cuarta del Código Orgánico Integral Penal (COIP), Art. 348-a.

En el ámbito del procesamiento y juzgamiento de adolescentes infractores, la mediación busca que las partes den a conocer sus puntos de vista u opiniones mientras dura el proceso y, con ello, darle solución al conflicto que mantienen, tomando en consideración las formas de reparación o resarcimiento de los daños que se causaron, ejecución o abstención de ciertas conductas, como evitar acudir al mismo lugar que la víctima o pagar determinada suma de dinero, de la mano con la contemplación de trabajo comunitario. Al igual que la en la conciliación en materia de adolescentes infractores, procede en delitos que no superen los 10 años de pena privativa de libertad, a diferencia de lo que establece el COIP en su artículo 663, es decir, hasta 5 años, con sus respectivas excepciones.

Es importante tener en cuenta que dicha contraposición nace por cuanto lo previsto en el Código de la Niñez y Adolescencia es para adolescentes infractores, a quienes el ordenamiento jurídico ecuatoriano les da un trato diferenciado y prioritario, buscando vías o métodos para su reintegro a la sociedad, sin embargo, mal podría considerarse la aplicación de un método alternativo de solución de conflictos en delitos que superen en demasía la pena privativa de libertad máxima prevista en el COIP, so pesar que el autor del delito sea un menor, por cuanto la lesión al bien jurídico protegido y la conducta penalmente relevante son las mismas que cualquier otro ciudadano, mayor de edad, pudo haber cometido.

A su vez, la Disposición Reformatoria Décimo Cuarta del COIP dispuso que a continuación del Art. 348 del Código de la Niñez y Adolescencia se agregaran los siguientes artículos:

*...Art. 348-b.- Solicitud. En cualquier momento hasta antes de la conclusión de la etapa de instrucción, cualquier sujeto procesal podrá solicitar al juzgador, someter el caso a mediación. Una vez aceptado, el juzgador remitirá a un centro de mediación especializado. Los padres, representantes legales o responsables del cuidado del adolescente participarán en la mediación en conjunto con los sujetos procesales...*<sup>209</sup>.

*...Art. 348-c.- Reglas generales. La mediación se regirá por las siguientes reglas:*

- 1. Existencia del consentimiento libre, informado y exento de vicios por parte de la víctima y la aceptación expresa, libre y voluntaria del adolescente.*
- 2. Si existe pluralidad de adolescentes o de víctimas, el proceso continuará respecto de quienes no concurren al acuerdo.*

<sup>209</sup> Disposición Reformatoria Cuarta del Código Orgánico Integral Penal (COIP), Art. 348-b.

3. *En caso de no llegar a un acuerdo, las declaraciones rendidas en la audiencia de mediación no tendrán valor probatorio alguno.*

4. *El Consejo de la Judicatura llevará un registro cuantitativo y sin datos personales del adolescente y sus familiares, en el cual dejará constancia de los casos que se someten a mediación y los resultados de la misma.*

5. *La mediación estará a cargo de mediadores especializados acreditados por el Consejo de la Judicatura.*

6. *El Consejo de la Judicatura organizará centros de mediación para asuntos de adolescentes.*

7. *Las notificaciones se efectuarán en la casilla judicial, domicilio judicial electrónico o en un correo electrónico señalado por los sujetos procesales.*

8. *El acta de mediación se remitirá al juzgador que derivó la causa al centro de mediación respectivo...*<sup>210</sup>.

*“...Art. 348-d.- Efectos de la mediación. Una vez cumplido el acuerdo, el juzgador declarará extinguida la acción penal. En caso de incumplimiento, se continuará con el proceso inicial.*

*Los plazos del acuerdo no se imputarán para el cómputo de la prescripción del ejercicio de la acción...*<sup>211</sup>.

De lo citado, se colige que al igual que lo previsto para solicitar una conciliación según el Art. 663 del COIP, en materia de adolescentes infractores, la mediación podrá ser requerida por cualquier parte procesal, en cualquier momento, hasta antes de la conclusión de la etapa de instrucción fiscal, con lo cual, una vez que se ha aceptado la propuesta, la o el juzgador remitirá a un centro de mediación especializado para que continúen con la prosecución de la causa en el ámbito de su materia, siendo un requisito sine qua non que los padres, representantes legales o aquellos quienes tienen a su cargo el cuidado del adolescente, que participarán en la mediación con el resto de sujetos procesales.

En el mismo sentido, se requiere del consentimiento libre, informado y exento de vicios de la víctima, así como la aceptación libre y voluntaria del adolescente infractor, no obstante, es relevante tener en cuenta que, si acaso existen algunas

<sup>210</sup> Disposición Reformativa Cuarta del Código Orgánico Integral Penal (COIP), Art. 348-c.

<sup>211</sup> *Ibíd.* Art. 348-d.

víctimas, o bien, algunos adolescentes infractores, se mantiene el hecho de continuar el proceso respecto a aquellos que no se encuentren conformes o concurren al acuerdo. Finalmente, se exige expresamente que la mediación la presidan mediadores especializados y acreditados por el Consejo de la Judicatura y que el acta de mediación se remita a la o al juzgador que derivó la causa al centro de mediación respectivo.

Por otro lado, tras haberse cumplido con el acuerdo arribado entre las partes, la o el juzgador procederá a la declaración de la extinción de la acción penal y, en caso de incumplirlo, se continuará con el proceso inicial, tomando en cuenta que los plazos de dicho acuerdo no serán imputables para computar la prescripción del ejercicio de la acción.

Finalmente, en el contexto de métodos alternos de solución de conflictos en materia penal, como la conciliación y mediación, es oportuno tener en cuenta los hechos en la Sentencia No. 12-19-CN/19, de fecha 12 de noviembre de 2019, en el que la Corte Constitucional se pronunció sobre la constitucionalidad del Art. 649 del Código Orgánico Integral Penal por el que se autoriza la terminación de procesos de acción penal privada mediante acuerdos conciliatorios, en lo atinente al delito de estupro.

El 19 de agosto de 2019, la jueza Tania María Haro Figueroa remitió a la Corte Constitucional una consulta de norma sobre la constitucionalidad del primer inciso del artículo 649 del COIP, que regula el funcionamiento de la audiencia de conciliación y la posibilidad de que en casos de delitos de acción privada, el querellante y el querellado puedan llegar a una conciliación y con ello, poner fin al proceso.

La norma jurídica, cuya constitucionalidad se consultó, se encuentra contenida en el primer inciso del art. 649 del COIP, cuyo texto es el siguiente:

*Art. 649.- Audiencia de conciliación y juzgamiento.- Una vez que concluya el plazo para la presentación de la prueba documental y anunciación de testigos o peritos, la o el juzgador señalará día y hora para la audiencia final, en la que el querellante y querellado podrán llegar a una conciliación. El acuerdo se pondrá en conocimiento del juzgador para que ponga fin al proceso.*

En lo principal, la jueza consultante señala que hay duda razonable sobre la constitucionalidad de la norma, por cuanto el delito de estupro se encuentra catalogado como un delito contra la integridad la integridad sexual y reproductiva por el COIP.

Señala que siendo el estupro un delito de acción privada, la posibilidad de llegar a un acuerdo conciliatorio es contrario a la materia de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, en donde según la jueza “no se aplica la mediación y/o arbitraje para conciliar entre las partes procesales”.

Añade que frente al cometimiento de un delito de estupro surgen interrogantes tales como la manera en que pueden ser reparados los derechos de la víctima adolescente y el deber del Estado establecido en el Art. 44 de la Constitución de la República para tutelar a este grupo de atención prioritaria.

Entre otras consideraciones explicativas, expresa que el derecho a la conciliación del que disponen las partes procesales, se contrapone a la especialidad en razón de la materia que se aplica en infracciones penales de violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar.

Concluye su exposición manifestando que existe una duda razonable entre la posibilidad de conciliar en los delitos de acción privada de estupro frente a posibles contradicciones con los principios de protección y derechos fundamentales de los adolescentes y de la mujer en su integridad sexual.

Ante ello, la Corte Constitucional manifestó que es fundamental identificar constitucionalmente cuál es el rol del adolescente/víctima en este proceso penal privado, incluso más allá de la actividad procesal que sus representantes ejerzan. Si aceptamos que las y los adolescentes quien han sido víctimas de ilícitos penales merecen protección reforzada por parte del Estado por su doble condición de vulnerabilidad, entonces también debe reconocerse tal condición en los delitos de acción privada.

En otras palabras, si la Constitución de la República reconoce en su Artículo 45 a las y los adolescentes, entre otros derechos, el derecho a ser consultados en los asuntos que les afecten, tal reconocimiento no puede ser desconocido ni pasado por alto, incluso, en los delitos de estupro, por quien ejerza la acción, concilie o desista de la misma.

Por lo tanto, la Corte determinó que es obligatorio para los jueces de la República que en todo proceso penal privado por estupro, se reconozca plenamente a las y los adolescentes, el derecho a ser consultados y escuchados sobre los efectos procesales que impliquen la conciliación como forma de extinguir la querrela.

En consecuencia, concluyó que la conciliación en delitos de acción privada por estupro es constitucional, siempre y cuando se interprete conforme a la Constitución de la República, es decir, tomando en cuenta lo desarrollado en los párrafos que anteceden.

A su vez, los miembros de la Corte Constitucional establecieron que la posibilidad de conciliar en delitos de acción privada conforme lo autoriza el artículo 649 del COIP en delitos de estupro, no es per se inconstitucional ni contraviene derecho constitucional alguno. Sin embargo, considerando que el legislador no ha hecho una mención específica al rol que los adolescentes deben cumplir en este acuerdo conciliatorio como víctimas de la infracción penal, resultaba necesario que la Corte efectúe una interpretación conforme del artículo 76 numeral 5 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Como resultado, el pleno de la Corte Constitucional resolvió:

1.1. La conciliación en procesos de acción penal privada iniciados por estupro, es constitucional, siempre y cuando se realice la **INTERPRETACIÓN CONFORME** del artículo 649 del Código Orgánico Integral Penal, de acuerdo a lo siguiente:

a) A las y los adolescentes, como sujetos pasivos de la infracción penal de estupro, debe garantizárseles el derecho de ser escuchados por el juzgador, cuando los querellantes y los querellados propongan fórmulas de conciliación para terminar el proceso penal.

b) En todo momento en que él o la adolescente sea escuchado, el juzgador debe garantizar que tal declaración no implique una re victimización, ni que esto implique colocar al adolescente en una posición de subordinación o de confrontación directa con el querellado. Es responsabilidad del juez, por lo tanto, actuar conforme a la sana crítica para tutelar adecuadamente el derecho constitucional contenido en el artículo 78 de la Norma Suprema, en concordancia con lo establecido en el artículo 45 de la Constitución de la República. Finalmente, los jueces no pueden obligar a ningún adolescente a emitir su opinión sobre la terminación del proceso penal, por fuera de su voluntad.

En razón de lo descrito, cabe señalar que esta sentencia de la Corte Constitucional buscó consigo garantizar el derecho al debido proceso de los menores víctimas de delitos, concretamente, del estupro, por cuanto exigió que se los escuchara si acaso se llegaran a proponer fórmulas de conciliación para terminar el proceso penal.

Respecto al debido proceso, el jurista autor **DR. MIGUEL ANTONIO HERNÁNDEZ TERÁN** ha manifestado: *"...Para nosotros, se trata efectivamente de un derecho fundamental, reconocido y garantizado en nuestra Constitución Política, y que tiene un ámbito de aplicación que desborda el campo estrictamente penal..."*<sup>212</sup>.

<sup>212</sup> HERNÁNDEZ TERÁN, Miguel Antonio. *"Derecho Constitucional"*. 1996, p. 75.

A su vez, afirma: "...Finalmente cabe decir que el cumplimiento de las normas del debido proceso constituye uno de los pilares del Estado de Derecho, y contribuye a incrementar la credibilidad de la población en la administración de justicia..."<sup>213</sup>.

## 2. Principio de oportunidad

El principio de oportunidad es una figura procesal prevista en el ordenamiento jurídico penal ecuatoriano, por el cual la o el fiscal, como titular del ejercicio público de la acción, tiene la posibilidad de abstenerse de iniciar la investigación penal o, si acaso ya la inició, desistir de ella en los casos previstos en el Art. 412 del COIP, siendo así:

...1. Cuando se trate de una infracción sancionada con pena privativa de libertad de hasta cinco años, con excepción de las infracciones que comprometen gravemente el interés público y no vulneren a los intereses del Estado;

2. En aquellas infracciones culposas en las que el investigado o procesado sufre un daño físico grave que le imposibilite llevar una vida normal..."<sup>214</sup>.

Acorde al autor Zambrano Pasquel<sup>215</sup>, el principio de oportunidad es la facultad reconocida constitucionalmente a la Fiscalía General del Estado para que, pese a la existencia de fundamentos para iniciar o seguir con la investigación penal, se abstenga o desista de ella, según las causales previstas en la ley.

Aparejado al criterio expuesto, el tratadista Maier<sup>216</sup> pone de manifiesto que este principio no es más que la posibilidad que tienen los órganos públicos, encomendados a la persecución penal, de prescindir de ella ante la noticia de un hecho punible e incluso frente a la prueba de su cometimiento.

Por su parte, Gómez Pavajeau<sup>217</sup> sostiene que el principio de oportunidad es aplicable en un marco mínimo cuantitativo y cualitativo, lo cual está aparejado a la noción de excepcionalidad frente a su aplicación, no obstante, se debe analizar si acaso ello es adecuado puesto que si se toma en cuenta el criterio de excepcionalidad referido, la descarga que debería efectuar al sistema de justicia penal

<sup>213</sup> Ibídem. p. 91.

<sup>214</sup> Código Orgánico Integral Penal (COIP), Op. Cit., Art. 412.

<sup>215</sup> ZAMBRANO PASQUEL, ALFONSO, *Estudio introductorio a las Reformas al Código de Procedimiento Penal*, 2009, p. 1.

<sup>216</sup> MAIER, JULIO, *Derecho procesal penal*, Tomo I, 2004, pp. 831-832.

<sup>217</sup> GÓMEZ PAVAJEAU, CARLOS, *La oportunidad como principio complementario del proceso penal*, 2da edición, 2007, p. 40.

sería mínima, por lo que vale entender que el principio de oportunidad no es equivalente a un mecanismo excepcional, sino a un contexto de complementariedad con los demás principios del Derecho Penal.

En virtud de lo expuesto, se puede afirmar que el principio de oportunidad constituye un mecanismo procesal al cual puede recurrir el titular de la investigación penal cuando se cumplieren los requisitos establecidos por la ley a fin de no iniciarla o desistir de ella. Sobre los delitos que versa este principio son aquellos conocidos como “de bagatela” o menores, por lo que su adecuada aplicación no solo ayudaría a descongestionar la carga procesal, sino que también resolvería rápidamente la situación jurídica entre la víctima y el sospechoso o procesado, contemplando la posibilidad que ambos tienen de beneficiarse: la primera con una reparación integral y el segundo con la libertad.

Finalmente, es importante señalar que el trámite para la aplicación del principio de oportunidad se encuentra en el Art. 413 del COIP<sup>218</sup>, el cual prevé:

*...Art. 413.- Trámite de la aplicación del principio de oportunidad.- A pedido de la o el fiscal, la o el juzgador convocará a una audiencia en la que las partes deberán demostrar que el caso cumple con los requisitos legales exigidos. La víctima será notificada para que asista a esta audiencia. Su presencia no será obligatoria.*

*En caso de que la o el juzgador no esté de acuerdo con la apreciación de la o el fiscal o constate que no se cumple con los requisitos, enviará dentro de los tres días siguientes a la o al fiscal superior, para que ratifique o revoque dicha decisión en el plazo de diez días contados desde la recepción del expediente.*

*Si se revoca la decisión, no podrá solicitar nuevamente la aplicación del principio de oportunidad y el caso pasará a conocimiento de otro fiscal, para que inicie la investigación o, en su caso, continúe con su tramitación. Si se ratifica la decisión, se remitirá lo actuado a la o al juzgador para que se declare la extinción del ejercicio de la acción penal.*

*La extinción del ejercicio de la acción penal por los motivos previstos en este artículo, no perjudica, limita ni excluye el derecho de la víctima para perseguir por la vía civil el reconocimiento y la reparación integral de los perjuicios derivados del acto.*

218 Código Orgánico Integral Penal, Op. Cit., Art. 413.

Por otro lado, de acuerdo a lo planteado en el COIP, no aplicarían ciertas conductas penalmente relevantes a esta institución procesal por su naturaleza y levisidad, mismas que se encuentran regladas en su Art. 412, incisos 3 y 4<sup>219</sup>:

*...La o el fiscal no podrá abstenerse de iniciar la investigación penal en los casos de delitos por graves violaciones a los derechos humanos y delitos contra el derecho internacional humanitario, delitos contra la integridad sexual y reproductiva, delincuencia organizada, violencia contra la mujer o miembros del núcleo familiar, trata de personas, tráfico de migrantes, delitos de odio, de sustancias catalogadas sujetas a fiscalización y delitos contra la estructura del Estado constitucional de derechos y justicia....*

*...Tampoco podrá el fiscal abstenerse de iniciar la investigación penal ni desistir de la ya iniciada en los casos de delitos contra la libertad personal. No podrá aplicarse el principio de oportunidad cuando la persona ha sido sancionada previamente por el cometimiento de otro delito que afecte al mismo bien jurídico protegido...".*

En este sentido, es clave inferir que la prohibición de aplicar el principio de oportunidad en los delitos y circunstancias previstas en el referido artículo radica en la gravedad del perjuicio que le han ocasionado a la víctima, más aún por cuanto violan derechos humanos, generando conmoción social y, en consecuencia, surge la exigencia de los ciudadanos para que se imponga una sanción penal prevista en la ley al responsable, atendiendo al principio constitucional y procesal de legalidad.

No es menos cierto que las conductas que afecten el interés público y los intereses del Estado, pese a tener una pena privativa de libertad menor a 5 años, no son susceptibles del principio de oportunidad; las razones, a criterio de este autor, podrían basarse una vez más en la gravedad del perjuicio en contra de la sociedad, agregándole la circunstancia radical de los intereses del Estado, mismos que se ven en peligro con el delito de defraudación tributaria, por ejemplo, que contempla la sanción de pena privativa de libertad de 1 a 5 años en 14 de los 20 casos enumerados en el Art. 298 del COIP y que, por ende, cumple con el tiempo de la pena para que se aplique el principio de oportunidad, sin embargo, como este tipo penal implica dejar de pagar los tributos que se deben a la Administración Tributaria, es decir, al fisco, directamente se ocasiona una afectación a la política económica del Estado, que incluye las finanzas públicas y el Presupuesto General de la Nación, por lo cual la distribución de los tributos para alcanzar el Plan Nacional de Desarrollo sería insuficiente y el gobierno no

<sup>219</sup> Código Orgánico Integral Penal, Op. Cit. Art. 412, incisos 3 y 4.

tendría recursos económicos para sustentar los gastos de los cuales el Estado se ve obligado a cumplir para que sus ciudadanos gocen del buen vivir garantizado en la Constitución de la República.

## Bibliografía

### Doctrina

AMERICAN ARBITRATION ASSOCIATION, *A Guide to Commercial Mediation and Arbitration for Business People*, 2013.

GARCÍA, Juan, “Los medios alternativos de solución de conflictos”, en *Revista Derecho y Sociedad*, ISSN 2079-3634, No. 16, 2001.

GÓMEZ PAVAJEAU, Carlos, *La oportunidad como principio complementario del proceso penal*, 2da edición, Nueva Jurídica, 2007, Bogotá.

HERNÁNDEZ TERÁN, Miguel Antonio. “*Derecho Constitucional*”. 1996.

MAIER, Julio, *Derecho procesal penal*, Tomo I, Editores del Puerto, 2004, Buenos Aires.

REDORTA, Josep, “Entorno de los métodos alternativos de solución de conflictos” en *Revista de Mediación*, No. 4, 2009.

ZAMBRANO PASQUEL, Alfonso, *Estudio introductorio a las Reformas al Código de Procedimiento Penal*, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2009, Quito.

### Legislación

Código Orgánico Integral Penal (COIP), publicado en el Registro Oficial 180 del 10 de febrero de 2014. Reformado.

### Jurisprudencia

Corte Constitucional del Ecuador, sentencia No. 025-16-SIN-CC de 06 de abril de 2016.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 37-19-IN/21 de 21 de diciembre de 2021.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 17-14-IN/20 de 24 de junio de 2020.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 1364-17-EP/23 de 21 de junio de 2023.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 12-19-CN/19, 12 de noviembre de 2019.

# LA GESTIÓN INTEGRAL DEL CUMPLIMIENTO NORMATIVO EN EL SISTEMA PENAL ESPAÑOL

NICOLÁS RODRÍGUEZ-GARCÍA<sup>220</sup>

Catedrático de Derecho Procesal Universidad de Salamanca

## I. Introducción

La delincuencia ‘moderna’, en particular por la dimensión económica de sus acciones y de los efectos derivados de la misma, y los intrincados entramados financieros para generar y conservar la riqueza que ésta produce, provoca, a su vez, que las organizaciones criminales tengan la necesidad de generar estructuras y mecanismos a través de los cuales ocultar, integrar al mercado legal, operar y reinvertir los recursos ilícitos obtenidos, así como los resultados que de los mismos se obtengan. Y es sabido que en los escenarios criminales más lesivos la persona jurídica ha sido utilizada por las organizaciones delictivas, apoyándose en los efectos sinérgicos y complementarios de las concreciones del desarrollo tecnológico (*blockchain*, inteligencia artificial, internet de las cosas, gemelos digitales, etc.)<sup>221</sup>, como pieza de su ingeniería financiera: los hechos ilícitos se producen ‘en’ o ‘con’ las personas jurídicas —o cuando menos “en su beneficio”<sup>222</sup>—, de ahí que cada día sea más frecuente encontrar en las diligencias penales algunas de ellas investigadas, encausadas, procesadas, acusadas y condenadas<sup>223</sup>,

---

220 ORCID ID 0000-0003-0045-796X y RESEARCHER ID A-8577-2017. Director, en la Universidad de Salamanca, del Grupo de Investigación “GIR: Justicia, sistema penal y criminología” (JUS-USAL). Codirector del “Máster Iberoamericano en *Compliance*”, del “Máster Iberoamericano en Justicia Penal” y del “Máster Iberoamericano en Políticas Anticorrupción”. Investigador del Centro de Investigación para la Gobernanza Global (CIGG-USAL). Este trabajo se ha elaborado en el marco de los Proyectos PID2019-107743RB-I00 y RED2022-134265-T del Ministerio de Ciencia e Innovación. Contacto: nicolas@usal.es | @nicolasUSAL.

221 *Vid.* KSHETRI, N., *The Rise of Blockchains. Disrupting Economies and Transforming Societies*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2022, págs. 31 y ss.

222 ‘Directo’ o ‘indirecto’, se materialice o no —porque cabe tomar en consideración expectativas, ventajas, etc.—, y ya se concrete o no en un contenido económico, tal y como se plantea en las SSTs 455/2017, de 21 de junio; 320/2022, de 30 de marzo; y 89/2023, de 10 de febrero.

223 *Vid.* a título ejemplificativo, a partir de casos emblemáticos brasileños —Lava Jato y, especialmente Odebrecht— con una proyección a nivel internacional acreditada a nivel dogmático, jurídico y judicial, FRIDRICZEWSKI, V., RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., *Repressão à corrupção no Brasil: dificuldades e desafios na utilização de novas ferramentas (uma especial referência à disciplina da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção)*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2024.

estándose produciendo una suerte de ‘aprendizaje forense’ sobre la marcha, al menos en nuestro sistema judicial<sup>224</sup>.

