

Juris Dictio.

Nº. 31, JUN. 2023

E-ISSN 2528-7834

Iuris Dictio

Director editorial

Diego Falconí Trávez

Coordinador editorial

Efraín Caravantes

Comité científico

Catalina Botero (Universidad de los Andes, Colombia), Paolo Carozza (Notre Dame University, Estados Unidos), Larry Catá Backer (Penn State Law, Estados Unidos), Fabián Corral Burbano de Lara (Academia Ecuatoriana de la Lengua, Ecuador), Andrés Jakab (Univerisdad de Salzburgo, Austria), Esther Torrelles (Universidad de Salamanca, España), Peter Van den Bossche (Maastricht University, Holanda), Virginia Zambrano (Universidad de Salerno, Italia).

Comité editorial

Marena Briones, Eddy de la Guerra, Johanna Fröhlich, Andrés Felipe López Latorre, Andrés Martínez, Álvaro Paúl, José Gustavo Prieto, Daniela Salazar.

Asistentes editoriales

Doménica Acebo, Paula Cantos Cárdenas, Gabriel Cela Quezada, María Paulina Conde, Isabella Cordero Cuesta, María Paz León, Eduarda Navarrete, Steven Vásconez Jácome, David Yumiceba.

Revisores pares

Alberto Brown, Daniela Cazar, Diego Cevallos Salgado, Gabriela Díaz, Efrén Ernesto Guerrero Salgado, Rodrigo Jijón, María José León, Diego Martínez, Juan Mena, José Gabriel Terán Naranjo, Michelle Vasco, Paula Verdugo, Marta Villagomez.

Diseñadora

Mayra Overney-Falconí

Maquetadora

Krushenka Bayas

Webmaster

Jaime Páez

Licencia legal: Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional.

<https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/deed.es>



LC: KHK 10 .197 CDD: 340.05

Iuris Dictio [Publicación Periódica] / Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito.

Año 1, No 1 (ene 2000), Quito: Universidad San Francisco de Quito, 2000-v. Semestral –junio-diciembre

ISSN: 1390-6402 e-ISSN: 2528-7834 1. Jurisprudencia – Ecuador – Publicaciones seriadas. 2. Interpretación del Derecho.

Publicaciones seriadas I. Universidad San Francisco de Quito, Colegio de Jurisprudencia

E-mail: revistaiurisdictio@usfq.edu.ec

Página web: <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio>

POLÍTICA DE PUBLICACIÓN

1. Enfoque y alcance

Iuris Dictio es una publicación arbitrada que se orienta al estudio del Derecho. Su objetivo es difundir investigaciones originales y recientes que contribuyan al análisis y discusión del complejo fenómeno jurídico.

Con el objetivo de que el debate se difunda de modo extenso, periódico y en el marco de una academia internacional socialmente responsable, *Iuris Dictio* se publica de manera semestral y todos sus artículos son de libre acceso y circulación.

La revista fue fundada en 1998 y está adscrita al Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito USFQ. Se basa en la filosofía de Artes Liberales y, en tal virtud, acoge a especialistas de diversas instituciones y experiencias académicas como parte de su equipo editorial.

En su afán de entender al mundo contemporáneo, la revista intenta que cada uno de sus números conjugue el análisis generalista del Derecho con la especialización requerida por determinados temas jurídicos, a través de la publicación de artículos y reseñas innovadores y de calidad por parte de personas interesadas en el quehacer académico.

Iuris Dictio se orienta a un público especialista en el Derecho. No obstante, la sección de Entrevistas busca tener un alcance más divulgativo que apunta a que personas que no necesariamente conocen a profundidad el derecho puedan acercarse al quehacer jurídico.

2. Política de secciones

Iuris Dictio posee cinco secciones: dossier, miscelánea, traducciones, reseñas y entrevistas.

Dossier

Esta sección tiene como objetivo reunir un conjunto de artículos, cuyas contribuciones supongan una aportación original, en torno a un tema especializado para el Derecho. Los artículos para el dossier son enviados a la revista en respuesta a una convocatoria que ha sido previamente anunciada y que rige entre los 8 y 12 meses, periodo en el cual las personas interesadas envían sus trabajos para su evaluación. Los artículos a enviarse pueden ser de cuatro tipos: a) análisis teóricos o doctrinales; b) análisis de normativas nacionales o internacionales; c) comentarios jurisprudenciales; d) análisis comparatistas.

La sección dossier es coordinada por un/a especialista en el área. Todos los artículos deben ajustarse a los criterios del Manual de estilo de la revista y responder a las Normas de Publicación. Asimismo, todos los artículos enviados deben ser inéditos y no pueden estar en procesos de evaluación en ninguna otra publicación. La extensión de cada artículo debe tener entre 20.000 y 40.000 caracteres (sin espacios).

Miscelánea

Esta sección está compuesta por artículos doctrinales, reseñas legislativas, comentarios jurisprudenciales de temática libre y análisis comparatistas del derecho, siempre que se correspondan con el ámbito de la revista. Serán descartados del proceso de evaluación todos aquellos artículos que no cumplan con las Normas de Publicación y el Manual de estilo de la revista. Los artículos enviados a esta sección deben ser originales y no pueden estar en procesos de evaluación en ninguna otra publicación. La extensión de cada artículo debe tener entre 20.000 y 40.000 mil caracteres (sin espacios).

Traducciones

Esta sección busca que artículos publicados en otras lenguas diferentes al castellano puedan difundirse en este idioma. Para que el artículo sea republicado debe ser relevante para el estudio del derecho e incorporar el Manual de estilo de la revista, incluso si el artículo original fue escrito con otro sistema de citación. Será la dirección editorial (sin evaluación de pares ciegos) quien decida sobre la publicación de todos los artículos traducidos. La persona traductora deberá tener el permiso del autor/a así como de la institución donde el artículo fue publicado por primera vez. Su extensión no debe superar los 25.000 caracteres.

Reseñas

Esta sección está destinada a la revisión de las novedades editoriales en el ámbito del derecho. Los libros reseñados deben tener una fecha de publicación de no más de 2 años, respecto del año de publicación del número de la revista. La extensión de las reseñas no debe superar los 18.000 caracteres y deben ser originales e inéditas.

Entrevistas

Esta sección busca recoger entrevistas inéditas realizadas a juristas o bien a especialistas de otras áreas, que a pesar de no ser del área del derecho, realicen un aporte al complejo fenómeno jurídico en la contemporaneidad. Su extensión no debe superar los 25.000 caracteres.

3. Proceso de evaluación por pares

Los artículos recibidos tanto para Dossier como para Miscelánea, sin excepción, serán sometidos a un primer proceso de evaluación por parte de las personas que componen el Comité Editorial, cuya función es avalar que los artículos cumplan con los parámetros mínimos de calidad exigidos por *Iuris Dictio*; o bien rechazarlos. Los/as autores/as serán notificados/as de la aceptación preliminar o denegación de sus artículos en los seis meses luego del cierre de la convocatoria, contando desde el día de recepción del texto.

Posteriormente, cada artículo que pase este filtro inicial será examinado a ciegas por dos evaluadores/as externos/as especialistas en la materia, quienes podrán decidir publicar el artículo, publicarlo con correcciones o no publicarlo. En caso de no haber acuerdo entre ambos/as, se enviará el artículo a un/a tercer/a evaluador/a que tendrá voto dirimente. Una vez tomada la decisión, se enviará de vuelta el artículo a

su autor/a para que realice las correcciones pertinentes de acuerdo a estrictos tiempos que garantizan la publicación semestral de la revista.

Las Reseñas, las Entrevistas y las Traducciones no estarán sujetas a la evaluación por pares. Para la evaluación cada árbitro par deberá rellenar la siguiente ficha después de haber leído el artículo a evaluarse: Formulario de evaluación.

4. Frecuencia de publicación

La publicación de la revista es semestral, teniendo una edición en junio (enero-junio) y otra en diciembre (julio-diciembre). Para cumplir con estas fechas, un estricto calendario rige los tiempos operacionales de la revista y por ello se notificará con tiempo a los/as autores/as tanto la recepción como la evaluación y posible revisión de los artículos.

5. Política de acceso abierto

Todo el contenido de la revista está publicado bajo la política de acceso libre de la Licencia Creative Commons Reconocimiento-NoComercial-CompartirIgual 4.0 Internacional, que fomenta el debate académico y la difusión equitativa de ideas y posicionamientos críticos. Al ser una publicación *online* que se difundirá bajo la plataforma OJS (Open Journal Systems) que ahora se está implementando en la revista, intenta garantizar la transparencia de sus procesos y la gratuidad de sus aportaciones. No obstante, el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito USFQ así como USFQ Press tienen la potestad de impresión de ciertos ejemplares para el uso en bibliotecas y otros espacios distintos al ciberespacio.

6. Verificación de originalidad y autenticidad

El Equipo Editorial de *Iuris Dictio* verifica la originalidad de los artículos recibidos con Turnitin, programa antiplagio que evalúa el artículo, haciendo una comparación de porcentajes de similitud con otros artículos publicados en internet.

Los artículos deberán presentar las ideas propias del autor/a. En caso de detectar plagio, el artículo no será publicado y se procederá a informar al autor/a del documento original.

7. Publicación y edición de la revista

USFQ Press es el órgano que publica la revista y el Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito USFQ es el órgano desde donde nace y se asienta esta publicación. Los costes de publicación de la revista son asumidos por internamente por USFQ Press y el Colegio de Jurisprudencia de la USFQ. Las personas autoras no tienen que pagar ninguna tasa para la edición y la publicación del artículo (article-processing charges, APC). *Iuris Dictio* no subvenciona artículos (waivers).