La proliferación de este tipo de criminalidad (fraude, corrupción, crimen organizado, narcotráfico, trata de personas, blanqueo de capitales...) y el interés que suscita su combate —y prevención<sup>225</sup>—, no solo al interior de los países, en los que se llegan a esgrimir inclusive amenazas a la seguridad nacional<sup>226</sup>, sino en la comunidad internacional por afectar al desarrollo y al crecimiento económico de las regiones<sup>227</sup>, han dado lugar a la existencia de figuras e instituciones antes ajenas al campo jurídico, las cuales han visto la luz a partir de la puesta en práctica de las estrategias político-criminales de enfrentamiento de estas clases de delincuencia<sup>228</sup>. Y ello podemos ejemplificarlo en nuestros días con la necesaria configuración de planes antifraude —y programas de cumplimiento normativo— para la mejor gestión de los fondos europeos *Next Generation*<sup>229</sup>.

224 Así se puede constatar en la lectura de la recientemente presentada *Memoria elevada al Gobierno de S. M. presentada al inicio del año judicial por el Fiscal General del Estado Excmo. Sr. D. Álvaro García Ortiz (Madrid, 2022)*, en la que entre muchas menciones al proceso penal de las personas jurídicas se señala por una Fiscalía (Huelva) “[...] la dificultad y falta de práctica para introducir en el proceso la responsabilidad de las personas jurídicas, observándose que en ocasiones se deja de dar traslado por los órganos de instrucción de la imputación a las empresas o sociedades contra las que también se dirige el procedimiento” (pág. 937).

225 Vid. FRIDRICZEWSKI, V., RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., *En busca de estrategias 360 anticorrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

226 Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J., “La corrupción como amenaza a la seguridad nacional”, *Revista Penal*, n.º 50, 2022, págs. 152 y ss.

227 LEO CASTELA, J. I., SÁNCHEZ MACÍAS, J. I., “Las políticas de integridad corporativa como política económica en la OCDE”, *Revista Finanzas y Política Económica*, vol. 13, n.º 1, 2021, págs. 143 y ss.

228 Vid. GÓMEZ TOMILLO, M., *Compliance penal y política legislativa. El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.

229 El Reglamento (UE) 2021/241 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 12 de febrero de 2021, *por el que se establece el Mecanismo de Recuperación y Resiliencia*, en su artículo 22 establece que los Estados miembros están obligados a proteger los intereses financieros de la Unión Europea, entre otras formas tomando medidas oportunas para prevenir, detectar y corregir el fraude, la corrupción y los conflictos de intereses. En nuestro país, para hacer efectivas las iniciativas planteadas en el “Plan España Puede”, las Administraciones Públicas deben adaptar los procedimientos de gestión y el modelo de control; así, algunas medidas de agilización se establecieron mediante el Real Decreto-Ley 36/2020, de 30 de diciembre, *por el que se aprueban medidas urgentes para la modernización de la Administración Pública y para la ejecución del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*. Además, en el desarrollo de un “sistema de gestión” que facilita la tramitación eficaz de las solicitudes de desembolso a los Servicios de la Comisión Europea, se ha aprobado la Orden HFP/1030/2021, de 29 de septiembre, *por la que se configura el sistema de gestión del Plan de Recuperación, Transformación y Resiliencia*, en cuyo artículo 6 se recoge la exigencia de tener que redactar un plan de medidas antifraude para cada organismo gestor de fondos del Mecanismo de Recuperación y Resiliencia (MRR), con el objetivo de asegurar la prevención, detección y corrección del fraude, la corrupción y los conflictos de intereses. Con relación a toda esta materia véase JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Integridad pública y prevención: a propósito del diseño y aplicación de las medidas de prevención en los planes antifraude en la gestión de fondos europeos”, en REGO VILAR, S. (coord.), *Auditoría y control de la respuesta al Covid-19 y de la implementación de la iniciativa Next Generation UE. XIV Encuentros técnicos de los OCEX de Santiago*

Aunque se considera que antaño ya se perfilaba como una medida de política criminal que se asomaba de forma tenue en el Código Penal de 1995<sup>230</sup>, la responsabilidad penal de las personas jurídicas, y con ella los programas de cumplimiento penal (*criminal compliance programs*), hizo su aparición en la legislación penal española en el pasado decenio a partir de las dos grandes reformas del Código Penal de 2010 y 2015, en las que, a través de los “modelos de organización y gestión”, de raigambre estadounidense<sup>231</sup>, se importaban estándares procedentes del marco de la autorregulación de las corporaciones privadas, las cuales buscaban establecer y capilarizar en las mismas una panoplia de principios y valores que, por su esencia, es contraria a cualquier tipo de incumplimiento legal<sup>232</sup>. Por tanto, una ‘cultura’ —vasta y duradera— y no simplemente un ramillete de procesos y procedimientos a conocer y ejecutar, temporalmente, por un limitado conjunto de actores más o menos cualificados<sup>233</sup>, requiriéndose, por ende, una adecuada institucionalización en las organizaciones<sup>234</sup>.

A partir de estos dos hitos, y con el acicate legal de que disponer de medidas de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos —o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión— puede llegar a suponer una exención de la responsabilidad penal<sup>235</sup>, esta temática ha cobrado importancia máxima atrayendo la atención del ámbito académico, del sector empresarial, de la comunidad internacional y, en general, del entorno vinculado a las organizaciones en cuanto a los alcances y formas apropiadas del sistema de intervención estatal<sup>236</sup>. Resulta, pues, evidente que, especialmente en el ámbito criminal, el papel de la persona jurídica se haya vuelto tan trascendente, captando el interés general

---

de Compostela. II Premio Carlos G. Otero Díaz, Aranzadi, Pamplona, 2022, págs. 102 y ss.; SUBIRANA DE LA CRUZ, S., FORTUNY CENDRA, M., “Implementación de medidas antifraude para la gestión de fondos Next Generation”, *La Administración Práctica: Enciclopedia de Administración Municipal*, n.º 6, 2022, págs. 67 y ss.; VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Riesgos penales en la gestión de los Fondos Next Generation UE”, *La Ley Penal*, n.º 162, 2023, págs. 1 y ss.

230 Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Pamplona, 2013, págs. 49 y ss.

231 Vid. DE PAIVA COSTA TANGERINO, D., “Compliance no direito penal de common law”, *Revista de Estudos Criminais*, n.º 73, 2019, págs. 77 y ss.; FLORES SCHÜTT, J., RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., *Desperdício do compliance penal no Brasil*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2024.

232 BACIGALUPO SAGGESE, S., “Compliance”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 21, 2021, págs. 265 y ss.

233 Vid. MORTON, J. C., “The development of a compliance culture”, *Journal of Investment Compliance*, vol. 6, n.º 4, 2005, págs. 59 y ss.

234 Vid. NIETO MARTÍN, A., “La institucionalización del sistema de cumplimiento”, en NIETO MARTÍN, A. (dir.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015, págs. 187 y ss.

235 En relación con las estrategias habidas para incorporar en los sistemas jurídicos los programas de cumplimiento normativo vid. SCANDELARI, G. B., *Compliance e Prevenção Corporativa de Ilícitos. Inovações e Aprimoramentos para Programas de Integridade*, Almedina, São Paulo, 2022, págs. 63 y ss.

236 Vid. DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., “Responsabilidad penal...”, *cit.*, págs. 49 y ss.

a consecuencia de percibirse las organizaciones como un foco de delincuencia, específicamente de aquella con propósitos económicos, por lo cual no están eximidas de ver cómo se le pueden imponer sanciones proporcionadas, efectivas y disuasorias, tal y como orientan las instituciones europeas<sup>237</sup>.

En este entorno complejo y enmarañado, el *compliance* se ha erigido como el instrumento a través del cual se promueve no solamente la autorregulación sino la actuación ética de la empresa; en otras palabras, el *compliance* se considera como la herramienta que posibilita que las organizaciones puedan cumplir con sus obligaciones normativas, prevengan riesgos de distintas especies y ejecuten una cultura de comportamiento ético, en una suerte de mutua retroalimentación y reciprocidad en los pensamientos y en las conductas<sup>238</sup>. Por ello, en el ámbito criminal, a partir de 2015 el cumplimiento corporativo ha arribado a la legislación penal española como un mecanismo tendente a la prevención —general y especial— de la criminalidad en el seno de la empresa, dando con ello muestras de la relevancia de los instrumentos institucionales en el desarrollo de una efectiva política criminal bifronte que en el Estado de Derecho coloque esquemas de promoción y protección de ideales como transparencia, ética, integridad y rendición de cuentas.

El protagonismo adquirido por la figura del *compliance* —o ‘compliance’<sup>239</sup>— como palanca de cambio para la vehiculización de una nueva política económica, jurídica e institucional mundial no debiera entenderse como una ‘moda’ coyuntural y efímera, puesto que su real importancia radica en el potencial no solo preventivo del delito sino como fuente de cultura de actuación ética de la organización y la posibilidad de advertir riesgos que impacten en su reputación.

Los programas de cumplimiento emulan los principios de transparencia y buen gobierno, de ahí que también se considere como la vía que conduce el actuar ético

<sup>237</sup> Vid. DE LA MATA BARRANCO, N. J., “El cumplimiento por el legislador español del mandato de la Unión Europea de sancionar a las personas jurídicas”, en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Pamplona, 2013, págs. 161 y ss.

<sup>238</sup> Tal y como estudian JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F., ROS MEDINA, J. L., VILLORIA MENDIETA, M., “Determinantes de la calidad del gobierno: una exploración de los gobiernos autonómicos españoles”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 180, 2022, págs. 68-69, con relación a la relevancia del comportamiento de los demás en el entorno social y organizacional, por un lado la confianza en los demás y en las principales instituciones políticas es un aspecto clave para dimensionar cómo de costoso es comportarse de manera oportunista frente al interés general; y, por otro, cuanto mayor es la percepción de abuso y corrupción y también más grande es la percepción de que los demás se comportan con oportunismo, más fácil es que un individuo justifique su propio comportamiento poco ético.

<sup>239</sup> SÁNCHEZ MACÍAS, J. I., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., “Estudio preliminar”, en RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (dir.), *Tratado angloiberoamericano sobre compliance penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 27 y ss.

y de autogobierno de la empresa, cuestiones que la posicionan como una herramienta de la máxima importancia en cuanto a la prevención del delito. Pero, al mismo tiempo, como el elemento que coloca a las personas jurídicas en el campo de la legalidad, del comportamiento ético y de la ejemplaridad, en el sentido de que ante los peligros inherentes a un mundo globalizado y digitalizado el marchamo de legalidad que se explicita con los *compliance programs* de las corporaciones tiene un notable efecto reputacional frente a terceros, tanto en sentido ‘positivo’ (confiabilidad) como ‘negativo’ (riesgos). Por ello, desde la perspectiva de la estructura empresarial, el *compliance* se ha interpretado como una institución que permite la organización y el desenvolvimiento de la actividad de la misma con apego al marco legal, en beneficio propio (directivos y empleados) y de terceros (proveedores, consumidores... y orden económico y empresarial).

Es importante resaltar que el *compliance*, como “instrumento de gestión de la desconfianza”<sup>240</sup>, forma parte de la agenda mundial 2030 al contribuir con el cumplimiento de las metas en las que se descompone el objetivo de desarrollo sostenible (ODS) número 16 (“Paz, justicia e instituciones sólidas”), relacionadas con el combate al soborno y a la corrupción en todas sus formas, así como a la lucha contra la delincuencia, estrategia en la que adquieren una relevancia significativa las consecuencias patrimoniales de los delitos, que por su volumen se convierten en un elemento contrario al desarrollo y al crecimiento económico de los países<sup>241</sup> y de las regiones más desfavorecidas<sup>242</sup>, con grave connivencia de los centros financieros extraterritoriales<sup>243</sup>; justamente por ello existe un empeño colectivo en maximizar los resultados de las políticas y acciones de recuperación de los activos robados<sup>244</sup>. No puede pasar inadvertida la forma en la que el ODS de referencia se posiciona como una condición posibilitante del resto de objetivos que integran la hoja de ruta mundial y a la que podemos considerar como

240 DARNACULLETA GARDELLA, M. M., “Consideraciones críticas sobre el *public compliance* como instrumento de gestión de la desconfianza”, *La Ley Compliance Penal*, n.º 6, 2021.

241 Vid. ALCALÁ AGULLÓ, F., JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F., *Los costes económicos del déficit de calidad institucional y la corrupción en España*, Fundación BBVA, Madrid, 2018, págs. 15 y ss.

242 Vid. ZANUTO ANDRADE SANTOS, H. C., FRAGA, G. J., “Corrupción, estructura productiva y desarrollo económico en los países en desarrollo”, *Revista de la CEPAL*, n.º 130, 2020, págs. 65 y ss.; VV.AA., *Seguimiento del ODS 16. Tendencias y datos clave*, UNODC, Nueva York, 2021, págs. 8 y ss.

243 Vid. ANDERSEN, J. J., JOHANNESSEN, N., RIJKERS, B., *Elite Capture of Foreign Aid. Evidence from Offshore Bank Accounts*, World Bank Group, New York, 2020.

244 Vid. BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., FABIÁN CAPARRÓS, E. A., RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (dirs.), *Recuperación de activos y decomiso: reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017; RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (dirs.), *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (coords.), *Decomiso y recuperación de activos «Crime doesn’t pay»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020; CORRAL ESCÁRIZ, V., *La localización de bienes en la UE y su aplicación en España. Fase clave de la recuperación de activos procedentes del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.

cláusula de cuarta generación<sup>245</sup>, que resulta la más innovadora y compleja de la Agenda al consolidarse como eje posibilitador del resto<sup>246</sup>.

Resulta evidente el nexo entre la visión común de la humanidad para el año 2030 y el surgimiento y desarrollo de figuras como el *compliance* debido a las bondades que puede aportar a las organizaciones empresariales en forma de (auto)blindaje ante el delito. Sin embargo, debemos apreciar claramente que cuando nos encontramos en los terrenos de los *compliance programs* no podemos centrarnos exclusivamente en lo que se ha entendido como cumplimiento normativo con énfasis en el ámbito penal y remitirnos simplemente a colmar el principio de legalidad, pues estaríamos ante un reduccionismo simplista, que impediría dimensionar la magnitud y alcances del *compliance*: además de ingredientes vinculados con la prevención de riesgos económicos y reputacionales para la empresa, la generación de una cultura ética organizacional entre sus miembros y la tendencia al buen gobierno corporativo en su estructura<sup>247</sup>.

El *compliance* es una figura que permite a la organización traspasar las fronteras del cumplimiento del marco normativo para extenderlo a un ámbito preventivo que posibilita evaluar riesgos económicos, reputacionales y delictivos con el propósito de contar con elementos suficientes y diseñar una estrategia para evitarlos y —en su caso— corregir situaciones que puedan suponer una amenaza para la misma. Dicho de otra forma: el *compliance* promueve la reputación de la organización como una práctica continuada, pero también contribuye a prevenir y evitar riesgos, lo que la convierte en un mecanismo anticipado ante un posible escenario, pertinente e individualizable en cada caso, minado de posibles vulnerabilidades, sean o no queridas por los actores —internos y externos— de la persona jurídica.

La conveniencia de contar con esta herramienta de protección de la organización es una de las razones para que el cumplimiento normativo se considere

<sup>245</sup> Vid. RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., PAHUL ROBREDO, M. G., “El ODS-16 en América Latina: condicionantes, retos y materiales para su estudio comparado”, en ARRABAL PLATERO, P., *Los ODS en la Justicia: El Derecho Procesal y la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 143 y ss.

<sup>246</sup> Vid. Vid. BELLOSO MARTÍN, N., “El ODS 16 en la agenda 2030: de la indefinición a algunas propuestas (iusfilosóficas) para su concreción”, *Quaestio Iuris*, vol. 13, n.º 4, 2020, págs. 1939 y ss.

<sup>247</sup> De hecho, para el caso de España, la Fiscalía General del Estado, en la Circular 1/2016, de 22 de enero, sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica 1/2015 [[https://www.boe.es/buscar/abrir\\_fiscalia.php?id=FIS-C-2016-00001.pdf](https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2016-00001.pdf)], ordena a los fiscales a conceder especial valor al descubrimiento de los delitos por la propia empresa, llegando hasta tener que solicitar la exención de la pena, tanto por el hecho de que la misma cuenta con un modelo de cumplimiento válido y eficaz como por evidenciarse con ello que el mismo está insertado en una cultura de cumplimiento corporativo.

un ingrediente muy socorrido en el desarrollo de políticas públicas dedicadas a enfrentar la delincuencia vinculada con el entorno empresarial, que por definición siempre tiene un móvil de carácter esencialmente económico. De ahí que la generalización de su estudio, diseño, implantación y control haya venido de la mano de los grandes lineamientos de organismos internacionales de base económica como el Banco Mundial<sup>248</sup> y la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico<sup>249</sup>, puesto que su mayor o menor éxito, junto a otros mecanismos preventivos y reactivos, en especial en materia de fraude y corrupción, darán o quitarán posiciones —absolutas y relativas— a los países en las mediciones de gobernabilidad<sup>250</sup> o de fortaleza del Estado de Derecho<sup>251</sup>.

El espacio de protección de las organizaciones a partir de los programas de *compliance* les permite contar con estrategias anticipatorias a la tutela jurídica del Estado porque llevan implícita la autorregulación —‘estimulada’ legalmente y, en ocasiones, ‘obligada’— y los controles internos como primera frontera ante los riesgos por comportamientos que puedan constituir una eventual amenaza para la persona jurídica. Una vez que se hayan traspasado los límites autoimpuestos en los controles de la organización, corresponderá al Estado someterlos a examen a través de la actividad jurisdiccional.

El *compliance* en el ámbito de la legislación penal ha venido cobrando importancia paulatinamente para la organización empresarial, transformándose poco a poco en un elemento que aporta valor a la misma toda vez que potencia el cuidado de

<sup>248</sup> Vid. HEILBRUNN, J. R., “The Fight Against Corruption: The World Bank Debarment Policy”, en MANACORDA, E., CENTONZE, F., FORTI, G., *Preventing corporate corruption: the anti-bribery compliance model*, Springer, New York, 2014, págs. 315 y ss.; SELVAGGI, N., “Las listas negras en el Banco Mundial: ¿Hacia un sistema global de sanciones?”, en NIETO MARTÍN, A., MAROTO CALATAYUD, M. (dirs.), *«Public compliance»: prevención de la corrupción en administraciones públicas y partidos políticos*, Universidad de Castilla-La Mancha, Cuenca, 2014, págs. 115 y ss.

<sup>249</sup> Vid. RIBES RIBES, A., “Retos del International Compliance Assurance Programme (ICAP) permanente de la OCDE como modelo de cumplimiento cooperativo multilateral”, *Crónica Tributaria*, n.º 182, 2022, págs. 91 y ss.; LEO CASTELA, J. I., SÁNCHEZ MACÍAS, J. I., “Las políticas de integridad...”, *cit.*

<sup>250</sup> Así sucede con los “Indicadores de Gobernabilidad” del Banco Mundial, quien utiliza como uno de ellos para ranquear más de doscientos países —y regiones— el “Índice de Control de la Corrupción”, que se utiliza para dimensionar las percepciones sociales acerca de que el poder público es ejercido en beneficio privado, siendo incluidas todas las formas de corrupción, así como la captura del Estado por parte de las élites y los intereses privados. Véase <https://info.worldbank.org/governance/cwgi/>.

<sup>251</sup> Vid. los reportes del “Índice de Estado de Derecho”, preparado por el *World Justice Project*, que mide el Estado de Derecho con base en las experiencias y percepciones tanto de la ciudadanía como de expertos de más de ciento veinte países, quienes puntúan, para prelación, ocho factores, entre ellos la “ausencia de corrupción”, factor que toma en cuenta algunas formas específicas de corrupción —sobornos, influencias indebidas por intereses públicos o privados y la apropiación indebida de fondos públicos u otros recursos— y su incidencia en los tres poderes, la policía y el ejército. Véase <https://worldjusticeproject.org>.

su reputación y la protege de las conductas delictivas tanto a nivel preventivo como también por la posibilidad de servir como paliativo en caso de fincamiento de responsabilidad penal —y civil— de la persona jurídica.

La tarea de desarrollar el programa de *compliance* de una entidad es tan especial que debe encargarse a una persona capaz de detectar debilidades y posibles riesgos reputacionales y económicos para la empresa y evitar que solamente lleve a cabo una interpretación ventajosa del marco normativo aplicable. Quién puede ser, o cuando menos quién no, este oficial de cumplimiento —*compliance officer*— es una de las muchas cuestiones controvertidas en materia de *compliance*<sup>252</sup>. Lo que sí es indubitado es que debe ser una persona neutral y al mismo tiempo experta, no solo en cuanto a la normativa aplicable sino a la actividad de la empresa y a sus características estructurales y peculiaridades; el plan que desarrolle deberá ser “personalizado”, es decir que se atenderá a las características y necesidades específicas de cada organización<sup>253</sup>. El oficial de cumplimiento, a través del programa de cumplimiento individualizado y exclusivo creado especialmente para una empresa, también debe dar pie a que se corrijan las debilidades y se eviten los riesgos. Por ello, el ejercicio del *compliance program* dentro de la empresa debe asignarse a una persona independiente e imparcial con respecto a la empresa y que sea capaz de generar y transmitir la cultura de integridad, transparencia y cumplimiento para el éxito y prosperidad de la organización. En suma, muchos requerimientos, amplios deberes y, como no podía ser de otra forma, una gran responsabilidad jurídica y judicial<sup>254</sup>.

El *compliance* deberá alcanzar e implicar a todos los integrantes de la organización, incluyendo también a las más altas esferas de la misma —los ‘apicales’—, lo que no es óbice a que en la fijación legal de los niveles de responsabilidad y de los presupuestos a ser satisfechos en la determinación de las eventuales consecuencias jurídicas por hechos desviados se produzca una estratificación y jerarquización entre las personas de la organización<sup>255</sup>.

252 Vid. GÓMEZ MARÍN, V., “El *compliance officer* en los modelos de prevención de delitos: siete preguntas, ¿sin respuesta?”, *La Ley Compliance Penal*, n.º 1, 2020.

253 Vid. DE LA MATA BARRANCO, N. J., “El órgano de control permanente de la persona jurídica (oficial de cumplimiento) en el marco de la responsabilidad penal corporativa”, *Revista Penal México*, n.º 21, 2022, págs. 2 y ss.

254 Vid. NAVARRO, J. (dir.), *El compliance officer, ¿un profesional en riesgo? Perspectiva penal, empresarial, procesal, de la fiscalía y jurisprudencial*, Profit Editorial, Barcelona, 2018.

255 Vid. BOLDOVA PASAMAR, M. A., “Naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento”, *Revista General de Derecho Penal*, n.º 37, 2022, págs. 18 y ss.; NEIRA PENA, A. M., *La defensa penal de la persona jurídica. Representante defensivo, rebeldía, conformidad y compliance como objeto de prueba*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018, págs. 194 y ss.

Ante la necesidad de acreditar que se cuenta con un programa de cumplimiento y que el mismo se encuentra actualizado y vigente, se vuelve un factor fundamental como mecanismo para poder determinar en qué medida la entidad ha cumplido con los deberes de supervisión, vigilancia y control de la actividad de sus miembros.

La prueba relativa a los programas de cumplimiento normativo que suponen la materialización de la parte del *compliance* dedicado al ámbito penal principalmente, permitiría evidenciar si existe diligencia en su implementación y si la empresa efectivamente está cumpliendo con sus obligaciones; en tal virtud abarca de forma genérica al cumplimiento de los deberes de supervisión y control y, además, de manera puntual y específica se centra también en la actividad empresarial concreta en la que se han dado los hechos considerados como posibles delitos.