8. Tiempo de publicación

Iuris Dictio publica los artículos, las reseñas, las entrevistas y las traducciones que han sido colgadas en nuestra plataforma web siguiendo las directrices establecidas en un promedio de seis meses. Este plazo (que incluye la revisión por parte de pares

ciegos, el dictamen de publicación, la reformulación por parte del autor del escrito, la edición, la maquetación y la revisión final del texto maquetado por parte del autor) requiere el compromiso de envío puntual y preciso de los textos por parte de las personas autoras. En casos extraordinarios que no se atuviesen a los tiempos de la revista la publicación del texto final podría tardar un año.

9. Declaración ética sobre publicación y malas prácticas

La Universidad San Francisco de Quito (USFQ) se compromete a promover una conducta ética en la publicación de sus revistas científicas y toma como referencia los principios publicados por el *Committee on Publication Ethics* (COPE) en el *Code of Conduct and Best Practice Guidelines for Journal Editors* (<http://publicationethics.org>), además del propio Código de Honor y Convivencia (<https://www.usfq.edu.ec/es/codigo-de-honor-y-convivencia>).

10. Sponsors

Colegio de Jurisprudencia.

11. Normas para autores/as

Los artículos deben ser originales y no haber sido publicados con anterioridad. Los/as autores/as deberán identificarse e indicar su afiliación y de no tenerla deberán poner “Investigador/a independiente”.

Los artículos, reseñas y entrevistas podrán estar escritos en castellano o inglés, las dos lenguas oficiales de la revista.

Las traducciones deberán estar escritas en castellano.

12. Derechos de autoría

Los autores que publican en esta revista están de acuerdo con los siguientes términos:

1. Los/as autores/as conservan los derechos de autoría y otorgan a la revista el derecho de primera publicación de la obra.

2. Los textos publicados en la revista *Iuris Dictio* están sujetos a una licencia de reconocimiento 4.0 Internacional de Creative Commons BY-NC-SA que permite compartir la obra con terceros, distribuirla, comunicarla públicamente y hacer obras derivadas y usos comerciales siempre que estos reconozcan su autoría, su publicación inicial en esta revista, la institución editora y las condiciones de la licencia. Ésta se puede consultar completa en: <https://creativecommons.org/licenses/by-nc-sa/4.0/>.

3. Se permite a los/as autores/as establecer por separado acuerdos adicionales para la distribución no exclusiva de la obra publicada en la revista -por ejemplo en repositorios institucionales, sitios web o libros- siempre señalando expreso su publicación inicial en *Iuris Dictio*.

4. Se alienta a los/as autores/as a publicar en línea el manuscrito previo a la publicación, antes y durante el proceso de envío, ya que puede conducir a intercambios productivos, así como a una citación anterior y mayor de los trabajos publicados (véase al respecto: <http://opcit.eprints.org/oacitation-biblio.html>).

13. Envíos en línea

Toda la comunicación de la revista, incluidos los envíos, se realizan en el ciberespacio a través de la plataforma OJS que cuenta con las funciones de identificación y registro de usuarios/as. La información se encuentra en el siguiente enlace:

<http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/index>

El envío del artículo para consideración de la revista supone la autorización de publicación y la aceptación de las reglas de esta.

ÍNDICE

MISCELANEA

Recursos para impugnar autos en la fase intermedia del proceso penal: ¿por qué son importantes? Appeals Resources During the Intermediate Stage of Criminal Proceedings: Why are they Important? JONATHAN ISRAEL ESPINOSA MOLINA	15
--	----

La adecuada reinserción social del recluso como finalidad de la ejecución penitenciaria en el estado social y democrático de derecho en Argentina The Proper Social Reintegration of the Prisoner as the Purpose of Penitentiary Execution in the Social and Democratic State of Law in Argentina GUSTAVO ALBERTO AROCENA	31
---	----

Resolución de conflictos testamentarios por mediación y arbitraje. Análisis en el derecho ecuatoriano y comparado Resolution of Testamentary Disputes by Mediation and Arbitration. Analysis in Ecuadorian and Comparative Law EDUARDO ANDRÉS REYES TORRES / ANA CRISTINA PACHANO ZURITA	55
--	----

El marco de regulación del silencio administrativo positivo en la notificación de concentración económica en el Ecuador Positive Administrative Silence in Merger and Acquisition Filing in the Ecuadorian Competition Law DAVID SPERBER VILHELM / JOSÉ GUILLERMO MOYA VALDIVIESO	69
---	----

ENTREVISTAS

Entrevista a Paul Handal Los efectos de la inteligencia artificial en el ejercicio jurídico Interview with Paul Handal The Effects of Artificial Intelligence on the Legal Practice MIGUEL A VILLEGAS PÉREZ	89
---	----

Iuris Dictio

Miscelánea

Nº. 3 I, JUN. 2023

E-ISSN 2528-7834

m

i

S

C

e

l

á

n

e

a

•

RECURSOS PARA IMPUGNAR AUTOS EN LA FASE INTERMEDIA DEL PROCESO PENAL: ¿POR QUÉ SON IMPORTANTES?