## II. Análisis holístico del cumplimiento normativo penal

Aproximarse de manera correcta a una institución compleja como el *compliance* requiere integrar —y poner en diálogo— saberes y expertos de distintas disciplinas y ámbitos de conocimiento, por mucho que la socialización y divulgación de la cultura del *compliance* se haya llevado a cabo por mor del empuje de áreas jurídicas y, entre ellas, con claro liderazgo de la rama penal. En España, y en otros muchos países, podríamos preguntarnos qué habría sido del forjamiento de esa cultura si en tiempos recientes no se hubieran reformulado postulados penales clásicos —*v. gr.*, el '*societas delinquere non potest*'— y cambiado el articulado de normas sancionatorias de referencia para dar cabida a manifestaciones de una 'justicia colaborativa'<sup>256</sup> —no sólo penal—, que a día de hoy tiene como un claro exponente a los programas de cumplimiento.

Ahora bien, una vez construida en conjunto la 'teoría general' del *compliance*, su aplicación se lleva a cabo de manera particularizada en sectores de actividad, tanto del tradicional ámbito privado como del más novedoso público<sup>257</sup> —en el que la ética institucional del Estado se presupone<sup>258</sup>—, en campos variopintos donde puede actuar la persona jurídica (tributario, penal, medioambiental, competencia, bancario, laboral, urbanismo, contratación, comunicación, tercer sector...) y sin

<sup>256</sup> Vid. RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (coords.), *Compliance y justicia colaborativa en la prevención de la corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.

<sup>257</sup> Vid. CASTILLO BLANCO, F. A. (coord.), *Compliance e integridad en el sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; CAMPOS ACUÑA, M. C. (dir.), *Guía práctica de Compliance en el sector público*, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2020; SUBIRANA DE LA CRUZ, S., FORTUNY CENDRA, M. (dirs.), *Compliance en el sector público*, Aranzadi, Pamplona, 2020.

<sup>258</sup> FERRÉ OLIVÉ, J. C., "Compliance anticorrupción", *Revista Penal*, n.º 50, 2022, pág. 99.

que importe en demasía el tamaño que tenga<sup>259</sup>, salvo en casos extremos<sup>260</sup>. Por tanto, el *compliance* involucra diversos ámbitos y distintas áreas del conocimiento que debemos entender a la luz de los tiempos a los que corresponde la creación de esta figura y en el contexto dentro del que ha surgido y se ha desenvuelto en el que la nota distintiva es la falta de certeza, acrecentada por un generalizado desarrollo tecnológico y digital. Una sociedad, caracterizada por los riesgos y las inseguridades<sup>261</sup>, puede experimentarlo como un fenómeno natural pero también como fruto del actuar humano que da lugar a amenazas o peligros de diversas clases, intensidades y efectos.

Además, se requiere hacer un enfoque transdisciplinar de la figura del *compliance* que pueda permitir sostenerlo como elemento transversal que debe estudiarse en clave de 'sistema', para con ello generar una visión holística del mismo debido a la implicación de diferentes campos en torno a sujetos de derecho como las personas jurídicas, en las que se cataloga a todo tipo de entidades colectivas con estructuras organizacionales, dimensiones, características, actividades y propósitos distintos; inclusive, en el campo penal español, si así se hubiera procedido no se habrían generado las disonancias, inconsistencias y urgencias legislativas a partir de la reforma penal de 2010 a consecuencia del 'olvido' legal de que la decisión de sumar a las personas jurídicas al elenco de posibles sujetos responsables penales requería, en paralelo, definir su estatuto jurídico-procesal<sup>262</sup>.

El *compliance* es una figura concebida para alcanzar a todas las organizaciones a partir del presupuesto de que la esencia misma —variopinta y compleja de las personas jurídicas y el entorno que las acompaña— es todo menos homogéneo, y ese es uno de los retos de la complianza: implantar desde raíz una cultura organizacional —extendida entre todos los miembros de la organización— apegada al comportamiento ético, operando con estructuras que hagan posible el

<sup>259</sup> Vid. VV. AA., *Guía de implementación de compliance para pymes. Manual práctico de implementación*, Sepin, Madrid, 2019; SÁNCHEZ MACÍAS, J. I., LEO CASTELA, J. I., *Compliance tributario para pymes según la Norma UNE 19602*, AENOR Ediciones, Madrid, 2020; SERRANO DE NICOLAS, Y., CONESA ALAGARDA, M., ALBALÁ GONZÁLEZ, A., *Compliance penal para pymes según la Norma UNE 19601*, AENOR Ediciones, Madrid, 2020.

<sup>260</sup> Eso sucede cuando a consecuencia del tamaño tan reducido de la estructura corporativa carece de sentido exigir en paralelo responsabilidades al gestor y a la sociedad por ausencia de mecanismos internos de control. Con relación a ello véase la STS 264/2022, de 18 de marzo.

<sup>261</sup> Vid. RAMOS TORRE, R., *De la sociedad del riesgo a la sociedad de la incertidumbre*, en LUJÁN LÓPEZ, J. L., ECHEVERRÍA, J. (coords.), *Gobernar los riesgos: ciencia y valores en la sociedad del riesgo*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2009, págs. 35 y ss.

<sup>262</sup> Vid. RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., "Adecuación del proceso penal español a la fijación legal de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas", *Revista Penal*, n.º 35, 2015, págs. 139 y ss.; GIMENO BEVIÁ, J., *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, Civitas, Madrid, 2016; NEIRA PENA, A. M., *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017, págs. 131 y ss.

buen gobierno corporativo, en un entorno de detección y prevención de posibles riesgos en distintos ámbitos entre los que destaca especialmente la comisión de conductas delictivas.

Uno de los elementos que más destaca es precisamente la cultura organizacional debido al papel fundamental que desempeña, inclusive cuando hablamos de cumplimiento normativo, pues es el ecosistema dentro del cual se traza un parámetro estandarizado de acciones que se encuentran previamente estipuladas y difundidas entre todos los miembros de la organización, que no se circunscriben exclusivamente a conductas delictivas y orientan el comportamiento colectivo e individual en la actividad —estructura, gestión y operación— de la empresa en todas sus dimensiones y ámbitos.

Podemos encontrar las directrices sobre el *compliance* en el campo penal a partir de organismos como la OCDE, específicamente a través del Convenio de lucha contra la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales de 1997, y Naciones Unidas, con la Convención contra la corrupción de 2004. Estos instrumentos hallan eco en los sistemas de normalización dedicados al *compliance* y que podemos observar, por ejemplo, en los estándares de las normas ISO (*International Organization for Standardization*) y UNE (Una Norma Española), creados con la finalidad de ayudar a las empresas a establecer unos niveles de homogeneidad en relación con la gestión, la prestación de servicios y el desarrollo de productos en la industria. Sin embargo, las organizaciones resultan tan diversas y complejas que no es posible establecer un parámetro capaz de abarcar todo lo relativo al cumplimiento legal y, en tal virtud, las normas que existen actualmente se han decantado por dedicarse especialmente a la promoción de principios o protocolos básicos de actuación que puedan tener cabida en todas las empresas sin importar su estructura o dimensiones a través de las cuales se pueda llevar a cabo la promoción de los sistemas de *compliance* y lograr que efectivamente se realice la evaluación continua.

Existen otras tendencias enfocadas en la gestión del riesgo, como la que proviene del Comité de las Organizaciones Patrocinadoras de la Comisión Treadway (COSO) y que proporciona una categorización de elementos esenciales para realizar el control interno: (i) existencia de un ambiente de control en el que todos los integrantes sepan y entiendan que sus actos son sometidos a control; (ii) evaluación del riesgo en la que se determinan los objetivos y tolerancias ante los riesgos y se identifican las clases de amenazas que puedan surgir; (iii) actividades de control que abarcan no solo el diseño sino además la implementación de las mismas; (iv) información y comunicación bidireccional entre los miembros de la organización al interior, junto con un contacto con el exterior; y (v) actividades

de supervisión cuyo propósito radica en la evaluación de los problemas y en la posibilidad de corregir las deficiencias.

A partir del conjunto de directrices y parámetros establecidos en los distintos instrumentos, los legisladores nacionales han edificado el marco normativo —y político— del *compliance*<sup>263</sup>. En este sentido, debemos tener presente que no existe un modelo único de abordaje del *compliance* y, además, las tradiciones y los sistemas jurídicos en los que se va a insertar son distintos y de seguimiento disforme<sup>264</sup>. No hay unidad doctrinal en cuanto a la esencia del *compliance* y menos en cuanto a la forma en que debe realizarse, lo que ha contribuido a dar lugar a una diversidad de sistemas de implementación en las legislaciones de los distintos países que han acogido esta figura, sin que ni tan siquiera podamos colegir grandes patrones comunes entre regiones<sup>265</sup>, ni en su tratamiento general<sup>266</sup> ni vinculado a la responsabilidad —penal, o no— de las personas jurídicas<sup>267</sup>.

Al lado de los modelos internacionales encontramos en España instrumentos surgidos en el seno de la Comisión Nacional del Mercado de Valores que a partir de 1998 en su informe para el estudio de un código ético de las consejos de

<sup>263</sup> Vid. SÁIZ PEÑA, C. A., *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.

<sup>264</sup> Vid. GÓMEZ COLOMER, J. L., “Introducción: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el control de su actividad: Estructura jurídica general en el Derecho Procesal Penal español y cultura de cumplimiento (*Compliance Programs*)”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, págs. 27 y ss.

<sup>265</sup> Bien es verdad que el liderazgo en la definición y actualización de la estrategia —a seguir— en materia de responsabilidad de las personas jurídicas, no sólo penal, siempre procede de Estados Unidos y de su Departamento de Justicia. De hecho, este 15 de septiembre de 2022 la Fiscal General Lisa O. Monaco ha hecho público un memorándum (*Further Revisions to Corporate Criminal Enforcement Policies Following Discussions with Corporate Crime Advisory Group*) con el nuevo enfoque que han de seguir los fiscales estadounidenses en la depuración de responsabilidades por hechos delictivos cometidos por empresas, manteniéndose la prioridad de identificar y responsabilizar a las personas físicas, tanto a consecuencia del desarrollo de procesos completos como de la suscripción de acuerdos negociados, en los que los programas de cumplimiento desempeñan un papel fundamental, al ser esencial en las organizaciones tener una cultura corporativa que disuada el comportamiento ilegal e incentive —y recompense— las acciones éticas. Sobre ello véase MACHADO DE SOUZA, R., RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., *Justicia negociada y personas jurídicas. La ‘modernización’ de los sistemas penales en clave norteamericana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022, págs. 144 y ss.

<sup>266</sup> Vid. RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (dir.), *Tratado angloiberoamericano sobre compliance penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021; SANTANA LORENZO, M. (dir.), *Guía práctica de compliance internacional*, Aranzadi, Pamplona, 2020; GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019; LACERDA DA COSTA PINTO, F. de, LLEDÓ BENITO, I., PEREIRA COUTINHO, F. (dirs.), *Compliance y lucha contra la corrupción en España, Portugal e Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 2022.

<sup>267</sup> Vid. WORLD COMPLIANCE ASSOCIATION, *Guía de Legislación comparada en materia de responsabilidad penal*, WCA Internacional, Madrid, 2022 [[https://worldcomplianceassociation.com/documentacion/Guía\\_de\\_legislacion\\_comparada\\_en\\_materia\\_de\\_responsabilidad\\_penal\\_2022.pdf](https://worldcomplianceassociation.com/documentacion/Guía_de_legislacion_comparada_en_materia_de_responsabilidad_penal_2022.pdf)].

administración de las sociedades —Comisión Olivencia— y del informe para el fomento de la transparencia y seguridad en los mercados y sociedades cotizadas —Comisión Aldama—, han dado lugar a diversos códigos éticos a través de los cuales se han adentrado los programas de cumplimiento, de forma voluntaria, para las empresas cotizadas. La última versión del Código de Buen Gobierno de las Sociedades Cotizadas de 2020, que conserva la voluntariedad sujeta al principio de ‘cumplir o explicar’ de sus antecesores, los dota de una flexibilidad que puede calificarse de extrema. Lo cierto es que sirve de complemento a las normas legales de obligado cumplimiento previstas en las distintas ramas en las que se disponen de cuestiones de obligado cumplimiento<sup>268</sup>.

Nos enfrentamos, entonces, a la multiplicidad de normas aplicables y al desafío que supone hacerse una idea completa de las previsiones relativas a la empresa que tengan relación o impacto con el ejercicio de *compliance* que ésta debe llevar a cabo, situación que supone la necesidad del desarrollo de una buena técnica legislativa y aplicación de principios de mejora regulatoria para evitar fragmentaciones, disposiciones que se solapan o contradicen, tratándose de evitar la utilización de conceptos que puedan resultar indeterminados o que den margen a la posibilidad de distintas interpretaciones.

Y es que dentro de los textos legales podemos ver la figura del *compliance* aderezada con diversos términos (eficacia, gravedad, adecuación, seguridad, idoneidad...) que pueden dar lugar a dudas y divergencias, no solo en cuanto a la adopción de procesos, procedimientos y asignación de funciones dentro de la organización que *ex ante* los satisfagan, sino en relación a su implementación, ejecución y, especialmente, en el momento —*ex post*— en que se requiera acreditar que se han verificado positivamente esas adjetivaciones que acompañan y deben integrar el cumplimiento normativo<sup>269</sup>, que también hace uso del desarrollo digital —con sus propias limitaciones y riesgos<sup>270</sup>—, las cuales requieren de

268 Por la actualidad de los datos aportados con relación al sector privado español, y la relevancia que tiene el “cumplimiento normativo” en su organización y actuaciones, trascendiendo de su concepción como una cultura —abstracta— dando paso a un elenco de pautas de actuación que puedan guiar el correcto proceder en la actividad empresarial —en concreto—, véase TRANSPARENCY INTERNATIONAL ESPAÑA, *Transparencia de la Información Corporativa. TRAC-España 2022. Índice de Transparencia Corporativa en Integridad, Cumplimiento y Derechos Humanos de las Empresas del IBEX-35*, Transparency International España, Madrid, 2022 [<https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2022/04/TRAC-ESPANA-2022-TI-E.pdf>].

269 Es decir, un satisfactorio ciclo completo, continuo y efectivo de las tres “C”: “Comunicación” —*from top to bottom*—, “Confirmación” —*right or wrong*— y “Corrección” —*effective*—. Véase WALLACE, L., LIN, H., CEFARATTI, M. A., “Information Security and Sarbanes-Oxley Compliance: An Exploratory Study”, *Journal of Information Systems*, vol. 25, n.º 1, 2011, págs. 185 y ss.

270 Vid. MESEGUER YEBRA, J., “Más transparencia para una Administración algorítmica”, *Diario El País*, 14 de septiembre de 2022 [<https://elpais.com/tecnologia/2022-09-14/mas-transparencia-para-un-a-administracion-algoritmica.html>]; FUENTES SORIANO, O., “El valor probatorio de la información

específicas reglas para su valoración judicial<sup>271</sup>. Entrados en este punto, conviene destacar la necesidad de preparación y formación de los distintos operadores jurídicos en el dominio de los asuntos relacionados con el *compliance* y que implican necesariamente a grupos profesionales como los abogados de empresa, peritos y oficiales de cumplimiento, que van a requerir que indispensablemente existan procesos de formación reglada y de acreditación oficial de conocimientos que aporten los elementos necesarios para la correcta comprensión, construcción, implementación y evaluación de las actividades vinculadas al *compliance* desde distintas perspectivas y de acuerdo al rol que desempeñen las personas involucradas<sup>272</sup>. Específicamente, cabe resaltar la cualificación que deberá tener el oficial de cumplimiento y los alcances de su responsabilidad dentro y fuera de la organización<sup>273</sup>.

Con carácter previo ya hemos alertado de la necesidad de que los oficiales de cumplimiento que sean elegidos reúnan las exigencias de independencia, autonomía y neutralidad, que sean conocedores del *compliance* y de todos los elementos esenciales que lo componen, pero que al mismo tiempo sean conocedores de la actividad y el sector en el que se desenvuelve la empresa para que tenga la posibilidad de generar un programa específico y *ad hoc* en la organización con la que colabora, que sea adecuado para desarrollar toda una cultura organizacional del cumplimiento a través de la implementación de protocolos y procedimientos aplicados por todos los miembros de la entidad y aplicables a terceros y que resulten eficaces en la medida en que logren adecuarse a la prevención y detección de la comisión de ciertos delitos.

El dinamismo, por ende, resulta una nota distintiva de los programas de cumplimiento, rechazándose de plano los ‘*paper compliance*’ —programas cosméticos—,

---

digital captada por el empresario: grabaciones y comunicaciones electrónicas”, en FUENTES SORIANO, O., *Tecnología y proceso. Problemas procesales en un mundo digital*, Aranzadi, Pamplona, 2022, págs. 20 y ss.; GÓMEZ COLOMER, J. L., “Derechos fundamentales, proceso e Inteligencia Artificial: una reflexión”, en CALAZA LÓPEZ, S., LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., *Inteligencia artificial legal y la administración de justicia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022, págs. 264 y ss.; LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., “Inteligencia artificial, valoración del riesgo y derecho al debido proceso”, en CALAZA LÓPEZ, S., LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., *Inteligencia artificial legal... cit.*, págs. 373 y ss.; BARONA VILAR, S., *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021, págs. 390 y ss.

271 Vid. NEIRA PENA, A. M., “La prueba pericial en los delitos económicos. De la pericial contable al perito de *compliance*”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL, 2020, págs. 705 y ss.

272 Vid. LEO CASTELA, J. I., *El perito en Compliance. La ineludible intervención del experto en la administración de justicia penal frente a organizaciones y empresas*, Aranzadi, Pamplona, 2022, págs. 15 y ss.

273 Vid. LIÑÁN LAFUENTE, A., *La responsabilidad penal del compliance officer*, Aranzadi, Pamplona, 2019; TURIENZO FERNÁNDEZ, A., *La responsabilidad penal del compliance officer*, Marcial Pons, Madrid, 2021; VELASCO PERDIGONES, J. C., *La responsabilidad civil del Compliance Officer*, Aranzadi, Pamplona, 2022.

lo que supone que, en la medida de lo posible, todos los esquemas de cumplimiento deben mantenerse actualizados, ser pertinentes y estar vigentes permanentemente. Así, nunca se puede perder de vista que entre sus propósitos se encuentra el de identificar en todo momento riesgos de toda índole que permita a la organización prevenirlos *pro futuro*, organizando barreras tempranas en su detección y actuación<sup>274</sup>, en muchas ocasiones enmendando y corrigiendo fallos ínsitos en su estructura, organización y recursos humanos.

### III. Asimetrías e insuficiencias en la adopción de la cultura del *compliance*

La posibilidad de que pueda atribuirse responsabilidad penal a una empresa entraña un riesgo que puede tener efectos colaterales de distinta índole (laborales, económicos, reputacionales...), pudiendo condicionar en gran medida la supervivencia de la entidad. Esta amenaza que se ciñe sobre la organización actúa como un poderoso incentivo en pro de la autorregulación; visto así, se percibe no tanto como un 'fin' en sí mismo sino más bien como un 'medio': verse exonerada o atenuada la persona jurídica con relación a las eventuales consecuencias jurídicas penales — ¿y civiles?<sup>275</sup> — que le puedan ser impuestas por una resolución judicial. Tal circunstancia ha evidenciado nítidamente la imperiosa necesidad de la profesionalización y especialización del sector y sus operadores para evitar inercias, automatismos y soluciones coyunturales que no responden a una planificación estratégica tributaria de la nueva cultura ética y responsable exigible en una sociedad de riesgos.

En materia de *compliance*, la normativa aplicable y las tendencias se mantendrán en evolución y constante modificación por tratarse de una institución demasiado novel que guarda un estrecho vínculo con las empresas, en la medida en que éstas son personas jurídicas que implican una ficción legal que hace posible su ciclo vital normativizado, es decir que en la ley encuentran las condiciones para su nacimiento y existencia en la vida jurídica y cuya actividad se desenvuelve en el tráfico jurídico, económico, social y laboral en los que pueden proliferar delitos graves que cuenten con una estructura compleja y que además tengan la característica de ser transfronterizos que sean cometidos en la empresa o desde esta, para obtener un beneficio.

<sup>274</sup> RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., "Las investigaciones internas como elemento esencial de los «criminal compliance programs»: *haciendo de la necesidad virtud*", *Revista Penal*, n.º 52, 2023, págs. 201 y ss.

<sup>275</sup> Vid. SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., "La desobjetivización de la responsabilidad civil *ex delicto*: los programas de cumplimiento", *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2022, págs. 117 y ss.

El reto de los diferentes países consiste en la construcción de la normativa relacionada con el *compliance* debidamente estructurada y sistematizada en clave de sistema, partiendo de la Constitución y asumiendo debidamente los compromisos internacionales con relación a algunos de sus elementos esenciales; *v. gr.*, los contenidos en la Directiva de 2019 de protección de alertantes<sup>276</sup>, controvertida en su gestación europea y dilatada en su implementación por muchos de los países de la Unión, como es el caso de España<sup>277</sup>.

El marco normativo del *compliance* penal en España nos remite necesariamente al Código Penal, que como ya sabemos ha tenido múltiples reformas y que, como se menciona al inicio de este trabajo a partir de 2010 introdujo la responsabilidad penal de la persona jurídica y en 2015 la figura del *compliance*. De la misma manera debemos centrar nuestra atención en la Ley de Enjuiciamiento Criminal, que suscita más dudas que certezas pues nos encontramos ante un proceso penal que nunca fue concebido para enjuiciar a personas jurídicas y que las nimias reformas de urgencia actuadas en 2011 y 2015 ni de lejos han generado un adecuado y completo estatuto procesal de éstas, manteniéndose dudas transcendentales; por ejemplo, si pueden concurrir en un mismo procedimiento personas físicas y jurídicas o lo más conveniente es separar los procedimientos penales para juzgarlas aisladamente, tanto si hay juicio como si el mismo se ve truncado por una declaración de conformidad<sup>278</sup>, sobrevolando siempre un doble temor: impedir que pueda haber un desplazamiento —‘malicioso’— de responsabilidades entre

<sup>276</sup> Directiva (UE) 2019/1937 del Parlamento Europeo y del Consejo, de 23 de octubre de 2019, *relativa a la protección de las personas que informen sobre infracciones del Derecho de la Unión* [<https://www.boe.es/doue/2019/305/L00017-00056.pdf>].

<sup>277</sup> *Deuda* que se ha intentado subsanar a comienzos de año en España con la aprobación de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, *reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, que desde su gestación tuvo un claro cuestionamiento de la sociedad civil, que a través de las veinticinco asociaciones más significadas en la materia han hecho públicas y trasladado al Gobierno y a los Grupos Parlamentarios un decálogo de mejoras [<https://www.access-info.org/es/2022-09-14/sociedad-civil-proteccion-informantes/>]. Sobre la misma *vid.* FERNÁNDEZ AJENJO, J. A., *Comentarios de la Ley 2/2023 reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023; PÉREZ MONGUIÓ, J. M., FERNÁNDEZ RAMOS, S. (coords.), *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre las infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, Bosch, Barcelona, 2023; AYALA DE LA TORRE, J. M., BUENO SÁNCHEZ, J. M., *La protección del informante en el Derecho español. Tras la Directiva Whistleblower y la Ley 2/2023 de 20 de febrero*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023; VICENTE ANDRÉS, R., *La protección del informante en el marco del compliance. De la Directiva 2019/1973 a su transposición interna mediante la Ley 2/2023, de 23 de febrero*, Sepín, Madrid, 2023; VELASCO NÚÑEZ, E., *El canal de denuncias: sector privado y público. La protección del informante en la Ley 2/2023, de 20 de febrero*, La Ley, Madrid, 2023.

<sup>278</sup> *Vid.* RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., “La conformidad en el proceso penal de las personas jurídicas”, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. (dir.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, Pamplona, 2017, págs. 177 y ss.

personas jurídicas y físicas<sup>279</sup> y que el contenido de la sentencia dé un tratamiento lo más igualitario posible e imponga consecuencias jurídicas adecuadas y proporcionadas en función de los hechos delictivos y de clase de persona que los ha cometido<sup>280</sup>, pero sin que se puedan dar —en conjunto— desproporciones punitivas<sup>281</sup> ni vulneraciones del *non bis in idem*<sup>282</sup>.