Appeals Resources During the Intermediate Stage of Criminal Proceedings: Why are they Important?

JONATHAN ISRAEL ESPINOSA MOLINA¹
ECIJA GPA, Quito, Ecuador

Resumen

El presente artículo analizará la posibilidad de agregar un recurso idóneo y eficaz que revea los errores que pueden ocurrir durante la etapa intermedia del proceso penal en específico dentro de los autos de llamamiento a juicio, de sobreseimiento sin acusación fiscal y el de exclusión probatoria. De esta manera, se analizará que los autos mencionados son trascendentales dentro del proceso penal ecuatoriano, por lo que contar con un recurso que revea los vicios adjetivos y sustantivos son imperativos para prevenir vulneraciones a los derechos de las partes y garantizar una mejor tramitación de la justicia.

Palabras clave

Impugnación, Etapa intermedia, Proceso penal, Auto, Sobreseimiento, Juicio.

Abstract

This article will analyze the possibility of adding a suitable and effective resource that reviews the errors that may occur during the intermediate stage of the criminal process. Considering that currently there is only the appeal of the order of dismissal when there is a fiscal accusation, this article will analyze that the order of summons to trial, as well as the order of dismissal without there being a fiscal accusation, are transcendental within the Ecuadorian criminal process. Therefore, having a resource that reviews the adjective and substantive vices is imperative to prevent violations of the rights of the parties and guarantee a better processing of justice.

Keywords

Appeal, Intermediate Stage, Court Order, Judgment.

1. Introducción

El presente artículo analizará la posibilidad de que exista un recurso para impugnar el auto de llamamiento a juicio, el auto de sobreseimiento y el auto que resuelve la exclusión de pruebas dentro del proceso penal ecuatoriano.

Para esto, a través de un método analítico-descriptivo, se determinará el fundamento de la institución jurídica de la impugnación, para después comprender el alcance del derecho a impugnar dentro del Ecuador, con especial énfasis dentro del proceso penal.

¹ Abogado graduado de la PUCE, actualmente se encuentra cursando una especialidad en Anticorrupción y Compliance en la UHE y una maestría en Derecho Penal Económico y de la Empresa en la Universidad Tech de Madrid. Correo electrónico: iespimo2@gmail.com; ORCID: 0009-0000-3316-0148.



Posteriormente, se determinará la trascendencia del auto de llamamiento a juicio y del auto de sobreseimiento dentro del proceso penal, así como las posibles vulneraciones a derechos humanos que puedan existir cuando existan errores en los autos. De esta manera, finalmente determinar como un recurso que impugne estos posibles errores puede ser muy útil para evitar la impunidad o la persecución de personas inocentes.

La utilidad del presente artículo es el buscar un remedio procesal para evitar que la fase intermedia del proceso penal sea un mero trámite, en donde los operadores de justicia tomen decisiones que pueden devenir en la impunidad de un delito; o, por otro lado, prevenir que una persona llegue a la fase de juicio cuando no existan elementos de convicción o el convencimiento de la real existencia de un delito.

Cabe mencionar que este artículo tendrá utilidad solo dentro del Ecuador, ya que para comprender el alcance de este derecho se ha realizado una investigación muy rigurosa de las sentencias actuales que ha emitido la Corte Constitucional Ecuatoriana acerca del derecho a impugnar. Asimismo, es importante tomar en cuenta que el presente artículo tiene como límite la ley penal procesal ecuatoriana vigente.

Finalmente, se necesita reconocer que el presente artículo tiene de fondo una propuesta que se puede leer entre líneas, la cual es adoptar, dentro del ordenamiento jurídico penal ecuatoriano actual, un recurso idóneo y eficaz que revise los errores que los jueces pueden cometer dentro de la fase intermedia del proceso penal.

2. Consideraciones dogmáticas sobre la impugnación

La impugnación es un mecanismo jurídico que permite corregir los posibles errores que los administradores de justicia pueden cometer al momento de sustanciar o conocer alguna causa. La impugnación reconoce la falibilidad humana de los administradores de justicia, quienes pueden cometer errores al tomar decisiones y en consecuencia busca remediar dichos errores con el fin de garantizar una mejor impartición de justicia

Así también, la impugnación es una herramienta legal que permite a las partes interesadas solicitar una revisión de las decisiones judiciales, ya sea ante el mismo juez o ante un tribunal superior. El objetivo de la impugnación es subsanar los defectos o errores que pudieran haberse presentado en la providencia anterior, con el propósito de obtener un nuevo pronunciamiento que resuelva de manera adecuada el asunto en disputa (Quintero y Prieto, 2000, p. 545).