Más allá del texto legal podemos tomar en consideración dos circulares de la Fiscalía General del Estado emitidas a consecuencia de las dos reformas penales relativas a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el valor jurídico a dar al cumplimiento de los deberes de supervisión, vigilancia y control<sup>283</sup>. Contamos, además, con cada día más sentencias del Tribunal Supremo que han planteado diversas cuestiones nucleares en esta temática como aquellas referidas al respeto a los principios generales del Derecho Penal y Procesal penal que tienen carácter de irrenunciables también cuando se vean encausadas personas jurídicas o las que han abordado con especial dedicación sobre quién debe recaer la carga probatoria sobre la existencia del programa de cumplimiento; esto es, si la Fiscalía, en el papel de acusación, es quien debe acreditar la inexistencia en la organización de alguna medida de control eficaz ante la posible comisión de delitos en la empresa o cometidos a título de la misma, o si, por contra, ante la posibilidad de paliar los efectos jurídicos de la responsabilidad de la organización, ésta sería la más interesada en acreditar ya no la existencia del programa de cumplimiento sino la forma, características y alcances de su implementación.

Actualmente en la legislación penal española la imputación de las personas jurídicas se sostiene en la omisión del debido control para evitar el delito y específicamente cuando la comisión del mismo se haya atribuido a un empleado que no ejerza funciones de representación, decisión, organización y control, consideradas como ‘alta dirección’ será necesario acreditar que el cumplimiento al que alude la norma sea ‘grave’. Al lado de estas dos formas de imputación, nuestra primera norma penal contempla supuestos de exención encaminados a mitigar los efectos

---

279 La Fiscalía General del Estado, en la Circular 1/2011, de 1 de junio, *relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del Código Penal efectuada por Ley Orgánica número 5/2010* [[https://www.boe.es/buscar/abrir\\_fiscalia.php?id=FIS-C-2011-00001.pdf](https://www.boe.es/buscar/abrir_fiscalia.php?id=FIS-C-2011-00001.pdf)], llama a la atención a los fiscales para que se cuiden “[...] de que la instrucción judicial no se cierre en falso o en su fase embrionaria como consecuencia de la formalización de acuerdos de conformidad que constituyan mecanismos de deslizamiento de la responsabilidad desde la persona jurídica a la individual y viceversa”.

280 Vid. BARKOW, R. E., “Using the Corporate Prosecution and Sentencing Model for Individuals: The Case for a Unified Federal Approach”, *Law and Contemporary Problems*, vol. 83, n.º 4, 2020, págs. 160 y ss.

281 Vid. la STS 36/2022, de 20 de enero.

282 Vid. la STS 320/2022, de 30 de marzo.

283 Las ya citadas Circulares 1/2011 y 1/2016.

de la comisión del delito que encuentran su fundamento en la prueba pericial de *compliance* cuyo propósito consiste en acreditar el cumplimiento normativo.

No podemos pasar por alto que a día de hoy carecemos de una especialidad o titulación en materia de *compliance*, por lo que esta tarea puede encargarse a economistas, expertos en riesgos, auditores o incluso equipos combinados entre economistas y abogados, lo que evidencia la falta de estandarización y de unificación de opiniones, dando lugar a discusiones que han hecho surgir distintas alternativas para abordar esta situación tales como la creación de cursos de formación reglada específicos y la fundación de colegios o asociaciones de profesionales en *compliance*. Como se puede observar, la profesionalización no solo se refiere a las personas en las que se deposita el cumplimiento de las obligaciones de *compliance* dentro de la empresa, sino que también se requiere especialización en materia de peritajes.

El sistema de control debe establecerse adecuadamente para evitar la comisión de delitos en el seno de la empresa e incluso podrá servir de paliativo de la pena impuesta por una autoridad jurisdiccional —atenuación que solo podrá operar en situaciones en las que el programa y sus protocolos hayan funcionado inadecuadamente o en los casos en que la empresa los establezca mientras se desarrolla el proceso penal—, sin dejar de lado que, además, se deberán reconocer los hechos criminales, colaborar con la investigación y reparar el daño sufrido. En este ejercicio de prevención del delito es preciso tener en cuenta variables clasificatorias que atiendan, entre otras cuestiones, a la naturaleza y tipología de la organización, a su estructura organizativa y al sector de actuación<sup>284</sup>.

La norma establece los requisitos para desarrollar el *compliance*, razón por la que precisa el modelo de organización y gestión que debe implementar la persona jurídica, así como los principios en torno a los que debe organizarse el sistema de prevención, que requiere (i) identificar las actividades susceptibles a la comisión de los delitos y por ende contar con un mapa de riesgos, (ii) implementar protocolos de actuación ante tales riesgos, (iii) poseer un canal de denuncias que pueda ser anónimo y libre de represalias y (iv) contar con un sistema disciplinario. Este conjunto de medidas y principios solamente puede resultar efectivo si se acompaña de la evaluación continua y promueve la mejora permanente.

Por otro lado, se debe admitir que a pesar de que la doctrina no es unánime en cuanto a la responsabilidad penal de la persona jurídica, lo cierto es que su incurción y aplicación en la legislación penal es ya un hecho consumado. Actualmente

<sup>284</sup> Vid. BUZÓ OLIVÉ, J., GÓMEZ I CASALTA, G., “Sobre la configuración de un Sistema de Compliance: algunas variables a tener en consideración”, *La Ley Compliance Penal*, n.º 9, 2022.

se contempla una lista de delitos —‘controvertida’, en especial por las ausencias— por los que pueden ser imputadas las personas jurídicas, lo que permite a éstas últimas la claridad necesaria para dotarse de una protección o blindaje frente a esas conductas delictivas específicas y, al hacerlo, pueden revestirse de la tendencia al cumplimiento, al tiempo que asumen una cultura organizacional de comportamiento ético y adoptan los principios elementales del buen gobierno corporativo.

A pesar del escudo de protección que significa el *compliance* en las organizaciones, no existe una armonización internacional en este ámbito, misma que resultaría clave para contar con un criterio universal en cuanto a los delitos que deben prevenir las empresas en aras de promover y fortalecer la eficacia en la lucha contra la delincuencia organizada transnacional. Sabido es que los instrumentos jurídicos supranacionales e internacionales se limitan a exigir a los países que legislen para que las personas jurídicas puedan ser responsables, por lo que les podrán ser impuestas sanciones eficaces, proporcionadas y disuasorias, las cuales sean consecuencia de actuaciones administrativas y jurisdiccionales no necesariamente de naturaleza penal. Siendo así, actualmente podemos encontrar diversos sistemas de responsabilidad de la empresa a nivel mundial que podemos agrupar entre los que son de naturaleza penal, aquellos que se inclinan por el ámbito administrativo, otros que sientan sus bases en las consecuencias accesorias y aquellos que son híbridos; y, además, en todos ellos conviven los distintos modelos de imputación: autorresponsabilidad, vicarial y mixto<sup>285</sup>. Por ello, las respuestas y tendencias ante el régimen de la responsabilidad penal de la persona jurídica y la manera de llevar a cabo el *compliance*, tendrían que emerger del ámbito internacional para asegurar la estandarización y asegurar mayor eficacia en su aplicación para evitar el riesgo de solapamientos o colisión de principios que los sostengan, dando lugar en todo caso a situaciones de impunidad.

#### IV. Reflexiones finales

En un mundo cada día más ‘global’, ‘complejo’ y ‘líquido’, lleno de ‘riesgos’ y ‘miedos’ —en los sujetos participantes, en las actividades que se desarrollan y en la regulación que de todo ello se intenta—<sup>286</sup>, es utópico pretender que los problemas que se generan puedan ser resueltos con los mismos patrones que han venido sirviendo para afrontar una realidad institucional, política, social, económica y jurídica menos intrincada, difusa y cambiante.

<sup>285</sup> Vid. RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (dir.), *Tratado angloiberoamericano...*, cit.; GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad...*, cit.

<sup>286</sup> Vid. BAUMAN, Z., *Miedo líquido*, Paidós, Barcelona, 2021.

En este escenario y con esta premisa hay que reconocer que el *compliance* ha venido para quedarse: ha dejado de ser una opción para convertirse en un presupuesto de la estrategia de las organizaciones, por lo que para los aprendices en la materia resulta enormemente conveniente autoconvencerse a partir de la observación de las externalidades positivas que del mismo se han extraído en países que vienen transitando en la cultura del cumplimiento de manera más temprana. Entre ellas, el *compliance* (i) posibilita el acceso a nuevos sectores de actividad y mercados, en particular el extranjero, en que cada día más se da importancia al *compliance* como elemento reputacional positivo, contrastable, confiable y diferenciable de la competencia; (ii) refuerza la imagen corporativa; contribuye a conocer mejor los riesgos a los que se enfrenta la entidad; (iii) proporciona mayor transparencia y seguridad jurídica los integrantes de la organización y para externos, como proveedores y clientes; (iv) genera un ahorro de costes; (v) contribuye a depurar responsabilidades pasadas por la comisión de hechos ilegítimos, y a prevenir las futuras; e (vi) inculca la variable ética en la gestión de la organización y en el exigible cumplimiento legal de la misma.

Como hemos dejado constancia, la cultura del cumplimiento es un terreno muy fecundo para que, junto a otros muchos juristas y profesionales, los procesalistas —y los penalistas, *de la mano*— analicemos y debatamos las correlaciones o disonancias entre el '*law in books*' y el '*law in action*' en esta materia, tanto desde la "filosofía del lenguaje"<sup>287</sup> como desde la práctica forense, guiados y estimulados por sentencias y votos particulares de la Sala Segunda del Tribunal Supremo; *v. gr.*, las sentencias 154/2016, de 29 de febrero de 2016, y 668/2017, de 23 de octubre<sup>288</sup>. Un quehacer en el que tenemos que poner coto a la inercia, cada día más errada, de actuar siempre en tono negativo (represivo, retribucionista, cortoplacista) ante la eventualidad de que se produzcan hechos desviados cometidos por unas —pocas— personas —físicas y jurídicas—, auto justificándose en el hecho de que los mismos generan letales consecuencias con relación a la integridad pública, al desarrollo del país y a los pilares esenciales de un país democrático. En la práctica, y tal y como se viene impulsando en la región europea, se debe apostar por hacer primar un enfoque preventivo, sin descuidar obviamente la detección y corrección, como tampoco la persecución<sup>289</sup>.

<sup>287</sup> Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas: una mirada desde la filosofía del lenguaje", *Revista Penal México*, n.º 19, 2021, págs. 32 y ss.

<sup>288</sup> Vid. GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*, 2.ª ed., Cizur Menor, 2019, págs. 65 y ss.; ARES GONZÁLEZ, B., "El contenido del *compliance* penal en España según la jurisprudencia del Tribunal Supremo", RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., *Compliance y justicia colaborativa en la prevención de la corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 34 y ss.

<sup>289</sup> JIMÉNEZ ASENSIO, R., "Integridad pública...", *cit.*, págs. 93 y ss.

Surge la ocasión e imperiosa necesidad de considerar que en un futuro —no muy lejano— el desenvolvimiento y la expansión de las distintas formas de *compliance* en los diferentes sistemas estatales alcanzarán tal dimensión que nos encontraremos en un escenario fragmentado en el Derecho interior y plagado de enfoques de diversa naturaleza. Esta circunstancia —que supone gran incertidumbre— obliga a considerar seriamente la pertinencia de contar con una directriz estandarizada —original o bien ‘copiada’—, en la que habiéndose partido de las actuaciones y regulaciones del ámbito privado se alcance, para intentar cerrar el círculo del control ético, jurídico y judicial, al público<sup>290</sup>, dejando a un lado disquisiciones y visiones reduccionistas de herramientas jurídicas tales como los programas de cumplimiento.

Evidentemente, disponer de un ‘*pack compliance*’, aunque en un inicio pueda ser visto como un ‘gasto’ a realizar en las empresas —desde las pymes hacia las de mayor entidad—, variable en función de su tamaño, necesidad y ámbito de actuación, las experiencias habidas en los últimos lustros, en nuestro país y en casos significados extranjeros (Walmart, Petrobras, Volkswagen, Boeing, etc.)<sup>291</sup> nos enseñan que a medio y largo plazo es una ‘inversión’<sup>292</sup> que tiene que suponer ‘beneficios’, también evidenciables y cuantificables desde una óptica económica<sup>293</sup>. Una idea que gráficamente los estadounidenses resumen en la expresión “*if you think compliance is expensive, try non-compliance*”. Por tanto, con programas de cumplimiento normativo a pleno rendimiento tendremos una ‘ética rentable’, que permite vislumbrar a todos como se anticipa la tutela jurídica del Estado en los mercados de bienes, recursos y trabajadores de toda índole.

290 Vid. VALGAS DOS SANTOS, R., *Direito Administrativo do medo. Risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*, 2.ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2022.

291 Véase DILORENZO, T. J., *Crimen organizado. El Estado: la verdad sin maquillaje*, Unión Editorial, Madrid, 2022, págs. 319 y ss., quien tamiza la utilidad y enseñanza de la “ética de los negocios” y las estigmatizaciones derivadas de generalizar y amplificar la presencial y efectos en una sociedad de las conductas deshonestas, fraudulentas y corruptas.

292 Entre los muchos datos interesantes contenidos en el informe “Barómetro de Empresas 51” elaborado por Deloitte Legal, el 68% de las empresas indicaban que para ellas entre los principales retos legales que tenían se encontraba el asegurar el cumplimiento normativo por parte de las asesorías internas, haciendo los ajustes necesarios con relación a la legislación sobre cumplimiento normativo [<https://www2.deloitte.com/content/dam/Deloitte/es/Documents/acerca-de-deloitte/Deloitte-ES-informe-barometro-empresas-51.pdf>].

293 Vid. GOLDMAN, D. H., “Bases para el análisis económico de los sistemas de *compliance* penal”, *Ius et Veritas*, n.º 57, 2018, págs. 2 y ss.; JOPPERT RAGAZZO, C. E., “Compliance concorrencial: relação de custos e benefícios pós Lava-Jato”, *Quaestio Iuris*, vol. 11, n.º 2, 2018, págs. 1142 y ss.; ONTIVEROS ALONSO, M., “Noncompliance”, en RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (coords.), *Compliance y justicia colaborativa en la prevención de la corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020, págs. 14 y ss.

La madurez en la utilización de este instrumento jurídico vendrá cuando cuaje en las organizaciones la idea de que ver reducida o eliminada una posible sanción tiene que ser la consecuencia de haber hecho bien las cosas en el pasado o, cuando menos, de tener la decidida voluntad de cambiar las cosas para que hechos similares y todos aquellos otros que se prevea que se puedan dar en función del ámbito de actuación propio tengan más difícil su concreción. Si así se hiciera por la mayoría de las organizaciones, aunque fuera con la intermediación de la amenaza penal impulsora de la autorregulación, el *compliance* sería una herramienta estratégica generadora de un *win-win* irrechazable en cualquier sector, ahuyentando los iniciales escepticismos —y grandes rechazos— colectivos, generando, además, atractivos y fecundos escenarios laborales aptos para muchos profesionales resilientes golpeados en tiempos postpandémicos (certificadores, auditores, abogados de empresa, peritos, inspectores, delegados de protección de datos, gestores de canales de denuncias, responsables de recursos humanos... y responsables del cumplimiento regulatorio organizacional), los cuales tienen que interactuar durante y después de las actuaciones jurisdiccionales con fiscales y magistrados. Y en su formación y reciclaje, que no puede depender exclusivamente de cursos, conferencias, jornadas, foros y congresos, tiene que estar la Universidad, con sus titulaciones oficiales y enseñanzas propias, haciendo que esas personas más que desempeñar un ‘oficio’ lo hagan de una ‘profesión’ próspera y necesaria acorde a los tiempos que se viven y los que se avecinan.

## V. Bibliografía

- ALCALÁ AGULLÓ, F., JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F., *Los costes económicos del déficit de calidad institucional y la corrupción en España*, Fundación BBVA, Madrid, 2018.
- ANDERSEN, J. J., JOHANNESSEN, N., RIJKERS, B., *Elite Capture of Foreign Aid. Evidence from Offshore Bank Accounts*, World Bank Group, New York, 2020.
- ARES GONZÁLEZ, B., “El contenido del compliance penal en España según la jurisprudencia del Tribunal Supremo”, RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., *Compliance y justicia colaborativa en la prevención de la corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- AYALA DE LA TORRE, J. M., BUENO SÁNCHEZ, J. M., *La protección del informante en el Derecho español. Tras la Directiva Whistleblower y la Ley 2/2023 de 20 de febrero*, Aranzadi, Cizur Menor, 2023.
- BACIGALUPO SAGGESE, S., “Compliance”, *Eunomía. Revista en Cultura de la Legalidad*, n.º 21, 2021.

- BARKOW, R. E., "Using the Corporate Prosecution and Sentencing Model for Individuals: The Case for a Unified Federal Approach", *Law and Contemporary Problems*, vol. 83, n.º 4, 2020.
- BARONA VILAR, S., *Algoritmización del Derecho y de la Justicia. De la Inteligencia Artificial a la Smart Justice*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- BAUMAN, Z., *Miedo líquido*, Paidós, Barcelona, 2021.
- BELLOSO MARTÍN, N., "El ODS 16 en la agenda 2030: de la indefinición a algunas propuestas (iusfilosóficas) para su concreción", *Quaestio Iuris*, vol. 13, n.º 4, 2020.
- BERDUGOGÓMEZDELA TORRE, I., FABIÁN CAPARRÓS, E. A., RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (dirs.), *Recuperación de activos y decomiso: reflexiones desde los sistemas penales iberoamericanos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- BERDUGO GÓMEZ DE LA TORRE, I., RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (coords.), *Decomiso y recuperación de activos «Crime doesn't pay»*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- BOLDOVA PASAMAR, M. A., "Naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento", *Revista General de Derecho Penal*, n.º 37, 2022.
- BUZÓ OLIVÉ, J., GÓMEZ I CASALTA, G., "Sobre la configuración de un Sistema de Compliance: algunas variables a tener en consideración", *La Ley Compliance Penal*, n.º 9, 2022.
- CAMPOS ACUÑA, M. C. (dir.), *Guía práctica de Compliance en el sector público*, El Consultor de Los Ayuntamientos, Madrid, 2020.
- CASTILLO BLANCO, F. A. (coord.), *Compliance e integridad en el sector público*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- CORRAL ESCÁRIZ, V., *La localización de bienes en la UE y su aplicación en España. Fase clave de la recuperación de activos procedentes del delito*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- DARNACULLETA GARDELLA, M. M., "Consideraciones críticas sobre el public compliance como instrumento de gestión de la desconfianza", *La Ley Compliance Penal*, n.º 6, 2021.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., "Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho español", en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Pamplona, 2013.
- DE LA MATA BARRANCO, N. J., "El cumplimiento por el legislador español del mandato de la Unión Europea de sancionar a las personas jurídicas", en DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L. (dir.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Aranzadi, Pamplona, 2013.

- DE LA MATA BARRANCO, N. J., “El órgano de control permanente de la persona jurídica (oficial de cumplimiento) en el marco de la responsabilidad penal corporativa”, *Revista Penal México*, n.º 21, 2022.
- DE PAIVA COSTA TANGERINO, D., “Compliance no direito penal de common law”, *Revista de Estudos Criminais*, n.º 73, 2019.
- DILORENZO, T. J., *Crimen organizado. El Estado: la verdad sin maquillaje*, Unión Editorial, Madrid, 2022.
- FERNÁNDEZ AJENJO, J. A., *Comentarios de la Ley 2/2023 reguladora de la protección de las personas que informen sobre infracciones normativas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- FERRÉ OLIVÉ, J. C., “Compliance anticorrupción”, *Revista Penal*, n.º 50, 2022.
- FLORES SCHÜTT, J., RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., *Desperdício do compliance penal no Brasil*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2024.
- FRIDRICZEWSKI, V., RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., *En busca de estrategias 360 anticorrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2023.
- FRIDRICZEWSKI, V., RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., *Repressão à corrupção no Brasil: dificuldades e desafios na utilização de novas ferramentas (uma especial referência à disciplina da Lei de Improbidade Administrativa e da Lei Anticorrupção)*, Tirant lo Blanch, São Paulo, 2024.
- FUENTES SORIANO, O., “El valor probatorio de la información digital captada por el empresario: grabaciones y comunicaciones electrónicas”, en FUENTES SORIANO, O., *Tecnología y proceso. Problemas procesales en un mundo digital*, Aranzadi, Pamplona, 2022.
- GIMENO BEVIÁ, J., *Compliance y proceso penal. El proceso penal de las personas jurídicas*, Civitas, Madrid, 2016.
- GOLDMAN, D. H., “Bases para el análisis económico de los sistemas de *compliance* penal”, *Ius et Veritas*, n.º 57, 2018.
- GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., “Derechos fundamentales, proceso e Inteligencia Artificial: una reflexión”, en CALAZA LÓPEZ, S., LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., *Inteligencia artificial legal y la administración de justicia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- GÓMEZ COLOMER, J. L., “Introducción: La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el control de su actividad: Estructura jurídica general en el Derecho Procesal Penal español y cultura de cumplimiento (*Compliance Programs*)”, en GÓMEZ COLOMER, J. L. (coord.), *Tratado sobre compliance penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.

- GÓMEZ MARÍN, V., “El *compliance officer* en los modelos de prevención de delitos: siete preguntas, ¿sin respuesta?”, *La Ley Compliance Penal*, n.º 1, 2020.
- GÓMEZ TOMILLO, M., *Compliance penal y política legislativa. El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos en el seno de las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2016.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *El Tribunal Supremo ante la Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. El inicio de una larga andadura*, 2.ª ed., Cizur Menor, 2019.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J. L., “Responsabilidad penal de las personas jurídicas: una mirada desde la filosofía del lenguaje”, *Revista Penal México*, n.º 19, 2021.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J., “La corrupción como amenaza a la seguridad nacional”, *Revista Penal*, n.º 50, 2022.
- HEILBRUNN, J. R., “The Fight Against Corruption: The World Bank Debarment Policy”, en MANACORDA, E., CENTONZE, F., FORTI, G., *Preventing corporate corruption: the anti-bribery compliance model*, Springer, New York, 2014.
- JIMÉNEZ ASENSIO, R., “Integridad pública y prevención: a propósito del diseño y aplicación de las medidas de prevención en los planes antifraude en la gestión de fondos europeos”, en REGO VILAR, S. (coord.), *Auditoría y control de la respuesta al Covid-19 y de la implementación de la iniciativa Next Generation UE. XIV Encuentros técnicos de los OCEX de Santiago de Compostela. II Premio Carlos G. Otero Díaz*, Aranzadi, Pamplona, 2022.
- JIMÉNEZ SÁNCHEZ, F., ROSMEDINA, J. L., VILLORIA MENDIETA, M., “Determinantes de la calidad del gobierno: una exploración de los gobiernos autonómicos españoles”, *Revista Española de Investigaciones Sociológicas*, n.º 180, 2022.
- JOPPERT RAGAZZO, C. E., “Compliance concorrenzial: relação de custos e benefícios pós Lava-Jato”, *Quaestio Iuris*, vol. 11, n.º 2, 2018.
- KSHETRI, N., *The Rise of Blockchains. Disrupting Economies and Transforming Societies*, Edward Elgar Publishing, Northampton, 2022.
- LACERDA DA COSTA PINTO, F, de, LLEDÓ BENITO, I., PEREIRA COUTINHO, F. (dirs.), *Compliance y lucha contra la corrupción en España, Portugal e Iberoamérica*, Dykinson, Madrid, 2022.
- LEO CASTELA, J. I., *El perito en Compliance. La ineludible intervención del experto en la administración de justicia penal frente a organizaciones y empresas*, Aranzadi, Pamplona, 2022.
- LEO CASTELA, J. I., SÁNCHEZ MACÍAS, J. I., “Las políticas de integridad corporativa como política económica en la OCDE”, *Revista Finanzas y Política Económica*, vol. 13, n.º 1, 2021.