La impugnación se puede entender como la oposición directa a una decisión o situación jurídica creada por el administrador de justicia, esta se realiza ante dos supuestos distintos: vicios de procedimiento “*error in procedendo*” y vicios materiales “*error in iudicando*” (Aguirre, 2017). Cada uno de estos supuestos tiene particularidades propias que conviene describir.

Por un lado, los vicios “*in procedendo*” también conocidos como de procedimiento, formales o adjetivos, se refieren a aquellos errores que se cometen en la conducción del proceso judicial y que implican la inobservancia de normas procesales. Estos vicios surgen cuando el juez desvía las formas legales establecidas para el trámite del proceso, lo que resulta en una violación del derecho al debido proceso y del marco de seguridad jurídica sobre el que debe funcionar el proceso (Gozáini, 2005).

A modelo ejemplificativo, la Corte Nacional de Justicia ha determinado que estos vicios pueden ocurrir por:

la falta de un presupuesto procesal (falta de jurisdicción, incompetencia, incapacidad, falta de mandato válido), falta de regularidad en el acto constitutivo de la relación procesal, omisión de actos esenciales para la validez del proceso, o bien la inobservancia del orden riguroso en

que deben cumplirse u la omisión de formalidades puramente externas (Corte Nacional de Justicia, 2013, p. 55).

El efecto común que producen estos vicios es la nulidad, puesto que al impugnar este acto que contiene la vulneración a una regla de trámite, lo que se trata de hacer es evitar que el mencionado acto produzca efectos dañinos dentro del proceso y que la autoridad cambie esta situación. En pocas palabras, se busca eliminar el acto que contiene la vulneración de la actuación del proceso como tal.

Por otro lado, los vicios *in iudicando*, también conocidos como vicios sustanciales o de fondo, recaen sobre el contenido (fondo) y consisten normalmente en una violación a la ley, desaplicándola o aplicándola erróneamente. Estos vicios

pueden recaer sobre los hechos o sobre el derecho, el vicio *in iudicando* se lo concibe como un vicio de fondo y “consiste generalmente en aplicar una ley inaplicable, en aplicar mal la ley aplicable, o en no aplicar la ley aplicable [...] Este error puede provenir también del defectuoso criterio con que el juez analiza los hechos y extrae deducciones lógicas (Guerrero, 2014).

A diferencia de los errores de procedimiento, cuando ocurre la existencia de errores materiales usualmente la resolución que contiene el error suele ser válida, pero su contenido suele estar errado. En otras palabras, existe un error dentro del contenido, más no dentro del continente. Por esta razón, el remedio procesal frente a los errores materiales suele ser la reforma, pues lo que se busca es corregir los errores de fondo que se encuentran dentro de una resolución válida, mas no eliminarla del proceso como tal.

Así pues, cuando una persona impugna, en palabras cortas, lo que está realizando es una oposición frente a errores de procedimiento o errores materiales que vulneran algunos de sus derechos frente a un proceso o procedimiento.

En Ecuador, a partir de la expedición del Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP expedido en el 2015) y del Código Orgánico Integral Penal (en adelante COIP expedido en el 2014), se reconocen 3 medios de impugnación dentro del proceso penal: los recursos, acciones autónomas de impugnación e incidentes procesales.

Por recurso se entiende la petición formulada por una de las partes, principales o secundarias, para que el mismo juez que profirió una providencia o generó una situación jurídica, las revise, con el fin de corregir los errores *in iudicando* o *in procedendo* que en ellas se hayan cometido (Echandía, 2014, p. 503).

Por otro lado, los incidentes procesales son medios de impugnación frente a circunstancias procesales que son de responsabilidad del juez: “Por incidentes se entienden los procedimientos que se siguen dentro de un mismo proceso para resolver una cuestión accesoria al litigio principal” (White, 2008, p. 116).

Los incidentes son medios abstractos o genéricos de impugnación y, en la mayoría de los casos, medios no reglados, aunque existen algunos incidentes que sí se encuentran reconocidos dentro de la ley, como por ejemplo el incidente de alimentos en Ecuador. Se pueden presentar frente a supuestos de hecho que se generan frente a la tramitación de la causa para evitar que estas actuaciones queden impunes, y así dar a conocer al juzgador la oposición frente a esta situación con aras de solucionar la misma.

Finalmente, las acciones autónomas de impugnación se definen como

acciones impugnativas autónomas, los cuales se singularizan por romper la unidad del proceso con el proceso recurrido, y por dar lugar a una nueva tramitación que no afecta tanto la firmeza de la resolución, sino a su autoridad de cosa juzgada material, ya que constituyen un ataque al proceso principal, en vista de una acción autónoma distinta, que se ventila en un proceso independiente (Guasp, 1968, p. 712).

En Ecuador existen dos ejemplos de estas acciones autónomas de impugnación las cuales son la acción de nulidad de sentencia y la acción extraordinaria de protección.