- LIÑÁN LAFUENTE, A., *La responsabilidad penal del compliance officer*, Aranzadi, Pamplona, 2019.
- LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., “Inteligencia artificial, valoración del riesgo y derecho al debido proceso”, en CALAZA LÓPEZ, S., LLORENTE SÁNCHEZ-ARJONA, M., *Inteligencia artificial legal y la administración de justicia*, Aranzadi, Cizur Menor, 2022.
- MACHADO DE SOUZA, R., RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., *Justicia negociada y personas jurídicas. La ‘modernización’ de los sistemas penales en clave norteamericana*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- MESEGUER YEBRA, J., “Más transparencia para una Administración algorítmica”, *Diario El País*, 14 de septiembre de 2022 [<https://elpais.com/tecnologia/2022-09-14/mas-transparencia-para-una-administracion-algoritmica.html>].
- MORTON, J. C., “The development of a compliance culture”, *Journal of Investment Compliance*, vol. 6, n.º 4, 2005.
- NAVARRO, J. (dir.), *El compliance officer, ¿un profesional en riesgo? Perspectiva penal, empresarial, procesal, de la fiscalía y jurisprudencial*, Profit Editorial, Barcelona, 2018.
- NEIRA PENA, A. M., “La prueba pericial en los delitos económicos. De la pericial contable al perito de compliance”, *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XL, 2020.
- NEIRA PENA, A. M., *La defensa penal de la persona jurídica. Representante defensivo, rebeldía, conformidad y compliance como objeto de prueba*, Aranzadi, Cizur Menor, 2018.
- NEIRA PENA, A. M., *La instrucción de los procesos penales frente a las personas jurídicas*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2017.
- NIETO MARTÍN, A., “La institucionalización del sistema de cumplimiento”, en NIETO MARTÍN, A. (DIR.), *Manual de cumplimiento penal en la empresa*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2015.
- ONTIVEROS ALONSO, M., “Noncompliance”, en RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (coords.), *Compliance y justicia colaborativa en la prevención de la corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- PÉREZ MONGUIÓ, J. M., FERNÁNDEZ RAMOS, S. (coords.), *El nuevo sistema de protección del informante. Estudio sistemático de la Ley 2/2023, de 20 de febrero, reguladora de la protección de las personas que informen sobre las infracciones normativas y de lucha contra la corrupción*, Bosch, Barcelona, 2023.
- RAMOS TORRE, R., *De la sociedad del riesgo a la sociedad de la incertidumbre*, en LUJÁN LÓPEZ, J. L., ECHEVERRÍA, J. (coords.), *Gobernar los riesgos: ciencia y valores en la sociedad del riesgo*, Biblioteca Nueva, Madrid, 2009.

- RIBES RIBES, A., “Retos del International Compliance Assurance Programme (ICAP) permanente de la OCDE como modelo de cumplimiento cooperativo multilateral”, *Crónica Tributaria*, n.º 182, 2022.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (dir.), *Tratado angloiberoamericano sobre compliance penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., “Adecuación del proceso penal español a la fijación legal de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas”, *Revista Penal*, n.º 35, 2015, págs. 139-172.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., “La conformidad en el proceso penal de las personas jurídicas”, PÉREZ-CRUZ MARTÍN, A. J. (dir.), *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*, Aranzadi, Pamplona, 2017.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., “Las investigaciones internas como elemento esencial de los «criminal compliance programs»: haciendo de la necesidad virtud”, *Revista Penal*, n.º 52, 2023.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., CARRIZO GONZÁLEZ-CASTELL, A., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (dirs.), *Corrupción: compliance, represión y recuperación de activos*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., PAHUL ROBREDO, M. G., “El ODS-16 en América Latina: condicionantes, retos y materiales para su estudio comparado”, en ARRABAL PLATERO, P., *Los ODS en la Justicia: El Derecho Procesal y la inteligencia artificial*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2022.
- RODRÍGUEZ-GARCÍA, N., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F. (coords.), *Compliance y justicia colaborativa en la prevención de la corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2020.
- RUANO MOCHALES, M. T., “El compliance program como mecanismo de organización, prevención y enjuiciamiento”, *Revista Internacional Transparencia e Integridad*, n.º 3, 2017.
- SÁIZ PEÑA, C. A., *Compliance. Cómo gestionar los riesgos normativos en la empresa*, Cizur Menor, Aranzadi, 2015.
- SÁNCHEZ MACÍAS, J. I., LEO CASTELA, J. I., *Compliance tributario para pymes según la Norma UNE 19602*, AENOR Ediciones, Madrid, 2020.
- SÁNCHEZ MACÍAS, J. I., RODRÍGUEZ LÓPEZ, F., “Estudio preliminar”, en RODRÍGUEZ-GARCÍA, N. (dir.), *Tratado angloiberoamericano sobre compliance penal*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2021.
- SÁNCHEZ-VERA GÓMEZ-TRELLES, J., “La desobjetivización de la responsabilidad civil *ex delicto*: los programas de cumplimiento”, *InDret: Revista para el Análisis del Derecho*, n.º 3, 2022.

- SANTANA LORENZO, M. (dir.), *Guía práctica de compliance internacional*, Aranzadi, Pamplona, 2020.
- SCANDELARI, G. B., *Compliance e Prevenção Corporativa de Ilícitos. Inovações e Aprimoramentos para Programas de Integridade*, Almedina, São Paulo, 2022.
- SERRANO DE NICOLÁS, Y., CONESA ALAGARDA, M., ALBALÁ GONZÁLEZ, A., *Compliance penal para pymes según la Norma UNE 19601*, AENOR Ediciones, Madrid, 2020.
- SUBIRANA DE LA CRUZ, S., FORTUNY CENDRA, M. (dirs.), *Compliance en el sector público*, Aranzadi, Pamplona, 2020.
- SUBIRANA DE LA CRUZ, S., FORTUNY CENDRA, M., “Implementación de medidas antifraude para la gestión de fondos Next Generation”, *La Administración Práctica: Enciclopedia de Administración Municipal*, n.º 6, 2022.
- TRANSPARENCY INTERNATIONAL ESPAÑA, *Transparencia de la Información Corporativa. TRAC-España 2022. Índice de Transparencia Corporativa en Integridad, Cumplimiento y Derechos Humanos de las Empresas del IBEX-35*, Transparency International España, Madrid, 2022 [<https://transparencia.org.es/wp-content/uploads/2022/04/TRAC-ESPANA-2022-TI-E.pdf>].
- TURIENZO FERNÁNDEZ, A., *La responsabilidad penal del compliance officer*, Marcial Pons, Madrid, 2021.
- VALEIJE ÁLVAREZ, I., “Riesgos penales en la gestión de los Fondos Next Generation UE”, *La Ley Penal*, n.º 162, 2023.
- VALGAS DOS SANTOS, R., *Direito Administrativo do medo. Risco e fuga da responsabilização dos agentes públicos*, 2.ª ed., Revista dos Tribunais, São Paulo, 2022.
- VELASCO NÚÑEZ, E., *El canal de denuncias: sector privado y público. La protección del informante en la Ley 2/2023, de 20 de febrero*, La Ley, Madrid, 2023.
- VELASCO PERDIGONES, J. C., *La responsabilidad civil del Compliance Officer*, Aranzadi, Pamplona, 2022.
- VICENTE ANDRÉS, R., *La protección del informante en el marco del compliance. De la Directiva 2019/1973 a su transposición interna mediante la Ley 2/2023, de 23 de febrero*, Sepín, Madrid, 2023.
- VV. AA., *Guía de implementación de compliance para pymes. Manual práctico de implementación*, Sepin, Madrid, 2019.
- VV.AA., *Seguimiento del ODS 16. Tendencias y datos clave*, UNODC, Nueva York, 2021.

WALLACE, L., LIN, H., CEFARATTI, M. A., “Information Security and Sarbanes-Oxley Compliance: An Exploratory Study”, *Journal of Information Systems*, vol. 25, n.º 1, 2011.

WORLD COMPLIANCE ASSOCIATION, *Guía de Legislación comparada en materia de responsabilidad penal*, WCA Internacional, Madrid, 2022 [[https://worldcomplianceassociation.com/documentacion/Guia\\_de\\_legislacion\\_comparada\\_en\\_materia\\_de\\_responsabilidad\\_penal\\_2022.pdf](https://worldcomplianceassociation.com/documentacion/Guia_de_legislacion_comparada_en_materia_de_responsabilidad_penal_2022.pdf)].

ZANUTO ANDRADE SANTOS, H. C., FRAGA, G. J., “Corrupción, estructura productiva y desarrollo económico en los países en desarrollo”, *Revista de la CEPAL*



# LA INTERPRETACIÓN DE LOS CONTRATOS DE TRABAJO

DR. EFRAÍN DUQUE RUIZ<sup>294</sup>

“Para que el plan jurídico del Estado tenga efectividad se necesitan no solo buenos legisladores, sino también magníficos intérpretes. Aquellos crean las leyes, estos nos revelan su alma...”

(Luis Joaquín de la Lama Rivera)

## Introducción

Cuando nos referimos a la interpretación de una norma jurídica, sea esta una ley, una norma de menor jerarquía, o un contrato reflejado en un acuerdo de voluntades, es menester dejar establecido que, la “norma más clara, de más simple redacción, diáfana y transparente, si se va a aplicar, supone que se va a interpretar, es decir, se va a fijar su significado, su esencia, su alcance, sus fines” (Galeano, p.1).

Cuando la norma legal sujeta a interpretación es genérica, oscura o ambigua, la corriente con mayor difusión que permite llegar a la exégesis de la norma, es la que permite establecer el pensamiento del legislador para así descubrir su intención. Pero en este examen hermenéutico existe la posibilidad de incurrir en errores de interpretación, de los que no están exentos los órganos administrativos o judiciales en la toma de decisiones; por lo que es necesario reflexionar para que, en el conocimiento y análisis de situaciones jurídicas en que deben aplicar las normas legales o contractuales, no se cometan errores conceptuales que afecten a los intereses de las partes, pues existen ocasiones en que se “... ha elegido la norma pertinente, pero se ha equivocado sobre su significado, y por una interpretación defectuosa le da un sentido o alcance que no tiene” (Manuel Sánchez-Palacios, El Recurso de Casación Civil, p. 63).

En el razonamiento sobre el sentido o el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales, lo más común es utilizar el método literal para entender su contenido y significado; pero en ocasiones resulta apropiado recurrir a la verdadera intención de las partes, que debe prevalecer sobre el puro sentido gramatical del texto que contiene la norma, que satisfaga el interés de las partes.

---

<sup>294</sup> Exmagistrado, Corte Nacional de Justicia, docente de Posgrado, Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, ex docente jubilado, Universidad de Guayaquil, docente de la Universidad ECOTEC.

Siendo la interpretación “*el conjunto de procedimientos mediante los cuales se busca encontrar el sentido, el alcance de las normas jurídicas a los fines de la norma para su correcta aplicación*” (Galeano); siendo una obra de humanos, cualquiera sea el órgano a quien la ley le atribuye esta facultad, puede ser entendida en su real sentido y alcance, en cuyo caso se la aplicará asegurando con ello la justicia, la paz y tranquilidad social.

De acuerdo a Luis de la Lama, el camino interpretativo consta de tres etapas:

- a. Averiguación del sentido y el fin de la norma, interpretación de cada caso concreto de acuerdo con la esencia de la Ley (interpretación eidética);
- b. Exposición correcta del supuesto planteado (interpretación aporética); y,
- c. Solución al mismo, adecuadamente entendido, acorde con la finalidad de la Ley (interpretación teórica) (p. 48). Es importante entonces conocer el sentido y fin de la norma, determinar el supuesto teórico planteado sobre ella, y finalmente, cuál es el contenido de la misma.

## La Interpretación de los Contratos

El Código Civil, en el Capítulo relativo a la interpretación de los contratos, no indica un orden metodológico para hacer uso de sus reglas, considera que el intérprete debe indagar la voluntad e intención real de los contratantes (interpretación subjetiva); o determinar la voluntad de las partes en función del significado del texto del acuerdo, recurriendo a su sentido literal (interpretación objetiva). En todo caso, de esta manera se trata de establecer su real contenido, ya sea en lo que se entiende gramaticalmente, como en la intención que tenían las partes de dejar establecido en dicho documento; por lo que, cuando se revisa un contrato, para conocer el contenido de cada una de sus cláusulas, debe establecerse la clase de convención, su naturaleza, el lugar y fecha de suscripción, como están fijadas las obligaciones y derechos de los contratantes, sanciones por incumplimiento.

La interpretación de los contratos puede manifestarse de dos maneras: por una parte, la acertada comprensión del contenido de la norma contractual, lo que no generará duda alguna y traerá conformidad de las partes; y, por otra, cuando se modifica su sentido o aun conociendo de su real significado, se yerra en su alcance general o en su aplicación, derivándose de ello consecuencias que no concuerdan con su contenido, por lo cual se falla en la determinación de su

verdadero significado, incurriendo en una errónea interpretación. De lo cual se deduce que, cuando la norma no está definida claramente la labor interpretativa es compleja, por lo que es posible que se incurra en errores al momento de otorgarle un sentido o alcance a la norma contractual objeto de interpretación, pues es conocido que una sabia interpretación es garantía de justicia y una equivocada interpretación genera un perjuicio a una de las partes.

En el caso de que se presenten controversias respecto del incumplimiento de los compromisos adquiridos por una cualquiera de las partes, nuestro ordenamiento jurídico establece un principio de obligatorio cumplimiento, que dice: “Todo contrato legalmente celebrado es una ley para los contratantes, y no puede ser invalidado sino por su consentimiento mutuo o por causas legales” (Art. 1561, Código Civil), lo que implica que, en el caso de que una de las partes desconozca o modifique unilateralmente a su arbitrio alguna de las cláusulas del contrato, la parte afectada perfectamente puede ejercer las acciones que considere pertinentes en defensa de sus derechos.

Igual ocurre en el caso de que las partes, a su arbitrio, lo entienda a su manera alguna de sus disposiciones, por lo que se abre la oportunidad de la interpretación del contrato, para descubrir lo que han querido dejar establecido las partes, para que de esta manera sabiendo su real significado, no se altere la relación jurídica contractual.

El contrato, con independencia de su alcance espacial, se fundamenta en la autonomía de la voluntad de las partes (Sixto A. Sánchez Lorenzo, *La interpretación del contrato internacional: una aproximación desde el derecho comparado*, p. 131), obligando a los contratantes a someterse a los acuerdos a que hubieren llegado, pues “no importa el nombre que las partes le hayan otorgado a un acuerdo de voluntades, pues prevalece la intención de los extremos contractuales” (María Adriana Marín), o en ciertas circunstancias los hechos que se han dado en la realidad que prevalecen sobre las formas; sin que por ello en la determinación del alcance de alguna de las cláusulas pactadas, que en muchas ocasiones son el eje de las controversias jurídicas, puedan alegarse situaciones que contradigan la constitución y la ley, en cuyo caso dichas cláusulas carecerán de validez, pues se entiende que el contrato celebrado debe ser conforme al orden jurídico existente en el país.

La interpretación del contrato o de alguna de sus cláusulas, independiente del criterio o forma de aplicación, constituye una labor intelectual, en virtud de la cual se examina, analiza y comprende el sentido y alcance de cada una de sus disposiciones, en las que constan las declaraciones de voluntad de las partes contratantes, que son de obligatorio cumplimiento. De ahí que, cuando buscamos

encontrar el sentido y alcance de las disposiciones que pactaron las partes, las formas como se cumplirán, nadie más que los autores pueden dar una interpretación fidedigna respecto a cómo la entendieron en su redacción.

Si la letra de la cláusula o cláusulas del contrato, son claras y no dejan duda sobre la intención de los contratantes, se estará a la interpretación gramatical, pues al entenderlo en su sentido literal, es clara y comprensible la intención de los contratantes plasmada en el texto del convenio al que arribaron. De tal manera que, cuando la claridad de los términos de un contrato o de una cláusula no deja dudas sobre el propósito que tuvieron las partes, no cabe la posibilidad de pretender darle una interpretación contraria a las intenciones que tuvieron al acordarla; y, es precisamente cuando no se entiende en su tenor literal, esto es el contenido de las cláusulas no es claro y da lugar a dudas sobre la intención de los contratantes, es que se recurre a las reglas de la interpretación.

Con frecuencia, cuando los términos del contrato no son tan claros y generan duda respecto de la intención de los contratantes, deviene en la necesidad de una interpretación racional a través de un examen de la cláusula, del capítulo o del contrato en su integralidad, como un conjunto orgánico, sin detenerse exclusivamente en su tenor gramatical, sino más bien mediante un análisis lógico, para llegar al convencimiento de lo que las partes acordaron realmente; sin que la parte que lo suscribió pueda impugnarlo, como dice Sixto Sánchez “Cuando se firma un documento que contiene disposiciones contractuales, la parte que firma se obliga, y es intrascendente si ha leído o no el documento” (Ob. cit. p. 137), siendo esta precisamente la garantía de la seguridad jurídica, pues no podría impugnarlo si lo ha celebrado conforme la constitución y la ley.

## **La interpretación laboral**

El derecho del trabajo es “*un derecho especial, toda vez que tutela derechos de la parte considerada débil dentro de la relación laboral*” (Corte Constitucional del Ecuador, sentencia 016-13-SEP-CC, caso 1000-12-EP). En tal sentido, las normas del trabajo forman parte del derecho social, pues tienen como objetivo principal establecer una serie de garantías en beneficio de la parte débil de la relación laboral: el trabajador; por lo que, la finalidad de la correcta interpretación de la disposición legal o contractual es salvaguardar la equidad que pueda encontrarse amenazada, debido a determinados factores de orden material ajenos a su ámbito de aplicación.

Para entender la aplicabilidad del contrato de trabajo, debe previamente considerarse que la relación laboral genera derechos y obligaciones entre las partes,

unas que nacen de la ley, otras del libre acuerdo de voluntades, que se plasman en el documento al que acuerdan someterse, sin que puedan a su arbitrio considerar o no los acuerdos a los que han llegado al ser suscrito, pues en este caso, la parte afectada tiene el derecho de exigir su cumplimiento.

Es importante entonces considerar los principios del derecho del trabajo, que reflejados en normas jurídicas, guían a las partes contratantes a celebrar un contrato de trabajo de buena fe, bajo estipulaciones que regulen sus relaciones de trabajo, para un cabal ejercicio de derechos y cumplimiento de obligaciones, conforme lo han acordado y es su intención, aun cuando no aparezcan en el contrato, ya que de existir divergencias en su aplicación, corresponde interpretarlo en el sentido que refleje su verdadero alcance y significado.

El contrato de trabajo, sea este individual o colectivo (Arts. 8 y 220 CT), una vez suscrito y legalizado ante la autoridad competente constituye ley para las partes contratantes, siempre y cuando no contravenga norma jurídica alguna; debiendo observarse también que no afecte los derechos del trabajador, ya que en el caso de que alguna de sus cláusulas del contrato de trabajo contenga disposiciones contrarias al orden jurídico o afecte sus derechos, podría ser impugnado (Art. 40, CT). Pero si en la relación contractual se presentan inconvenientes debido al incumplimiento de las cláusulas acordadas por alguna de las partes, o por desacuerdos en cuanto a su alcance y significado, lo que eventualmente podría generar un conflicto, es necesario recurrir a los mecanismos de solución de las divergencias, para que se afecten las normales relaciones de trabajo.

Al suscribirse un contrato individual o colectivo de trabajo, las partes en su celebración deben considerar que, “Los contratos deben ejecutarse de buena fe, y por consiguiente obligan, no sólo a lo que en ellos se expresa, sino a todas las cosas que emanan precisamente de la naturaleza de la obligación, o que, por la ley o la costumbre, pertenecen a ella” (Art. 1562, Código Civil). Con mayor razón, cuando en el pacto colectivo se establecen disposiciones que no solamente regulan las relaciones laborales, sino por lo general contemplan acuerdos que tienden a mejorar las condiciones de trabajo, en cuanto a salarios, jornada de trabajo, estabilidad, gratificaciones y beneficios adicionales de orden social, incorporando derechos que constituyen conquistas de los trabajadores, que obligatoriamente deben ser respetados por la parte empleadora.

Una vez celebrado el contrato de trabajo y mientras se encuentre vigente, sus cláusulas no pueden ser desconocidas o modificadas unilateralmente, pues los beneficios en ellas contemplados constituyen “derechos adquiridos”, intangibles e irrenunciables por mandato constitucional y legal (Art. 326.3 CR, Art. 4 CT);

por lo que, cualquier modificación unilateral que el empleador realice sin consentimiento de los trabajadores, carecerá de eficacia jurídica.

Para interpretar rectamente los disposiciones de un contrato de trabajo, es necesario el conocimiento previo del espíritu tuitivo de los preceptos laborales, ya que, cuando de una norma laboral se trata, la Interpretación literal, se utiliza respecto de aquellas disposiciones cuya claridad es manifiesta; la interpretación declarativa, tiene por objeto aclarar y completar aquellas que están oscuras y puede ser de dos tipos: a) Amplia o extensiva, cuando se toman las palabras en su más amplio sentido, por ejemplo si la cláusula se refiere a “el trabajador que se acoge a la jubilación”, deberá entenderse que se trata de cualquier clase de jubilación, sea por vejez, por incapacidad absoluta, o por tiempo de trabajo; b) Limitada o restrictiva, cuando refiere a las palabras en su sentido más delimitado; por ejemplo al referirse al obrero, no engloba al empleado o al directivo de la empresa, aun cuando sean también trabajadores por cuenta ajena.

### **La Interpretación Jurisdiccional de las normas contractuales laborales:**

“Es verdad que los jueces tienen el deber de apegarse a la ley, pero no apegarse servilmente, porque entonces no serían jueces, sino siervos, no se les sienta en ese puesto para maniatar su inteligencia, sino para que obre justa, pero libre. Tienen el deber de oír el precepto legal, pero también tienen el poder de interpretarlo”  
José Martí-

De las variadas formas de interpretación, la Interpretación jurisdiccional, es aquella “realizada a través de una persona que cuenta con la potestad resolutoria, debido al cargo que ejerce, dentro de la rama laboral, la cual puede recaer en autoridades administrativas o bien judiciales; en tanto que la Interpretación usual, es llevada a cabo, mediante cualquier particular o bien, a través de los mismos litigantes, y que en determinadas ocasiones es razonada por las partes durante los alegatos” (Masabanda, Instrumentos jurídicos aplicables en la contratación individual de trabajo, p. 23).

En lo que tiene que ver con la legislación del trabajo, en la interpretación de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales, no debe dejarse de lado ciertos principios básicos que tienden a darle una protección especial al trabajador, como el principio tuitivo o «pro asalariado», por ser la persona que se encuentra sometida al empleador, prestando sus servicios, subordinado a sus órdenes en un horario que le establece, por lo que está sometida a él.

El profesor Uruguayo Américo Plá Rodríguez, en su obra: “Los Principios del Derecho del trabajo” señala que, al juez o jueza, en el cumplimiento de su función de administrar justicia, le corresponde, entre otros aspectos, el de establecer criterios de interpretación del texto de la norma jurídica laboral, o con respecto a la aplicación de ella, cuando en un ordenamiento jurídico existen dos normas con aptitud que pueden ser aplicadas al caso, así como en las denominadas lagunas jurídicas, ya sea para averiguar la que tiene valor normativo o para desentrañar su recto sentido, en relación al asunto que el juzgador se halle conociendo y la postura que debe adoptar al momento de tomar sus decisiones en el ámbito jurisdiccional laboral.

Según Luis de la Lama, el principio «pro asalariado» tiene dos importantes facetas: El Principio de la norma más beneficiosa (aspecto jurídico-legal) y el Principio de la condición más ventajosa (aspecto jurídico-contractual (La Interpretación Jurídica en el Ámbito Laboral, p. 36), en cuyos dos casos, siempre debe entenderse el texto de la norma en el sentido que menos afecte los intereses del trabajador. El principio de la norma más beneficiosa sólo cabe ser aplicado respecto a disposiciones de idéntica categoría, cuando exista pugna de preceptos de rango desigual, no así cuando la norma superior conceda un margen de actuación, un ámbito de mejora, a la parte subordinada, tal cual lo señala el artículo 326 numeral 3 de la Constitución de la República; pues el admitir el principio contrario, conduciría a consecuencias funestas desde el punto de vista jurídico (ibídem, p. 40), ya que se estaría resolviendo de forma inconstitucional.

Es importante considerar que, cuando se trate de los contratos de trabajo, “Conocida claramente la intención de los contratantes, debe estarse a ella más que a lo literal de las palabras” (Art. 1576, Código Civil); por lo tanto, en tratándose de una convención colectiva de trabajo, al haber sido celebrada para mejorar las condiciones en que se desarrollan las relaciones de trabajo, debe entenderse así y jamás pretender que, a través de sus cláusulas se puedan reducir derechos, o favorecer a unos y perjudicar a otros trabajadores, rompiendo el principio de igualdad, toda vez que una vez suscrito, ampara a todos quienes laboran en la empresa o negocio, sean o no miembros de la organización laboral contratante (Art. 220 CT).

El Código Civil, norma supletoria de la laboral (Art. 6 CT), respecto de la interpretación de los contratos establece que: “Las cláusulas de un contrato se interpretarán unas por otras, dándose a cada una el sentido que mejor convenga al contrato en su totalidad (Art. 1580); por lo que, si una cláusula es comprensible en su tenor literal, por ser clara, concreta y precisa, no es necesaria la aplicación de método alguno de interpretación, solamente comprender que su contenido

está referido a un todo integral, que en el caso del contrato colectivo de trabajo, que como se ha dicho tiene por finalidad mejorar las condiciones de trabajo, que en el futuro deberán tenerse en cuenta en las relaciones obrero-patronales.

En un procedimiento judicial, el trabajador como parte afectada, debe en su acción laboral establecer su pretensión, refiriéndose a la disposición contractual que considera ha sido irrespetada o incumplida por el empleador, por lo cual somete la controversia a la decisión del juez. Tanto la doctrina como la jurisprudencia, han considerado que la interpretación de los contratos constituye una función de los jueces y tribunales de instancia, por lo que, si esta labor interpretativa es contradictoria, o se demuestre que es manifiestamente ilógica, irracional o arbitraria, cabe revisar en casación la errónea interpretación de la norma del contrato de trabajo realizada por el Tribunal de instancia, observando el principio señalado en el numeral 3 del artículo 326 de la Constitución de la República.

La Sala Casacional, ante un hecho evidente de errónea interpretación de alguna de las cláusulas de un contrato de trabajo, abiertamente contraria a lo dispuesto en las referidas disposiciones contractuales, debe otorgarle la tutela judicial efectiva al trabajador ante el desacierto cometido por el Tribunal de instancia; pero si el Tribunal superior en su control de legalidad, ratifica la errónea interpretación, obviamente que comete una infracción que genera desconfianza en el máximo órgano de justicia ordinaria, afectando la seguridad jurídica.

Si luego de examinar la sentencia, corrige el error y este se ha dado en casos análogos, la Corte Nacional de Justicia, debe considerar las sentencias emitidas por la Sala Especializada de lo Laboral, en que se reiteren por tres ocasiones la misma opinión sobre un mismo punto de derecho, deben remitirlas al Pleno de la Corte a fin de que éste delibere y decida sobre su conformidad, si se ratifica el criterio, esta opinión constituirá jurisprudencia obligatoria.

La resolución mediante la cual se declare la existencia de un precedente jurisprudencial contendrá únicamente el punto de derecho respecto del cual se ha producido la triple reiteración, el señalamiento de la fecha de los fallos y los datos de identificación del proceso, lo que se publicará en el Registro Oficial a fin de que tenga efecto generalmente obligatorio, al cual deben someterse en el futuro los jueces de instancia.

Siendo esta una de sus funciones primordiales, le corresponde a la Corte Nacional de Justicia, Desarrollar el Sistema de Precedentes Jurisprudenciales, revisando los fallos de triple reiteración que reposan en los archivos de este órgano jurisdiccional, para orientar a los Jueces de instancia sobre los lineamientos que deben seguir en sus decisiones judiciales, como garantía de la confianza que nos brinda a los justiciables.

## Casos resueltos por la Sala Especializada de lo Laboral, Corte Nacional

“En un Estado constitucional de derechos y justicia la decisión tiene que ser “justa”, es decir no interesa exclusivamente poner fin a un conflicto, sino hacer justicia” (Carlos Ramírez (Dr.), Apuntes sobre la Prueba en el COGEP, p. 46).

1.- La Corte Nacional de Justicia, en el Caso No. 12334-2018-00209, en relación a la pensión jubilar patronal contemplada en la cláusula del contrato colectivo, que establece que el obrero tendrá derecho a recibir como pensión jubilar patronal mensual el monto del salario mensual que venía percibiendo al momento de retirarse del trabajo, manifiesta: “... Ahora bien, según el art. 11 de la Constitución de la República: “El ejercicio de los derechos se regirá por los siguientes principios: 8. El contenido de los derechos se desarrollará de manera progresiva a través de las normas, la jurisprudencia y las políticas públicas. El Estado generará y garantizará las condiciones necesarias para su pleno reconocimiento y ejercicio. Será inconstitucional cualquier acción u omisión de carácter regresivo que disminuya, menoscabe o anule injustificadamente el ejercicio de los derechos.” Lo cual, se inmiscuye plenamente con las reglas interpretativas positivas del favor laboratoris y la interpretación favorable de los derechos constitucionales y los instrumentos internacionales de derechos humanos, que marcan una preferencia frente a otras interpretaciones, por ser aquella que mejor supone la realización de los fines del derecho laboral (protección del trabajador, establecido en el artículo 5 del CT y la realización de la justicia y, de ninguna manera implican una lesión a la seguridad jurídica, en los términos que señala la Corte Constitucional).

*En este contexto, se observa que, si bien existe la preeminencia de las disposiciones contenidas en el artículo 216 del Código del Trabajo, respecto a la facultad legal que tienen los municipios y concejos provinciales de emitir sus propias ordenanzas para fijar la pensión jubilar de sus trabajadores; este Tribunal de casación considera que no existe una justificación legítima para desconocer el contrato colectivo suscrito, el mismo que por sus propias cláusulas se prevé que se encuentra vigente, por lo que no hay asidero consecuente para perjudicar y aplicar una norma de una ordenanza que resulta ser regresiva de derechos a los trabajadores, tanto más que la jubilación patronal es uno de los pilares del Derecho del Trabajo. En consecuencia, se determina que aplicar en el presente caso, la ordenanza expedida por el GAD Provincial de Los Ríos, resulta regresivo y vulneratorio de los derechos laborales, los cuales se encuentran contemplados en el art. 326 numerales 2 y 3 de la Constitución de la República, por cuanto se ha realizado una interpretación limitada con sujeción al pleno ejercicio y protección de los derechos adquiridos del trabajador”.*

De esta manera, se ratifica la existencia de un derecho a los trabajadores que han laborado por más de 25 años para el mismo empleador; pero lo más importante,

que existiendo un contrato colectivo de trabajo vigente, los acuerdos establecidos en la convención son de cumplimiento obligatorio para las partes que lo suscribieron, por lo que no pueden ser reformados o desconocidos por el empleador unilateralmente, ya que los derechos laborales contemplados en dicho documento constituyen ley para las partes contratantes, además de que son progresivos, intangibles e irrenunciables, por mandato constitucional y legal.

2.- La Corte Nacional de Justicia, en el caso No. 12334-2018-00205, refiriéndose a la pensión jubilar patronal a la que tiene derecho el trabajador, en forma incomprensible, se aparte de los criterios expuestos en casos similares, como: **Juicio No. 12334-2018-00209, Juicio No. 12334-2018-00606, Juicio No. 12334-2015-01327, Juicio No. 12334-2014-0360, y emite una interpretación desconociendo la cláusula del contrato colectivo de trabajo y disponiendo se aplique para el cálculo las reglas del Art. 216 del Código del Trabajo, dice:** *“Por lo dicho, ante la contraposición normativa advertida, de acuerdo con el criterio jerárquico establecido en el artículo 425 de la Constitución, la disposición legal, al ser superior, derrota a la ordenanza y a la disposición contractual, que son inferiores. Siendo que, en este caso, la aplicación de la regla primera del artículo 216 del Código de Trabajo para determinar la pensión jubilar mensual, garantiza tanto la aplicación y cumplimiento de una norma superior como del derecho ahí regulado en favor del ex trabajador. En razón del análisis que antecede, si bien no procede el pago de la jubilación patronal al tenor del artículo 49 del Noveno Contrato Colectivo, sí corresponde liquidar este derecho conforme el artículo 216 del Código de Trabajo”.*

Con este cambio de criterio, obviamente se genera inseguridad jurídica e incertidumbre en el justiciable, pues en unos casos interpreto correctamente la norma contractual y en otro no, discriminándole en su derecho respecto de los demás trabajadores, que como él laboraron para el mismo empleador.

3.- En el caso No: 12334-2018-00572, en el Contrato Colectivo de Trabajo, se establece una cláusula que dice: *“AYUDA POR JUBILACIÓN”*, que consiste en que el empleador se obliga a entregar a los obreros que se acojan a la jubilación, una bonificación por cada cinco años de servicios a la Institución.

Ante la pretensión del actor, de que este beneficio va dirigido a todo trabajador que se retira de su trabajo para acogerse a la Jubilación, sin que dicha cláusula especifique si la jubilación es por la causal de vejez, incapacidad o por tiempo de servicio al empleador, debemos entender que es por cualquier causa, pues no se ha especificado de qué jubilación se trata; sin embargo, el Tribunal de Casación ha manifestado: *“... toda vez que el accionante con el tiempo de servicios prestado en favor de la demandada, no justifica el cumplimiento de los requisitos para acceder a la*

*jubilación patronal, sin que hubiere adquirido este derecho. Por ende, no se cumple la hipótesis normativa prevista en el artículo 48 del Contrato Colectivo; en consecuencia, no tiene derecho a la ayuda por jubilación ahí estipulada...”.*

La cláusula contractual no refiere jubilación patronal, sino en términos generales considera a los obreros que se acojan a la jubilación, sin especificar de qué jubilación se trata su jubilación patronal o del IESS, por lo que no podría el Tribunal interpretar manifestando que, solamente tiene derecho a esta ayuda cuando el trabajador se acoja a la jubilación patronal, pues se estaría confundiendo el género con la especie; es decir, la jubilación es el género y las formas de jubilación la especie.

Considerar que la AYUDA POR JUBILACIÓN es únicamente para el trabajador que se acoja a la jubilación patronal, es realizar una interpretación restrictiva, dejando de lado al trabajador que se jubila por vejez o incapacidad absoluta para el trabajo, afectando el derecho del trabajador que se acoge a la jubilación, error de interpretación que implicaría un discrimen laboral, prohibido expresamente en el numeral segundo del artículo 11 de la Constitución de la República.

En el supuesto de que dicha cláusula fuere ambigua, genere alguna duda o fuese incomprensible, ni siquiera se debe recurrir a las reglas de interpretación; pues si en el mismo convenio colectivo existe una cláusula que establece la forma como debe interpretarse el contrato colectivo de trabajo, se debe considerar esta. Además, en un Estado constitucional de derechos y justicia, es obligación del Tribunal actuar conforme lo dispone el numeral 3 del artículo 326 de la Constitución de la República, en concordancia con el artículo 7 del Código del Trabajo, que establecen que: *“En caso de duda sobre el alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, estas se aplicarán en el sentido más favorable a las personas trabajadoras”*; no hacerlo de esta manera, significaría una franca violación a los preceptos Constitucionales, tales como la tutela judicial efectiva, el principio pro obrero y la seguridad jurídica, siendo así cuestionable la actuación del Tribunal.

## **Consideración final**

Las interpretaciones de la ley y de los contratos de naturaleza civil, realizadas por ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador y por la ahora denominada Corte Nacional de Justicia, les da a las normas un sentido y alcance que difieren de la interpretación que les corresponde realizar cuando se trata de disposiciones de carácter laboral; pues por los principios que rigen el derecho del trabajo, como

el In dubio pro-operario, protector, les obliga a los jueces entender la norma en su verdadero sentido y alcance, para que no se produzcan contradicciones en cuanto a lo que determina la norma y lo que se resuelve sobre ella.

Para evitar la posibilidad de incurrir en un error de interpretación, que perjudique a la parte procesal que debe proteger, la propia ley (Art. 326.3 CRE y Art. 5 CT) establece que, en caso de duda en cuanto al alcance de las disposiciones legales, reglamentarias o contractuales en materia laboral, los funcionarios judiciales o administrativos deben aplicarlas en el sentido más favorable al trabajador, evitando así dictar un fallo equivocado y cometer una evidente injusticia, que afecte la imagen del máximo órgano de justicia ordinaria del país.

## Bibliografía

### Referencias doctrinarias

Galiano Maritán Grisel; La interpretación del Derecho en el ordenamiento jurídico ecuatoriano, Revista de Derecho Universidad de Guayaquil, 2019.

Galiano Maritan, Grisel, La interpretación de los contratos como actos jurídicos civiles, Revista Jurídica del Ministerio de Justicia, Tercera época, Año 2, Número 5, Enero-junio 2010.

GUASTINI, Riccardo, Estudios sobre la Interpretación Jurídica, 8va. edic., edit. Porrúa, México, 2008.

La Lama Rivera Luis Joaquín; Artículo “La interpretación jurídica en el ámbito laboral”, Madrid, 2021.

Marín María Adriana; Artículo: “Así se interpreta un contrato cuando sus cláusulas son ambiguas o poco claras”, Bogotá, 23 de octubre de 2018.

Masabanda Analuiza Galo (Dr.); Instrumentos jurídicos aplicables en la contratación individual de trabajo, edit. Pio XII, Ambato, 2018.

Palacio Lino Enrique, Manual de Derecho Procesal Civil, II, 6ta edic., edit. Abelardo-Perrot, Buenos Aires, 2009.

Plá Rodríguez Américo; Los principios del Derecho del trabajo, edit. Depalma, Buenos Aires, 1998.

Sánchez Lorenzo Sixto; Derecho Contractual Comparado I, La interpretación del contrato internacional: Una aproximación desde el derecho comparado, España, 2016.

Sánchez-Palacios Manuel, El Recurso de Casación Civil, edit. Jurista, Lima, 1999.

### **Referencias legales**

Constitución de la República del Ecuador (2008), incluye las reformas aprobadas en el Referéndum y Consulta Popular de 7 de mayo de 2011.

Código Civil del Ecuador, publicado en el suplemento del Registro Oficial, N.º 46 de 24 de junio de 2005, Codificación 010.

Código del Trabajo del Ecuador, última codificación, 1 de j



# LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL Y EL DERECHO FUNDAMENTAL A LA EDUCACIÓN: UNA REFLEXIÓN NECESARIA

BELÉN CLAVIJO REY<sup>295</sup>

Invitada

## Resumen

El progreso tecnológico ha reconfigurado la esencia misma de nuestras interacciones, nuestra percepción del entorno y nuestras respuestas a las cambiantes circunstancias. Esta metamorfosis se extiende a la manera en que exploramos la información, nos sumergimos en procesos educativos, generamos obras académicas y nos enfrentamos a la creciente amenaza de noticias falsas. En un contexto donde la permanencia es un concepto efímero, nos hallamos inmersos en una realidad de constante evolución, donde nada yace en un estado definitivo, sino que se halla inmerso en un ciclo perpetuo de actualización, ajuste, reconfiguración y, en algunos casos, eliminación. Esta dinámica nos invita a adoptar una mentalidad de adaptabilidad constante, donde la capacidad de asimilar, aprender y ajustarse se erige como una habilidad esencial en la navegación de este paisaje tecnológico en constante transformación.

**Palabras claves:** Big Tech, Derecho Fundamental a la Educación, ChatGPT, Inteligencia Artificial, Funcionamiento cerebral, Aprendizaje, Algoritmos, Brecha digital.

## Introducción

Vivimos en una era de transformación digital acelerada, donde la sociedad se enfrenta a desafíos multifacéticos en todas las áreas de la vida. De la era industrial hemos evolucionado hacia la era del conocimiento, marcada por un acceso sin precedentes a la información y una interconexión global inigualable. La inteligencia artificial (IA) se ha vuelto omnipresente en nuestras vidas diarias, desde la predicción de palabras en aplicaciones como WhatsApp hasta la capacidad de aprender y anticipar patrones a partir de datos.

---

<sup>295</sup> Máster en argumentación jurídica por las Universidades de Alicante y Palermo.  
Invitada a participar en este libro.

Pablo Rodríguez, en su obra “Inteligencia artificial, Cómo cambiará el mundo (y tu vida)”, destaca la capacidad de predicción de la IA, subrayando su habilidad para detectar tendencias y patrones que pueden usarse para predecir el futuro. Esta capacidad se ha integrado cada vez más en la educación, generando disrupciones que transforman la adquisición y procesamiento del conocimiento para estudiantes, profesores e investigadores.

El conocimiento, ahora más accesible que nunca gracias a la tecnología, ha experimentado una democratización. Sin embargo, este avance tecnológico no llega sin costos, y la revolución digital actual se asemeja a las transformaciones históricas en las formas de comunicación.

La integración de la IA en la educación ha sido un área de investigación durante décadas, buscando respaldar la educación formal y continua. La pandemia del COVID-19 aceleró la adopción de tecnologías, obligando a replantear la forma en que vivimos, nos comunicamos y aprendemos.

En la sociedad del conocimiento, la educación 4.0 se erige como un paradigma que fomenta el autoaprendizaje respaldado por la tecnología. La adquisición de habilidades esenciales va más allá de la lectura, escritura y habilidades numéricas, abarcando destrezas no cognitivas, pensamiento crítico y resiliencia.

Sin embargo, esta revolución digital demanda regulaciones éticas y sociales para la IA. La relación entre la IA y la educación plantea riesgos cognitivos y emocionales, ya que la interacción constante con dispositivos alimenta algoritmos que influyen en nuestro comportamiento.

En esta travesía hacia lo desconocido, la ciencia se erige como una nave que nos transporta a territorios inexplorados. La educación, concebida como un proceso dinámico, se ve enriquecida por el potencial de la inteligencia artificial para proporcionar un aprendizaje personalizado. Este estudio pretende contribuir a la comprensión de la IA y sus aplicaciones en la era digital, reconociendo la imperiosa necesidad de una orientación jurídica que guíe nuestro sendero hacia un futuro más sostenible.

El propósito fundamental de este artículo será tratar de responder a las siguientes interrogantes:

- I. En la actualidad, ¿es necesario integrar la inteligencia artificial como parte inherente de cada clase en la educación?

- II. ¿Es imprescindible para la generación actual poseer conocimientos de conceptos básicos que han sido utilizados durante décadas o incluso siglos?

## Derecho a la educación y la inteligencia artificial

La educación, es un derecho fundamental, que generalmente se encuentra garantizado en la Constitución de la mayoría de países, está reconocido internacionalmente como un derecho humano, suele enfatizar el libre acceso a todos los ciudadanos y ciudadanas sin discriminación y no se refiere únicamente a su acceso, sino también a la calidad con la que llega a cada persona.

En Ecuador, el artículo 26 de la Constitución establece que *“La educación es un derecho de las personas a lo largo de su vida y un deber ineludible e inexcusable del Estado. Constituye un área prioritaria de la política pública y de la investigación estatal, garantía de la igualdad e inclusión social y condición indispensable para el buen vivir. Las personas, las familias y la sociedad tiene derecho y la responsabilidad de participar en el proceso educativo”*; en su artículo 27 indica que *“La educación se centrará en el ser humano y garantizará su desarrollo holístico, en el marco del respeto a los derechos humanos, al medio ambiente sustentable y a la democracia; será participativa, obligatoria, intercultural, democrática, incluyente y diversa de calidad y calidez; impulsará la equidad de género, la justicia, la solidaridad y la paz; estimulará el sentido crítico, el arte y la cultura física, la iniciativa individual y comunitaria, y el desarrollo de competencias y capacidades para crear y trabajar. La educación es indispensable para el conocimiento, el ejercicio de los derechos y la construcción de un país soberano, y constituye un eje estratégico para el desarrollo nacional”*.

Y en su artículo 347, numeral 7 establece que será responsabilidad del Estado: *“7. Erradicar el analfabetismo puro, funcional y digital, y apoyar los procesos de post-alfabetización y educación permanente para personas adultas, y la superación del rezago educativo”*.

Por tanto, podemos asegurar como un hecho que nuestra legislación y la mayoría del mundo garantiza el derecho a la educación. En nuestro caso, además, establece que el Estado es el responsable de erradicar el “analfabetismo digital”.

La UNESCO<sup>296</sup> en el 2023 publicó las directrices para la gobernanza de las plataformas digitales, con la finalidad de salvaguardar la libertad de expresión y de

<sup>296</sup> UNESCO, Directrices para la gobernanza de las plataformas digitales, Salvaguardar la libertad de expresión y el acceso a la información con un enfoque de múltiples partes interesadas. Traducción: Traducteo, Publicado en 2023 por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 7, place de Fontenoy, Unesco, Paris, Francia, 2023.

los derechos de acceso a la información mientras se aborda la desinformación, el discurso de odio y las teorías de conspiración, para lo cual propuso cinco principios: 1. Aplicar el principio de debida diligencia en materia de derechos humanos; 2. Adherir a la normativa internacional en materia de derechos humanos, incluido en el diseño de la plataforma, la moderación y la curación de contenidos; 3. La transparencia de las plataformas; 4. Información y herramientas a disposición de las personas usuarias; y, 5. Las plataformas rinden cuentas ante las partes interesadas pertinentes.

En estas directrices se resaltan los principios rectores que deben seguirse en todos los sistemas de gobernanza que afectan la libertad de expresión y el acceso a la información. Esto es válido sin importar el tipo de regulación específica ni el enfoque temático, siempre y cuando dichas disposiciones estén alineadas con los principios establecidos.

La UNESCO llega a la conclusión de que las plataformas digitales han empoderado a individuos y sociedades, proporcionando amplias oportunidades para la comunicación, participación y aprendizaje. Han ofrecido un potencial significativo para grupos en situaciones de vulnerabilidad y marginación, democratizando espacios de interacción y brindando oportunidades para que diversas voces se conecten, sean escuchadas y se vuelvan visibles. Sin embargo, en los últimos años, el potencial de estas plataformas ha experimentado un deterioro gradual debido a la falta de previsión para abordar ciertos riesgos que conlleva el uso de la IA.

Nos encontramos en el pleno auge del Big Data, del *Learning Machine*, cuyo progreso tecnológico permite la masiva recolección de información de datos personales, su continuo análisis automatizado, con el propósito de comprender e incluso prever el comportamiento humano.

Aunque en un principio este modelo tenía como objetivo mejorar exclusivamente la orientación publicitaria, anticipando gustos o necesidades basándose en comportamientos previos, hemos avanzado un paso más allá. En la actualidad, la vigilancia constante de nuestras acciones constituye la piedra angular de un nuevo modelo de negocios. En este enfoque, se ofrecen servicios gratuitos a cambio de que los usuarios consientan proporcionar sus datos personales, creando así un exitoso modelo económico basado en la monitorización y vigilancia, definiendo y nutriendo un nuevo paradigma de negocios. Es así, que llegamos al punto en que nuestros datos personales son el nuevo oro en el mundo económico.

La existencia de este fenómeno involucra diversos procesos, desde la recolección de datos, ya sea de manera directa o indirecta, hasta la creación de perfiles basados en estos datos. Posteriormente, se deriva nueva información en función de

estos perfiles y prever futuros comportamientos. Por ejemplo, conocer los libros que una persona compra periódicamente puede utilizarse para anticipar a qué partido político apoyará, dirigiendo así la publicidad, pero también manipulándola, como por ejemplo, al presentar determinadas noticias primero, ofreciendo servicios específicos o excluyéndose de otros, entre diversas acciones, siendo las más peligrosas las noticias falsas.