Como conclusión, cabe destacar que la impugnación conlleva la oposición a errores de procedimiento o de fondo, y que los medios para llevar a cabo este proceso son los denominados medios de impugnación. En el sistema judicial ecuatoriano, estos medios se dividen en tres categorías: recursos, incidentes y acciones autónomas de impugnación. Es fundamental tener en cuenta que impugnar una decisión judicial es un derecho fundamental para garantizar el respeto a los derechos de las partes involucradas en un proceso

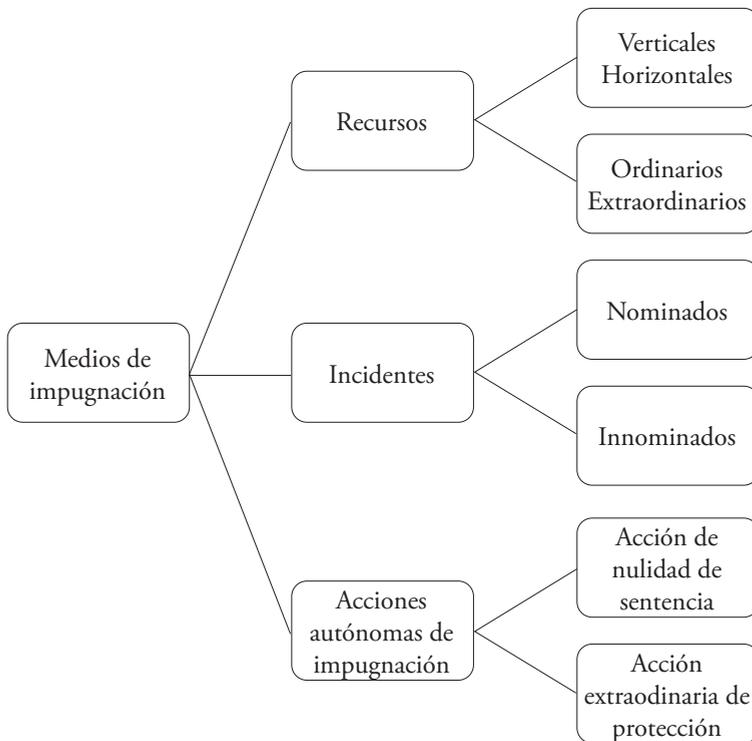


Figura 1. Medios de impugnación

3. Acerca del derecho a impugnar

Una vez descrita la actividad de impugnar desde una perspectiva procesal, es imperante analizar la dimensión de esta actividad como un derecho humano. En este sentido, el derecho a impugnar es uno de los pilares fundamentales del derecho al debido proceso como una de las garantías del derecho a la defensa.

Este derecho puede ser ejercido a través de la sustanciación de recursos, acciones autónomas de impugnación o incidentes procesales, debido a su trascendencia y uso común, han sido los recursos los medios de impugnación más desarrollados e incluso se utilizan muchas veces como un sinónimo de la actividad de impugnación.

El derecho a impugnar ha sido reconocido por varios instrumentos intencionales, por mencionar algunos se encuentran:

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre la cual en el artículo 18 menciona que “toda persona puede recurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos” (Organización de Estados Americanos, 1948). Adicionalmente, se determina sobre el alcance de este derecho que el procedimiento de este recurso debe ser “sencillo y breve por el cual la justicia lo ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo” (Organización de Estados Americanos, 1948).

En la misma línea, la Declaración Universal de los Derechos Humanos en el artículo 8 establece que “toda persona tiene derecho a un recurso efectivo, ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley” (Organización de Naciones Unidas, 1948).

A nivel regional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos dentro del artículo 8.2.h estableció que toda persona inculpada de delito tiene derecho a recurrir el fallo ante juez o tribunal superior; así como el “derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales” (Organización de Estados Americanos, 1978, art. 25).

Desde la perspectiva nacional, el derecho a impugnar se encuentra reconocido en la Constitución de la República del Ecuador (CRE en adelante) de la siguiente forma: “7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos” (Asamblea Constituyente, 2008, art. 76.7.M).

Como se desprende de la CRE, en Ecuador, el derecho a recurrir forma parte de una dimensión esencial del derecho a la defensa, cuyo objetivo es garantizar la igualdad de armas entre las partes procesales y permitir el acceso al sistema para hacer valer los derechos e intereses de quienes son objeto de discusión dentro de un procedimiento judicial, administrativo o de cualquier otra índole.

En esta línea, la Corte Constitucional (en adelante CC) ha sostenido que la posibilidad de defenderse se extiende al derecho a recurrir del fallo, el cual está respaldado por diversas garantías procesales que permiten la revisión y corrección de posibles errores o vicios en la conducción del proceso; así la CC lo determinó al afirmar que “el derecho a la defensa busca garantizar la igualdad de armas entre las partes procesales a través de diversas garantías que incluyen la facultad de recurrir del fallo” (Sentencia No. 1270-14-EP/19, 18 de diciembre de 2019, párr. 25). La CC, dentro de la sentencia mencionada, adicionalmente, determinó que el derecho a impugnar tiene como una de sus finalidades evitar o enmendar el error en que pudiera incurrir el juzgador, mediante la revisión de lo actuado por una autoridad superior, o como consecuencia de la activación de los recursos judiciales previstos por el ordenamiento jurídico.

En este sentido, el mencionado tribunal ha establecido que este derecho implica la posibilidad de que el mismo operador de justicia, o uno de grado superior, pueda analizar las razones y los hechos que sirvieron de fundamento para tomar una determinada decisión y, en caso de ser necesario, rectificarla (Corte Constitucional, Sentencia No. 1061-12-EP/19, 4 de

septiembre de 2019, párr. 35). Sobre el alcance del derecho a impugnar, la CC menciona que se tutela este derecho cuando el tribunal superior garantiza el acceso a un medio de impugnación idóneo y eficaz para tutelar los derechos de una persona y se vulnera al momento de establecer trabas irrazonables o desproporcionadas u obstáculos que tornen al derecho en inaplicable (Corte Constitucional, Sentencia No. 1270-14-EP/19, 18 de diciembre de 2019, párr. 27).

Como todo derecho, el de impugnar no es absoluto, y su aplicación va a depender de las limitaciones establecidas dentro de nuestro ordenamiento jurídico, con especial énfasis en la constitución y la ley (Corte Constitucional, sentencia No. 987-15-EP/20, 18 de noviembre de 2020).

En este mismo sentido se ha expresado la Corte IDH al mencionar que:

si bien existe una deferencia a los Estados para regular el ejercicio del recurso, mediante su normativa interna, no pueden establecerse restricciones o requisitos que infrinjan la esencia misma del derecho a recurrir el fallo, o la existencia del mismo. En este sentido, el Tribunal no considera que la remisión a la normativa interna constituya un mecanismo por el cual la existencia del derecho a recurrir el fallo [...] pueda verse afectada (Corte IDH, Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276, párr. 94).

Para la CC, el derecho a recurrir se puede restringir tanto en cuanto esta restricción sea una respuesta a la necesidad de garantizar los derechos constitucionales sin afectar su núcleo esencial. Las limitaciones a este derecho se dan por la naturaleza propia de los diferentes procesos, como también de la naturaleza propia del medio de impugnación que se pretende ejecutar (Corte Constitucional, Sentencia No. 1741-14-EP/20 de 27 de mayo de 2020, párr. 36).

En palabras de la CC:

No en todas circunstancias este derecho a recurrir las resoluciones judiciales se aplica, sin que aquello comporte una vulneración de la normativa constitucional, ya que existen procesos que por su naturaleza excepcional ameritan una tramitación sumaria sin que medien otras instancias para su prosecución (Corte Constitucional, Sentencia No. 1741-14-EP/20 de 27 de mayo de 2020, párr. 36).

El derecho a impugnar ha adquirido un nivel de importancia mayor dentro del ámbito penal, esto debido a la naturaleza propia del proceso penal que puede resultar en restricciones directas a los derechos de libertad de las personas. En palabras de la CC en procesos penales:

El respeto a las garantías del debido proceso tiene una importancia particular en el ámbito penal, dada la naturaleza de dicho proceso que puede resultar en limitaciones a la libertad personal de los individuos. Entre dichas garantías se encuentra el derecho a recurrir el fallo, que no solo implica la posibilidad formal de plantear un recurso disponible, sino el que una decisión judicial sea efectivamente revisada por una autoridad judicial de nivel jerárquicamente superior a la que la dictó, con el fin de corregir posibles errores por parte de la autoridad inferior (Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1306-13-EP/20, 21 de febrero de 2020, párr. 31).

Esta idea también se ve reflejada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos dentro del Caso Mohamed vs. Argentina del 23 de noviembre de 2012, en la cual el mencionado tribunal estableció que:

El derecho de recurrir del fallo es una garantía primordial que se debe respetar en el marco del debido proceso legal, en aras de permitir que una sentencia adversa pueda ser revisada por un juez o tribunal distinto y de superior jerarquía orgánica. La doble conformidad judicial, expresada mediante el acceso a un recurso que otorgue la posibilidad de una revisión íntegra del fallo condenatorio, confirma el fundamento y otorga mayor credibilidad al acto jurisdiccional del Estado, y al mismo tiempo brinda mayor seguridad y tutela a los derechos del condenado. Asimismo, la Corte ha indicado que, lo importante es que el recurso garantice la posibilidad de un examen integral de la decisión recurrida.