## La inteligencia artificial en la educación

En primer lugar, vamos a tomar la definición de John McCarthy sobre inteligencia artificial para la presente investigación, él la definió como “[...] la ciencia y la ingeniería de la fabricación de máquinas inteligentes, especialmente programas informáticos inteligentes. Está relacionada con la tarea similar de usar computadoras para entender la inteligencia humana, pero la IA no tiene que limitarse a métodos que son biológicamente observables”. (IBM, 2023)

La introducción de la inteligencia artificial (IA) como parte integral de la educación es un tema que genera gran debate. Aquí resumo algunos puntos que he considerado los más importantes y que se pueden revisar en distintos foros, artículos, publicaciones y presentaciones de los entusiastas sobre la IA, ya que son convenientes al momento de evaluar sobre su incorporación en la educación, como por ejemplo: i. La preparación de los y las estudiantes para un mundo laboral más dependiente de diferentes tecnologías; ii. La IA puede contribuir al desarrollo de habilidades como en el pensamiento crítico, la resolución de problemas, la colaboración y la creatividad, al proporcionar herramientas y entornos de aprendizaje que fomenten y mejoren sus habilidades; iii. La IA puede adaptar el contenido educativo según las necesidades y el ritmo de cada estudiante, lo que permite un enfoque más personalizado y eficiente; iv. La IA puede ayudar a automatizar tareas administrativas y repetitivas, permitiendo que los educadores dediquen más tiempo a la enseñanza y la interacción personalizada con los y las estudiantes; v. La IA puede facilitar el acceso a información actualizada y recursos educativos, ampliando así las oportunidades de aprendizaje para estudiantes de diversas ubicaciones y contextos; vi. La introducción de la IA en la educación puede garantizar que no amplíe las brechas existentes en el acceso a la tecnología y que beneficie a todos los y las estudiantes, independientemente de su origen socioeconómico.

Estos puntos a favor de la IA no son absolutos, de hecho, podemos encontrar que en esas mismas afirmaciones se encuentran los cuestionamientos que debemos hacerle a la inteligencia artificial, como algunos de los puntos que desarrollaré a continuación.

## El desarrollo del cerebro

*“¿Qué es real? ¿Cómo defines lo real? Si estás hablando de lo que puedes sentir, lo que puedes oler, lo que puedes saborear y ver, entonces lo real son simplemente señales eléctricas interpretadas por tu cerebro”*, es una pregunta que realiza Morfeo, interpretado por Laurence Fishburne en *The Matrix*.

Nuestra experiencia y percepción del mundo están intrínsecamente vinculadas a la extraordinaria máquina que es nuestro cerebro. Aunque se han llevado a cabo numerosos estudios sobre este órgano fascinante, aún hay mucho terreno por descubrir. Comprender el cerebro es, en última instancia, comprendernos a nosotros mismos; desentrañar los misterios detrás de lo que nos impulsa a pensar, actuar y sentir.

El proceso de desarrollo y maduración cerebral suele concluir entre los 25 y 30 años. La corteza prefrontal, situada en la parte frontal del cerebro, es una de las últimas regiones en alcanzar la plena madurez y desempeña un papel crucial en habilidades complejas como la planificación, la priorización, la regulación emocional y la toma de decisiones.

Durante la infancia y primera infancia, experimentamos un rápido crecimiento y desarrollo de las estructuras cerebrales. La formación de sinapsis y la conexión de neuronas son especialmente intensas en estos períodos cruciales. La adolescencia, por su parte, representa una etapa crítica para el desarrollo cerebral, marcada por cambios significativos en la corteza prefrontal. Aunque la maduración de esta área continúa hasta la edad adulta temprana, la completa consolidación puede extenderse hasta mediados o finales de la veintena e incluso, en algunos casos, hasta los treinta años.

No obstante, la dinámica del cerebro no cesa a lo largo de la vida. Este fenómeno se conoce como plasticidad cerebral, donde el cerebro sigue cambiando y adaptándose a nuevas experiencias y desafíos. A medida que envejecemos, algunas funciones cognitivas pueden experimentar cierta declinación, pero la capacidad de aprendizaje y adaptación persiste de manera constante, acompañándonos a lo largo de toda la vida.

Stanislas Dehaene es un neurocientífico cognitivo ha escrito libros como *Lectura en el cerebro y la Conciencia y el Cerebro*, tuvo una participación en el programa digital de Youtube “Aprendamos Juntos 2030”, proyecto que cuenta con el reconocimiento de Naciones Unidas por su contribución a los Objetivos de Desarrollo Sostenible. Allí Dehaene<sup>297</sup> explora el funcionamiento del cerebro, ofreciendo una

<sup>297</sup> V. Completa. *Cómo funciona nuestro cerebro*. Stanislas Dehaene, neurocientífico. Canal de Youtube Aprendamos Juntos 2030. <https://youtu.be/j9EImcqgnE4?si=OzVIBgI4IYDIWcPs>

conferencia retroalimentada con preguntas de la audiencia donde explica su intento de comprender cómo opera este órgano y comenta que el mismo es una de las máquinas más extraordinarias de todo el universo, por ejemplo, el cerebro humano cuenta con aproximadamente 86,000 millones de neuronas interconectadas, siendo cada neurona en sí misma una suerte de microprocesador. Cada neurona se conecta con un promedio de otras 10,000 neuronas, dando como resultado una asombrosa cifra de 1,000 billones de sinapsis, los puntos de contacto entre las neuronas.

Todas nuestras experiencias, aprendizajes y palabras provienen de este increíble órgano y son los neurocientíficos quienes se han dedicado a comprender cómo opera esta compleja máquina, que, a pesar de los avances en inteligencia artificial, destaca Dehaene, que nuestro cerebro es una máquina aún más extraordinaria que las modernas creaciones tecnológicas. Este órgano, que pesa solo 1.5 kg, se compara favorablemente con los superordenadores necesarios para desarrollar modelos de inteligencia artificial, consumiendo aproximadamente 20 vatios, alrededor de un millón de veces menos que las computadoras requeridas para ejecutar modelos de inteligencia artificial como ChatGPT.

Aquí inicia mi primer acercamiento a la fascinante temática del aprendizaje. Según Dehaene, esta función representa la capacidad más extraordinaria de nuestro cerebro, permitiéndonos adaptarnos al mundo exterior a través de procesos sinápticos, donde las neuronas forman circuitos que posibilitan reconocer caras, imágenes, realizar cálculos y más.

¿Es el aprendizaje realmente necesario? ¿Es esencial aprender a leer o a multiplicar?

En el laboratorio de Dehaene, se estudia, entre otras cosas, la manera en que leemos. Se presentan palabras en una pantalla de forma rápida, aprovechando la velocidad de la lectura que permite proyectar una palabra cada 300 milisegundos, es decir, de tres a cuatro palabras por segundo. Para cada palabra, se investiga qué etapas del procesamiento de información alcanzan cada área cerebral. Mediante resonancia magnética en 3D, se visualiza cómo se consume energía en los circuitos cerebrales y dónde aumenta el flujo sanguíneo. Dehaene considera este mecanismo extraordinario, donde los vasos sanguíneos se dilatan para proporcionar más sangre, oxígeno y glucosa, evitando un consumo excesivo de energía por parte del cerebro.

Todo este complejo proceso del cerebro se basa en el aprendizaje. Aunque los seres humanos no pueden realizar dos tareas simultáneamente, mediante el aprendizaje se llega a un punto de automatización. Imaginemos a un deportista que dedica toda una temporada a entrenamientos, repeticiones de ejercicios

y tácticas. En este proceso, el cerebro aprende hasta automatizar movimientos, permitiendo que el cuerpo realice acciones específicas de manera más eficiente.

Cuando leemos un libro, nutrimos nuestro cerebro con imágenes, ideas, palabras, teorías, reflexiones y sentimientos. Al aprender matemáticas, como la tabla de multiplicación, liberamos la mente para realizar otras tareas una vez que hemos asimilado conceptos básicos. No automatizar ideas y permitir que el cerebro establezca conexiones entre las neuronas es crucial para el conocimiento y el discernimiento, evitando que la mente se quede atrapada en niveles más básicos (Kelly, 2006).

Por tanto, la consideración de integrar la inteligencia artificial en la educación debe ser meticulosa y reflexiva. Es esencial indagar hasta qué punto, desde cuándo y con qué propósito se introduciría. Deseamos evitar una sociedad donde nuestras formas de razonar, sentir, pensar y comunicarnos estén moldeadas por algoritmos proporcionados por la inteligencia artificial. Sin la preparación adecuada, corremos el riesgo de ser incapaces de discernir la veracidad de las afirmaciones de la inteligencia artificial o de cuestionar las conclusiones a las que llega.

La capacidad de reflexión, el discernimiento sobre si una teoría es positiva o negativa para cada individuo, la identificación de noticias falsas y la capacidad de sostener una conversación sin depender constantemente de dispositivos digitales son preocupaciones fundamentales. Dependemos cada vez más de herramientas que, en lugar de fortalecer el análisis crítico propio, se convierten en un sustituto y, en última instancia, debilitan nuestra capacidad de evaluación independiente. Estas preocupaciones son especialmente relevantes para aquellos que educan a las nuevas generaciones y tienen la responsabilidad de salvaguardar el derecho fundamental a la educación.

Para ahondar un poco en el tema me permitiré hablar de tres aspectos adicionales en este punto:

### **1. El Impacto de las redes sociales en la salud mental de niños y adolescentes: más allá de los likes y comentarios**

En la era digital actual, medimos nuestra valía social en términos de seguidores, likes y comentarios en las redes sociales. Pero, ¿cuál es el impacto real de estas interacciones en nuestro cerebro? Cada vez que recibimos un like, un comentario o algo que capta nuestra atención en plataformas digitales, nuestro cerebro responde liberando dopamina. Este neurotransmisor desempeña un papel crucial en el sistema de recompensas, influenciando diversos aspectos del sistema nervioso central, como el comportamiento, la cognición, la actividad motora, la

motivación, la recompensa, el sueño, la atención y el aprendizaje. La falta de dopamina puede tener consecuencias a nivel social, como la apatía y la anhedonia, la incapacidad de experimentar placer en las actividades cotidianas. La escasez de dopamina también se asocia con frecuencia a la ansiedad y la ansiedad social.

Un evento significativo que puso de manifiesto los riesgos de estas dinámicas fue el testimonio de Frances Haugen ante el Senado de Estados Unidos el 5 de octubre de 2021. Haugen expuso prácticas cuestionables de Meta, la empresa tecnológica detrás de plataformas como Facebook e Instagram. Acusó a la compañía de engañar a los usuarios sobre los efectos perjudiciales de sus plataformas, señalando que Meta inflige daño psicológico y emocional a niños y adolescentes a través de su contenido. Además, denunció que la empresa contribuye a la polarización y criticó a sus ejecutivos por resistirse a realizar cambios significativos en sus algoritmos, priorizando las ganancias económicas en detrimento de la seguridad de los usuarios. Estos señalamientos subrayan la necesidad urgente de reflexionar sobre cómo las redes sociales afectan la salud mental de las generaciones más jóvenes y abogar por prácticas más éticas y seguras en el entorno digital.

Durante su comparecencia ante el Comité de Comercio del Senado de los Estados Unidos de América, la experta Frances Haugen arrojó luz sobre la problemática del intercambio de fotos en Facebook e Instagram entre adolescentes, destacando el poderoso enfoque visual de estas plataformas. Haugen fue contundente al afirmar que este énfasis visual genera una presión social exacerbada, dando lugar a problemas de salud mental, inquietudes sobre la imagen corporal y, según reveló una investigación interna filtrada, casos de trastornos alimentarios y pensamientos suicidas.

En la misma sesión, el senador Richard Blumenthal de Connecticut reveló hallazgos alarmantes de su equipo, que creó cuentas ficticias de adolescentes para estudiar el algoritmo de Instagram. Descubrieron que el algoritmo, amplificado hasta extremos preocupantes, expuso a la supuesta adolescente a contenido relacionado con dietas no saludables, anorexia, bulimia e incluso temas de suicidio en pocos días. Esta revelación impactante evidenció que, en la búsqueda de ingresos por publicidad dirigida a menores de edad, el algoritmo estaba infligiendo daño significativo a la salud mental de niños y adolescentes, sacrificando el bienestar por ganancias.

La búsqueda de recompensas emocionales a través de las redes sociales puede transformarse en un comportamiento adictivo, paralelo a otros que desencadenan la liberación de dopamina. A medida que las personas experimentan esta liberación de dopamina, pueden caer en una dependencia de estas plataformas en busca de gratificaciones, creando un ciclo de retroalimentación peligroso. Aunque la dopamina en sí misma no es perjudicial, su uso excesivo en las redes

sociales puede contribuir a problemas de salud mental, como ansiedad, depresión, baja autoestima e incluso el suicidio. Además, existe una serie de amenazas adicionales, como la exposición al abuso, la intimidación y la extorsión, que se manifiestan en lo que conocemos como la Dark Red.

Es esencial reconocer que la relación entre la dopamina y el uso de redes sociales es un campo de investigación en evolución, con efectos variables según la persona y las circunstancias. Establecer un equilibrio y usar conscientemente las redes sociales son prácticas cruciales para mitigar posibles impactos negativos en la salud mental. Este equilibrio solo puede alcanzarse mediante controles básicos, transparencia por parte de las Big Tech y educación digital que aclare los términos y condiciones a los que accedemos y cómo se gestionan nuestros datos personales.

## **2. Tejido social en la era digital: entre la conexión y la posverdad**

Las redes sociales han tejido una red de interconexiones sin precedentes en nuestra época, proporcionándonos una abundancia de información de manera instantánea. Sin embargo, esta misma conectividad ha engendrado una paradoja: aunque estamos más interconectados que nunca, también corremos el riesgo de aislarnos en burbujas informativas que refuerzan y amplifican nuestros propios criterios. La discrepancia de opiniones, lejos de ser tolerada, a menudo se rechaza de manera tajante, extendiéndose más allá del ámbito digital y permeando en el mundo físico.

En este entorno digital, nos vemos inmersos en una constante era de posverdad. La velocidad con la que se difunde una noticia falsa supera con creces a la de una noticia veraz, y la mayoría de las personas rara vez se toma la molestia de verificar su autenticidad o exactitud. Este fenómeno se ve potenciado por una maraña de cuentas auténticas y bots que amplifican y propagan información sin distinción entre verdad y ficción. Las consecuencias de esta posverdad han llegado a socavar incluso la integridad democrática, como se evidenció en el caso del Brexit y el controvertido papel desempeñado por Cambridge Analytica<sup>298</sup>.

En esta encrucijada digital, la interconexión se entrelaza con la fragilidad de la verdad, planteando interrogantes cruciales sobre la forma en que percibimos y compartimos la información. La salud de nuestra democracia y nuestra convivencia social depende de nuestra capacidad para navegar y comprender este complejo tejido de conexión y desinformación, y encontrar el equilibrio entre la conectividad y la autenticidad en la era digital.

---

<sup>298</sup> Clavijo Rey, María Belén, El poder de las redes sociales en la democracia, Revista Novedades Jurídicas, Número 195, Ecuador, Septiembre 2022.

En la ausencia de cimientos robustos de conocimiento, en la carencia de los pilares que erigen un criterio propio, nos volvemos vulnerables a las artimañas de la manipulación y caemos presos de la polarización. Sin una base sólida que sustente nuestro discernimiento, corremos el riesgo de aceptar como verdad lo que en realidad es engaño. Esta falta de fundamentos no solo nos expone a la manipulación individual, sino que también erige una amenaza sutil pero penetrante para la salud de nuestras democracias, socavando los cimientos mismos sobre los cuales se erige la participación ciudadana informada y la toma de decisiones colectivas. La construcción y fortalecimiento de esos cimientos intelectuales se convierten, entonces, en un imperativo esencial para preservar la integridad de nuestras sociedades y garantizar un terreno fértil para el florecimiento de la verdad y la participación democrática.

### 3. Chatbots como ChatGPT

En la actualidad, casi toda la población ha escuchado sobre los bots<sup>299</sup>, brevemente, podemos decir que son robots automatizados que utilizan datos para dar respuesta a usuarios, por ejemplo, de alguna compañía y se asemejan a lo que sería la conversación entre dos personas, si pasan la prueba de Turing, es decir, si la IA puede imitar respuestas con apariencia de humanas.

El más famoso es ChatGPT, que es mucho más que un simple Bot, es una herramienta de procesamiento impulsado por la inteligencia artificial, que se manifiesta mediante lenguaje natural de fácil uso, lo que le permite tener conversaciones similares a las de los humanos, puede ayudarlo a responder preguntas, tareas, ensayos, así como redactar correos electrónicos.

Stan Skrabut, Director de Tecnología y Diseño Instruccional, parte de la facultad de Dean College para ayudar a integrar la tecnología en su enseñanza y aprendizaje, así como administrar su biblioteca, escribió un libro denominado “80 formas de usar chatGPT en el aula<sup>300</sup>”, analiza el ChatGPT indicando que *“Cuando se le preguntó, chatGPT explicó que es un modelo de lenguaje pre entrenado creado por OpenAI. Es una variante del modelo GPT (Generative Pre-training Transformer) y se entrena en un gran conjunto de datos de texto conversacional. Se puede ajustar para una variedad de tareas de procesamiento de lenguaje natural, como la traducción de idiomas, la respuesta a preguntas y la finalización de textos. También se puede usar para generar texto similar al humano para tareas como el desarrollo de chatbots y la generación*

<sup>299</sup> Un “bot” es un término abreviado de “robot” y se refiere a un programa de computadora diseñado para realizar tareas automatizadas en la web o en otros entornos digitales. Los bots pueden realizar diversas funciones, y su comportamiento puede variar según su propósito.

<sup>300</sup> Título original en inglés: “80 Ways to Use chatGPT in the Classroom”

*de lenguaje. [...] Los desarrolladores entrenaron a ChatGPT en un conjunto de datos de texto conversacional, incluida una amplia colección de diálogos de varias fuentes, como libros, películas y sitios web. OpenAI no ha revelado públicamente el conjunto de datos específico utilizado para entrenar el modelo. Sin embargo, prepararon el modelo con un conjunto de datos diverso que incluye una amplia gama de información fáctica, como eventos históricos, ciencia, tecnología y conocimiento general. Los datos de capacitación provienen de varias fuentes, como libros, artículos y sitios web que brindan información precisa y confiable. Además, el modelo podría haberse ajustado en conjuntos de datos fácticos específicos para mejorar su desempeño en ciertas tareas, aunque esta información no está disponible públicamente”<sup>301</sup>.*

El ChatGPT (Chat Generative Pre-Trained Transformer) ha generado un gran impacto en varias partes del mundo y en diversos sectores, especialmente en el ámbito académico. Ha captado la atención por sus respuestas detalladas y su método de generación, llegando incluso a provocar una huelga de escritores y actores en Estados Unidos. A pesar de ser criticado por algunos errores fácticos, como se evidenció recientemente en Colombia, donde un juez basó su sentencia en información incorrecta proporcionada por ChatGPT, citando una decisión de la Corte Constitucional colombiana que no existía.

Si recurrimos a ChatGPT para realizar nuestras tareas, redacciones o investigaciones, nuestras conexiones neuronales no lograrán desarrollarse. Similar al deportista que entrena y repite ejercicios, el éxito o fracaso de, por ejemplo, un artículo de investigación, no será el resultado de nuestro propio pensamiento, sino de la inteligencia artificial.

Es probable que tecnologías de este tipo continúen desarrollándose, eventualmente ocupando roles actualmente desempeñados por personas, como podría ser el caso de un asistente legal recién graduado. Aunque esto podría no afectar directamente al abogado principal del estudio jurídico, surge la interrogante de cómo un asistente legal recién graduado podrá aprender y desarrollarse si no tiene la oportunidad de cometer errores y recibir correcciones, un proceso crucial para adquirir experiencia.

Finalmente, es fundamental comprender que toda inteligencia artificial se nutre de datos personales, lo que significa que cualquier herramienta que utilicemos estará impregnada de nuestros sesgos y paradigmas. Si no establecemos cimientos lo suficientemente sólidos, corremos el riesgo de no utilizar la IA como una ayuda, sino como una sustitución de la actividad cerebral que deberíamos ejercer.

---

<sup>301</sup> Skrabut, Stan, “80 Ways to Use ChatGPT in the Classroom”, Editorial Stanley A. Skrabut, versión digital, Febrero 2023.

## Conclusiones

La inteligencia artificial aplicada a la educación constituye un tema tan vasto como la abundancia de investigaciones científicas y literatura que lo abordan. Este campo está transformando de manera significativa el sistema educativo a nivel mundial, integrándose de manera cada vez más habitual en numerosos aspectos de la vida cotidiana, centrándose en la integración de tecnologías, como el aprendizaje automático (Machine Learning) y el aprendizaje profundo (Deep Learning), en los sistemas y procesos educativos.

Ambas son técnicas fundamentales en el ámbito de la inteligencia artificial, permitiendo a los dispositivos electrónicos identificar patrones, realizar predicciones y aprender de los datos con los que las personas los vamos alimentando. Específicamente, el aprendizaje automático implica el uso de algoritmos que otorgan a los dispositivos electrónicos la capacidad de aprender y mejorar su rendimiento con el tiempo. Por otro lado, el aprendizaje profundo se enfoca en entrenar redes neuronales para llevar a cabo tareas complejas, imitando la estructura y función del cerebro humano.

La tecnología y el mundo digital han transformado nuestra vida y, a medida que más niños, niñas y adolescentes se conectan en línea en todo el mundo, su infancia también está cambiando. Actualmente, vemos adolescentes de 15 años absortos en dispositivos digitales, conversando entre ellos, pero de manera indirecta a través de la IA, lo que ha disminuido significativamente sus habilidades de comunicación directa, especialmente desde el inicio de la pandemia del COVID-19 y el confinamiento.

El uso de la IA conlleva problemas de salud mental, impacto en el desarrollo cerebral y una sobrecarga de dopamina. Sin embargo, no todo en la IA es negativo para el aprendizaje. Por ejemplo, existen programas que brindan acceso a una educación de calidad en áreas remotas y sin recursos económicos. En medicina, la IA ha realizado cirugías complejas y ha ayudado a personas con discapacidad a recuperar sensibilidad y movilidad.

La IA puede automatizar tareas rutinarias, liberando tiempo para actividades más creativas, mejorar la eficiencia operativa, reducir costos y optimizar procesos en diversos sectores. Además, puede analizar grandes conjuntos de datos de manera más rápida y precisa que los métodos tradicionales, proporcionando información valiosa para la toma de decisiones. En medicina, se utiliza en diagnósticos, investigación de medicamentos y gestión de registros de salud electrónicos, mejorando la precisión y eficacia de la atención médica.

Sin embargo, junto con estas ventajas, existen riesgos que Cathy O’Neil denomina “Armas de destrucción matemática”, refiriéndose a cómo el big data puede aumentar la desigualdad y amenazar la democracia. O’Neil destaca la importancia de integrar mejores valores en los algoritmos y modelos de big data para priorizar la justicia sobre los beneficios.

O’Neil presenta ejemplos de cómo los modelos matemáticos afectan a las personas y los derechos en diversas áreas. Por ejemplo, una profesora de matemáticas en un barrio pobre fue despedida debido a un programa estadístico de evaluación de profesores. Este tipo de evaluaciones pueden perjudicar a personas pobres y contribuir a la repetición de círculos de pobreza y falta de educación de calidad. Es esencial revisar críticamente las fórmulas y algoritmos utilizados para evitar sesgos y crear una sociedad más justa.

Debemos tener presente que *“los datos no van a desaparecer, ni tampoco los ordenadores... y aún menos las matemáticas. Los modelos predictivos son las herramientas de las que dependeremos cada vez más para dirigir nuestras instituciones, desplegar nuestros recursos y gestionar nuestras vidas<sup>302</sup>”* y las Big Tech utilizan nuestros datos personales para enriquecerse y son nuestros datos personales, tal vez, lo más valioso que tengamos en la actualidad.

O’Neil dice que su esperanza está en que las ADM *“pasen a la historia, al igual que ocurrió con las terribles minas de carbón de hace un siglo, como las reliquias de los albores de esta nueva revolución, antes de que aprendiéramos a introducir la justicia y la rendición de cuentas en la era de los datos. Las matemáticas se merecen mucho más que las ADM, y la democracia también<sup>303</sup>”*

Lo que podemos asegurar es que la IA, los avances tecnológicos son inevitables, de la forma en la que Kevin Kelly lo describe y predice las 12 consecuencias inevitables que sucederán en los próximos treinta años, él habla del concepto de “inevitable” de una manera diferente y dice que *“Hay un sesgo en la naturaleza de la tecnología que la inclina en ciertas direcciones y no en otras. En igualdad de condiciones, la física y las matemáticas que rigen la dinámica de la tecnología tienden a favorecer ciertos comportamientos. Estas tendencias existen principalmente en las fuerzas agregadas que dan forma a los contornos generales de las formas tecnológicas y no gobiernan casos específicos o particulares [...]”* Es decir, que la inevitabilidad en el ámbito digital es el resultado del *“[...] impulso de un cambio tecnológico en curso. Las fuertes*

<sup>302</sup> O’NEIL, Cathy, *Armas de destrucción matemática. Cómo el big data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia*, Traducción: Violeta Arranz de la Torre, Editorial Crown Books, Estados Unidos, 2016.

<sup>303</sup> *Ibídem.*

*mareas que dieron forma a las tecnologías digitales durante los últimos 30 años seguirán expandiéndose y fortaleciéndose en los próximos 30 años*<sup>304</sup>.

En el inicio de este artículo planteamos dos preguntas:

**i. En la actualidad, ¿es necesario integrar la inteligencia artificial como parte inherente de cada clase en la educación?**

La integración de la inteligencia artificial como parte inherente de cada clase en la educación es un tema debatido y depende de diversos factores, entre los que podemos considerar están los siguientes:

- **Oportunidades de Aprendizaje:** La IA puede proporcionar oportunidades de aprendizaje personalizado y adaptativo, atendiendo a las necesidades individuales y particulares de los y las estudiantes.
- **Tecnología Emergente:** La educación contemporánea se ve influenciada por avances tecnológicos, y la IA puede ser una herramienta valiosa para preparar a los y las estudiantes para el mundo digital al que se enfrentarán cuando sean profesionales en búsqueda de trabajo.
- **Desarrollo de Habilidades:** La integración de la IA puede ayudar a los y las estudiantes a desarrollar habilidades relevantes, como la resolución de problemas, la colaboración y la comprensión del mundo tecnológico.
- **Desafíos Éticos y de Privacidad:** La implementación de la IA en la educación también plantea desafíos éticos y de privacidad que deben abordarse adecuadamente.
- **Acceso y Equidad:** Es esencial garantizar que la integración de la IA no amplíe las brechas existentes en el acceso a la educación y que todos los y las estudiantes se beneficien de manera equitativa.

En última instancia, tomar la decisión de incorporar la inteligencia artificial (IA) en el ámbito educativo demanda una reflexión profunda, ya que esta integración se presenta como una oportunidad excepcional para renovar los métodos de enseñanza y aprendizaje. Al analizar la posibilidad de introducir la IA, resulta crucial considerar meticulosamente los beneficios que podría brindar al enriquecer

---

<sup>304</sup> KELLY, Kevin, *The Inevitable, Understanding the 12 technological forces that will shape our future*, Penguin Books, New York, New York, Sexta Versión, 2017.

la calidad del proceso educativo, al personalizar la enseñanza para adaptarse a las necesidades individuales de los y las estudiantes y al promover el desarrollo de habilidades fundamentales para el siglo XXI.

La IA desempeña un papel vital al ofrecer análisis de datos en tiempo real, identificar patrones en el desempeño de los y las estudiantes y ajustar dinámicamente el contenido del curso. Esto no solo aumenta la eficiencia de los procesos educativos, sino que también permite a los educadores modificar sus enfoques según las fortalezas y debilidades específicas de cada estudiante.

Sin embargo, la implementación de la IA en la educación debe abordar integralmente desafíos éticos, de privacidad y de equidad. Es imperativo asegurar que todos los y las estudiantes, independientemente de su contexto socioeconómico, accedan de manera equitativa a las herramientas basadas en IA y que la recopilación de datos cumpla con estándares éticos y de privacidad rigurosos. Además, la capacitación de los educadores para colaborar con tecnologías emergentes se vuelve esencial para aprovechar al máximo los beneficios potenciales de la IA.

Indudablemente, la integración de la IA en la educación representa una oportunidad única, pero su adopción debe basarse en una evaluación minuciosa de los posibles impactos, asegurando así una contribución positiva a la calidad educativa y al desarrollo integral de los y las estudiantes.

**ii. ¿Es imprescindible para la generación actual poseer conocimientos de conceptos básicos que han sido utilizados durante décadas o incluso siglos?»**

En este vertiginoso siglo de transformaciones y avances tecnológicos, la pertinencia de asimilar los fundamentos arraigados durante décadas o siglos se convierte en un fascinante dilema. La respuesta a esta interrogante se enreda en la complejidad de equilibrar la tradición con la necesidad apremiante de adaptarse a un mundo en constante evolución.

Desde una perspectiva tradicional, estos conocimientos fundamentales, legado transmitido a través de generaciones, constituyen la sólida base sobre la cual se edifica nuestra comprensión del mundo. Son los cimientos que han sostenido la evolución del pensamiento humano y han forjado una comprensión profunda en disciplinas fundamentales. No obstante, la realidad contemporánea nos desafía a explorar nuevas fronteras, cuestionando si estos pilares, aunque venerables, son suficientes para afrontar los desafíos de nuestro tiempo.

En la era de la información y la tecnología, la capacidad de adaptación y la adquisición de habilidades prácticas se tornan esenciales. Aquí surge la pregunta

crucial sobre la necesidad apremiante de aferrarse a conceptos históricamente significativos frente a la urgencia de abrazar nuevos paradigmas.

En última instancia, la generación actual se halla en una encrucijada donde la preservación del legado intelectual entrelaza su tejido con la capacidad de innovar y adaptarse. Debe lograrse un equilibrio armonioso entre la riqueza de la tradición y la audacia de explorar lo desconocido, construyendo así un puente entre la continuidad y la vanguardia. Este puente se erige como la senda para edificar un futuro enriquecido por la mezcla única de lo antiguo y lo nuevo.

Tomando en cuenta lo antes dicho, podríamos concluir que la integración de la inteligencia artificial en la educación ofrece beneficios sustanciales; no obstante, es imperativo abordar con cautela los desafíos asociados y garantizar su implementación de manera ética y equitativa. La decisión de incorporar la IA debe derivarse de una evaluación exhaustiva de las necesidades educativas específicas y requerir una preparación adecuada para asegurar su efectiva aplicación.

En este sentido, es crucial que diversos actores, como gobiernos, juristas, operadores judiciales, especialistas en educación, entre otros, colaboren para establecer tanto los plazos como los límites, reconociendo la integridad de nuestros derechos fundamentales a la educación, la salud y la protección de datos personales.

La tecnología, por más increíble y beneficiosa que sea para la humanidad, debe ser también ética. En este nuevo paradigma de cambio constante, donde la digitalización nos sumerge en un entorno en constante evolución, la importancia recae en el proceso más que en la conclusión. Nuestra realidad se caracteriza por la continua llegada de nuevos productos y servicios, lo que destaca la necesidad de establecer sólidos fundamentos en la educación actual.

En este entorno de cambio incesante, la valoración se orienta hacia el proceso: cómo alcanzar una nueva etapa, mejorar un invento existente, evitar sesgos en algoritmos, reconocer noticias falsas y proteger nuestros datos personales. Los educadores y los y las estudiantes deben dirigir su enfoque hacia la comprensión y la adaptación a este proceso continuo, considerándolo como el eje fundamental de nuestro mundo en constante transformación (Kelly, 2016).

El Derecho entendido como el conjunto de normas que guían nuestra sociedad, se encuentra ante un desafío monumental al intentar adecuarse al vertiginoso ritmo de los avances tecnológicos. Es innegable que seguir este paso acelerado resulta imposible, sin embargo, es inevitable que el Derecho desempeñe un papel crucial al establecer los cimientos, límites y modalidades necesarios para proteger los derechos de las personas en el entorno digital.

En este escenario, la urgencia recae en que el Derecho asuma la responsabilidad de salvaguardar a los individuos en el vasto espectro del mundo digital. Esta tarea implica resguardarnos de la influencia de algoritmos sesgados, defendernos de la propagación de noticias falsas y establecer medidas para garantizar la ética en el uso de la inteligencia artificial y los algoritmos que la conforman. Todo esto se convierte en una tarea imperativa que recae sobre los Gobiernos, exigiendo acuerdos mínimos basados en principios éticos y morales.

En este contexto, resguardar nuestros datos personales emerge como una prioridad fundamental. La protección efectiva de la privacidad se convierte en un pilar esencial para que los beneficios derivados de la inteligencia artificial contribuyan a construir una sociedad mejor. Visualicemos un futuro en el que la inteligencia artificial respalde avances médicos transformadores, permitiendo a personas parapléjicas recuperar su movilidad. Imaginemos un escenario en el que grupos minoritarios en países radicales puedan conectarse y defender sus derechos a través de plataformas digitales. Contemplemos una realidad en la que niños, niñas y adolescentes, sin importar su ubicación geográfica, tengan acceso a una educación de calidad.

En conclusión, la tarea de armonizar el avance tecnológico con un marco legal que garantice derechos, ética y equidad es crucial para aprovechar plenamente los beneficios de la revolución digital y construir un futuro inclusivo y progresista. Este desafío requiere una respuesta integral y colaborativa que asegure el desarrollo sostenible y ético de la sociedad en la era digital.

Esa es la nueva utopía, pero también es el nuevo desafío para el Derecho.

## Bibliografía

- Alonso, P. (2017). Fake news y posverdad en tiempos de populismos: lecciones para periodistas. Cuadernos de periodistas: revista de la Asociación de la Prensa de Madrid, 34, 77-84.
- Alzate León, Jorge Leonardo, "Juzgado en Cartagena recibió ayuda de Inteligencia Artificial para resolver una tutela por desatención en salud". Recuperado de <https://www.infobae.com/colombia/2023/02/01/juzgado-en-cartagena-recibio-ayuda-de-inteligencia-artificial-para-resolver-una-tutela-por-desatencion-en-salud/>
- Aros Chía, R. M. (2001). Derecho a la Intimidad frente a la Sociedad de la Información. Santiago de Chile. Recuperado de: [http://www.euv.cl/archivos\\_pdf/rev\\_derecho/rev\\_derecho\\_articulo\\_22.pdf](http://www.euv.cl/archivos_pdf/rev_derecho/rev_derecho_articulo_22.pdf)

Ayuso-del Puerto, Desirée; Gutiérrez-Esteban, Prudencia La Inteligencia Artificial como recurso educativo durante la formación inicial del profesorado RIED. *Revista Iberoamericana de Educación a Distancia*, vol. 25, núm. 2, 2022 Asociación Iberoamericana de Educación Superior a Distancia, España Disponible en: <https://www.redalyc.org/articulo.oa?id=331470794017>

DOI: <https://doi.org/10.5944/ried.25.2.32332>

Bender, Emily M, Gebru, Timnit, McMillan-Major, Angélica, Shmitchell, Shmargaret, On the Dangers of Stochastic Parrots: Can Language Models Be Too Big?, *FAcct '21: Proceedings of the 2021 ACM Conference on Fairness, Accountability, and Transparency*, Marzo, 2021, Pág 610-623. <https://doi.org/10.1145/3442188.3445922>

Bercholz, J. O. (2015). Opinión pública y democracia. Influencia y efectos de los medios de comunicación masiva en los comportamientos sociales, en el Poder Judicial y en el sistema político e institucional. Buenos Aires: Lajouane.

Bercholz, Jorge (2020), Las nuevas tecnologías de la información y comunicación (TIC) y sus efectos en los institutos de participación y representación política, *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*. Universidad Nacional de La Plata. UNLP, Año 17/Nro. 50-2020, pág. 529-547. <https://doi.org/10.24215/25916386e055>

Big Tech CEOs testify before Congress, marzo 2021, recuperado a partir de <https://www.youtube.com/watch?v=hAZphIEzPNc>

Bond, Shannon, Facebook, Twitter, Google CEOs Testify Before Congress: 4 Things to know, portal digital NPR, recuperado a partir de <https://www.npr.org/2021/03/25/980510388/facebook-twitter-google-ceos-testify-before-congress-4-things-to-know>

Burgos Suárez, J. A. (2019). Un acercamiento crítico a las noticias falsas desde la teoría de Lippmann. *Filo de Palabra*, 25, 7-17.

Cabezuelo Lorenzo, F., y Manfredi, J. L. (2019). Posverdad, fake-news y agenda política en el discurso de Trump en Twitter. *Historia y comunicación social*, 24(2), 449-483. doi: <https://doi.org/10.5209/hics.66291>

Cambridge Dictionary (2020). Fake news. Recuperado de <https://bit.ly/2NYCcw3>

Clavijo Rey, María Belén, La inteligencia artificial y el dilema de su uso en la administración de justicia, *Revista Novedades Jurídicas*, Número 204 Ediciones Legales, Ecuador, Junio 2023.

Clavijo Rey, María Belén, El poder de las redes sociales en la democracia, *Revista Novedades Jurídicas*, Número 195, Ecuador, Septiembre 2022.

Crisis en Facebook: esta es tu vida digital <https://www.analisis.com.ar/crisis-en-facebook-esta-es-tu-vida-digital/>

Datos Personales en la Unión Europea. Recuperado de: [https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-protection-eu\\_es#:~:text=La%20Carta%20de%20Derechos%20Fundamentales,se%20protejan%20sus%20datos%20personales](https://ec.europa.eu/info/law/law-topic/data-protection/data-protection-eu_es#:~:text=La%20Carta%20de%20Derechos%20Fundamentales,se%20protejan%20sus%20datos%20personales)

Danesi, Cecilia (2022), *El imperio de los algoritmos*, 1era. Edición, Digitalización: Proyecto 451, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: Galerna, Libro digital.

Depresión, ansiedad y pensamientos suicidas: el informe que Facebook ocultó sobre los efectos de Instagram, *El Mundo*. Recuperado a partir de <https://www.elmundo.es/papel/historias/2021/09/16/61422022e4d4d89b3f8b4580.html>

Diccionario digital de la Real Academia de la Lengua

Diccionario digital Cambridge

Diccionario digital Oxford

Elías, C. (2018). Fakenews, poder y periodismo en la era de la posverdad y 'hechos alternativos'. *Ámbitos. Revista Internacional de Comunicación*, 40, 19-24.

El Gran Hackeo (Nada es privado), Netflix 2021.

Facebook Whistleblower Testifies at Senate Hearing / NBC News, diciembre 2021, recuperado de [https://www.youtube.com/watch?v=\\_IhWeVHxdXg](https://www.youtube.com/watch?v=_IhWeVHxdXg)

Franceschin, Tomás (2016), Los chatbots: Una tecnología que puede revolucionar el sistema educativo, blog edu4me, recuperado de <http://edu4.me/los-chatbots-una-tecnologia-que-puede-revolucionar-el-sistema-educativo/>

García-Peña Víctor René, Mora-Marcillo Alex Bladimir y Ávila-Ramírez Jhonny Antonio, La inteligencia artificial en la educación. *Revista Científica Dominio de las Ciencias*, Vol. 6, núm. 3, Especial septiembre 2020, pp. 648-666, DOI: <http://dx.doi.org/10.23857/dc.v6i3.1421>

Garrido Courel, Maite (2014), El test de Turing o la inteligencia de las máquinas, *elDiario.es*, recuperado de [https://www.eldiario.es/tecnologia/diario-turing/test-turing-inteligencia-maquinas\\_1\\_5043307.html](https://www.eldiario.es/tecnologia/diario-turing/test-turing-inteligencia-maquinas_1_5043307.html)

IBM. (2023). IBM. Recuperado el 06 de julio de 2023, de <https://www.ibm.com/mx-es/topics/artificial-intelligence>

Julian McDougall, Maria-José Brites, Maria-João Couto & Catarina Lucas(2019) Digital literacy, fake news and education / Alfabetización digital, fake news y educación, *Cultura y Educación*, 31:2, 203-212, Recuperado a partir de <https://doi.org/10.1080/11356405.2019.1603632>

Kaplan, Andreas y Haenlein, Siri, Siri, in my hand: Who's the fairest in the land? On the interpretations, illustrations, and implications of artificial intelligence, *ElSevier*,

- Kelley School of Business, Universidad de Indiana, Business Horizons, Indiana, EE.UU. (2019), pág. 62, 15-25. DOI: 10.1016/j.bushor.2018.08.004
- Kelly, Kevin, *The Inevitable, Understanding the 12 technological forces that will shape our future*, Penguin Books, New York, New York, Sexta Versión, 2017
- Kirkpatrick, Jeane, *The Myth of Moral Equivalence*, Imprimis, enero 1986. Recuperado a partir de <https://imprimis.hillsdale.edu/the-myth-of-moral-equivalence/>
- Mills, Anna y Goodlad, Lauren M.E. (CC BY NC 4.0), *Adaptando la escritura universitaria a la era de los Modelos de Lenguaje a Gran Escala como ChatGPT: Próximos pasos para educadores*, traducido por Juan David Gutierrez en el Foro Administración, Gestión y Política Pública, Divulgación de ideas, investigación e información, Enero, 2023. Recuperado de <https://forogpp.com/2023/01/24/adaptando-la-escritura-universitaria-a-la-era-de-los-grandes-modelos-de-lenguaje-como-chatgpt-proximos-pasos-para-educadores/>
- Mystakidis, S. *Metaverse*. *Encyclopedia* 2022, 2, 486—497. <https://doi.org/10.3390/encyclopedia2010031>
- O'NEIL, Cathy, *Armas de destrucción matemática. Cómo el big data aumenta la desigualdad y amenaza la democracia*”, Traducción: Violeta Arranz de la Torre, Editorial Crown Books, Estados Unidos, 2016.
- Rabinovich-Berkman, Ricardo D., *¿Cómo se hicieron los derechos humanos? Un viaje por la historia de los principales derechos de las personas, Volúmen I Los derechos existenciales*, Ediciones Didot, Buenos Aires, 2017.
- Redacción KeepCoding, *¿Cómo programar inteligencia artificial? (5 lenguajes)*, consultado al 24 de agosto de 2022. Recuperado de <https://keepcoding.io/blog/como-programar-inteligencia-artificial/>
- Rodríguez, Pablo, *“Inteligencia artificial. Cómo cambiará el mundo (y tu vida)*, Traducido por Jorge Rizzo, Ediciones Deusto, Primera Edición, Barcelona, España, 2018.
- Rouhiainen, Lasse Petteri, *Inteligencia Artificial, 101 cosas que debes saber hoy sobre nuestro futuro*”, Editorial Planeta S.A., Barcelona, 2018.
- Russell, Stuart, *Inteligencia artificial de beneficios probados*, 2017, recuperado de <https://www.bbvaopenmind.com/wp-content/uploads/2017/01/BBVA-OpenMind-Inteligencia-artificial-de-beneficios-probados-Stuart-Russell.pdf>
- Sánchez Vásquez, Carolina, & Toro-Valencia, José. (2021). *El derecho al control humano: Una respuesta jurídica a la inteligencia artificial*. *Revista chilena de derecho y tecnología*, 10(2), 211-228. <https://dx.doi.org/10.5354/0719-2584.2021.58745>

Sentencia No. 032, Rama Judicial, Consejo Superior de la Judicatura, República de Colombia  
<https://forogpp.files.wordpress.com/2023/01/sentencia-tutela-segunda-instancia-rad.-13001410500420220045901.pdf>

Siemens, G. 2006. Conociendo el conocimiento. Nodos Ele Editorial. E-books.

Skrabut, Stan, "80 Ways to Use ChatGPT in the Classroom", Editorial Stanley A. Skrabut, version digital, Febrero 2023.

Soto, L., Sánchez, S., Ramos, D., Colque, O., & Menacho, I. (2022). Plataformas educativas virtuales y el desarrollo profesional en Instituciones Educativas de un distrito de Lima-Perú. *Revista de Investigación en Ciencias de la Educación*, 6(26), 2041 - 2051. Recuperado el 30 de junio de 2023, recuperado de <https://revistahorizontes.org/index.php/revistahorizontes/article/download/716/1400/3933>

Svetlana Boym, *The Future of Nostalgia* (hay trad. Cast.: *El futuro de la nostalgia*, Madrid, Antonio Machado, 2015).

UNESCO, *Directrices para la gobernanza de las plataformas digitales, Salvaguardar la libertad de expresión y el acceso a la información con un enfoque de múltiples partes interesadas*. Traducción: Traducteo, Publicado en 2023 por la Organización de las Naciones Unidas para la Educación, la Ciencia y la Cultura, 7, place de Fontenoy, Unesco, Paris, Francia, 2023.

V. Completa. *Cómo funciona nuestro cerebro*. Stanislas Dehaene, neurocientífico. Canal de Youtube *Aprendamos Juntos 2030*. <https://youtu.be/j9EImcqgnE4?si=OzVIBgI4IYDIWcPs>

Zúñiga Vásquez, F. G., Mora Poveda, D. A. y Molina Mora, D. P. (2023). La importancia de la inteligencia artificial en las comunicaciones en los procesos marketing. *Vivat Academia*, 156, 19-39. <http://doi.org/10.15178/va.2023.e1474>

Cerramos la gestión de las maestrías en Derecho Constitucional y en Derecho mención Derecho Procesal de la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil en el año 2023 con la edición de este libro: Derecho Público e Inteligencia Artificial. Su autoría corresponde a diversos profesores de las mismas, lo cual en sí mismo es un esfuerzo importante, particularmente porque cada uno lleva adelante su vida de abogado/a.

El hacer Universidad comprende ejecutar labores como publicar obras de autoría de quienes la conforman. Felices cumplimos esta labor tanto por nuestra imborrable inclinación académica como porque forma parte del bien ganado prestigio de ambas maestrías. Las dos son conocidas por su aporte en la organización de webinars de alto interés.

Para esta publicación hemos invitado a la magíster Belén Clavijo Rey, quien ha desarrollado un trabajo sobre la inteligencia artificial y la educación. Gracias, pues, a todos los autores: Miguel Hernández T., Nuria Pérez, Danny Cevallos, Johnny de la Pared, Kleber Sigüencia, Miriam Ivanega, Juan Carlos Benalcázar, Leonardo Massimino, Juan Carlos Vivar, Nicolás Rodríguez, Efraín Duque y Belén Clavijo.

**DR. MIGUEL HERNÁNDEZ TERÁN**  
**DIRECTOR DE LAS MAESTRÍAS EN DERECHO CONSTITUCIONAL**  
**Y EN DERECHO MENCIÓN DERECHO PROCESAL**

**UNIVERSIDAD CATÓLICA DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL**



**UJO** Acuña E2-02 y Agama  
Telfs. (593-2) 2221-711 / 2232-693 / 2232-694 / 2232-696  
WhatsApp: 099 726 5160 - 099 274 7594  
Fax (593-2) 2226-256 Apartado 172100186

**GYE** Cel.: 0981 928 173 / 0984 058 378

**CUE** Honorato Vásquez 794 y Luis Cordero Telf. (593-7) 2837-281

[www.cep.org.ec](http://www.cep.org.ec) ▪ [actualizacionvirtual@hotmail.com](mailto:actualizacionvirtual@hotmail.com)

**P.V.P.: USD 20.00**

ISBN: 978-9942-10-845-6



9789942108456