En esta línea, la Corte Constitucional Ecuatoriana afirmó que:

El derecho a recurrir es una expresión del derecho a la defensa y está estrechamente vinculado con la garantía de doble instancia, específicamente con la posibilidad de que una resolución judicial relevante, dictada dentro de un proceso, sea revisada por el órgano jerárquicamente superior del cual emanó dicha decisión, en aras de subsanar posibles errores u omisiones judiciales que se cometan en las mismas, precautelando de esta manera el derecho de las partes intervinientes en los procesos jurisdiccionales y ante todo la tutela judicial efectiva (Corte Constitucional, Sentencia No. 1061-12-EP/19, 4 de septiembre de 2019, párr. 36).

Sin embargo, la regla general de la limitación del derecho a la impugnación, también se aplica en materia penal y es así como este derecho tiene que tomar forma de acuerdo con la ley adjetiva penal especializado. Por lo tanto, la posibilidad de impugnar estará limitada por las condiciones y requisitos que disponga la ley penal vigente.

De modo que todo ciudadano que considere que una decisión es lesiva para sus derechos, deberá ejercer la garantía consistente en recurrir, conforme al trámite y los requisitos que establece la ley adjetiva pertinente. Por lo tanto, se tutela el derecho a recurrir, cuando los órganos jurisdiccionales conceden, admiten, sustancian y resuelven los recursos debidamente interpuestos, conforme a las leyes procesales que lo regulan, siempre que dichas leyes no los limiten de forma desproporcionada o los regulen de tal forma que los vacíen de contenido (Corte Constitucional, Sentencia No. 1061-12-EP/19, 4 de septiembre de 2019, párr. 36).

Adicionalmente, es importante recordar que según la CC, “una vez que el recurso ha sido previsto en el ordenamiento, el derecho a recurrir debe ser comprendido como un derecho a no ser privado arbitrariamente de este” (Corte Constitucional del Ecuador. Sentencia No. 1945-17-EP/21, 13 de octubre de 2021, párr. 25.)

4. Acerca de la etapa intermedia del proceso penal y los autos que se generan en ella

Antes de continuar, cabe aclarar que el presente artículo pretende analizar la posible existencia de un recurso que revean los autos de sobreseimiento, auto de llamamiento a juicio y el auto de aceptación y exclusión de prueba, pero reconociendo que actualmente existe un recurso reconocido por el ordenamiento jurídico ecuatoriano que prevé la apelación del auto de sobreseimiento cuando existe acusación fiscal (COIP, 2014, art. 653.3).

Como se estableció en la sección anterior, el derecho a impugnar no es absoluto ya que tiene limitaciones establecidas por la necesidad de contar con un mecanismo de impugnación frente a ciertas actuaciones dentro del proceso penal. Por este motivo, en la presente sección se analizará la trascendencia de la fase intermedia del proceso penal y en específico de los autos que se producen en esta.

En Ecuador la fase intermedia tiene como finalidad

conocer y resolver sobre cuestiones de procedibilidad, prejudicialidad, competencia y procedimiento; establecer la validez procesal, valorar y evaluar los elementos de convicción en que se sustenta la acusación fiscal, excluir los elementos de convicción que son ilegales, delimitar los temas por debatirse en el juicio oral, anunciar las pruebas que serán practicadas en la audiencia de juicio y aprobar los acuerdos probatorios a que llegan las partes (COIP, 2014, art. 601).

Adicional a estas actuaciones, una vez concluida la audiencia, el juez deberá emitir sea un auto de sobreseimiento o un auto de llamamiento a juicio. Los efectos jurídicos de estos autos son trascendentales para las partes procesales, ya que estos generan la posibilidad ya sea de continuar con el proceso penal (emitiendo el auto de llamamiento a juicio) o de darlo por finalizado (emitiendo un auto de sobreseimiento).

Si bien existen varias actuaciones que afectan al proceso penal directamente, el auto de llamamiento a juicio, el auto de aceptación y exclusión probatoria, y el auto de sobreseimiento definitivamente son los que más impactos van a tener sobre el proceso penal. Como ya mencioné, el auto de sobreseimiento y de llamamiento a juicio tienen la posibilidad de terminar o continuar el proceso, mientras que el de aceptación y exclusión probatoria va a limitar la cantidad y calidad de pruebas que deben ser tratadas en la audiencia de juicio, sin que exista la posibilidad de que el tribunal penal pueda conocer de pruebas que fueron excluidas o rechazadas.

Para que se emitan estos autos deben concurrir ciertas circunstancias establecidas en la ley. Así pues, el COIP, dentro del artículo 604, establece las reglas que limitan la tramitación de la etapa intermedia regulando sus fases y presupuestos para que se den estos autos.

Según este artículo, para que se emitan alguno de estos se debe haber instalado la audiencia; se debe haber determinado que no existe ninguna causa que pueda causar la nulidad dentro del proceso y que pueda interrumpir el mismo; el fiscal debe realizar su acusación determinando el delito y nivel de participación dentro del delito de alguna persona para así llegar a la fase de anuncio de prueba en la que las partes pueden pronunciarse sobre la validez de las mismas y su intención de excluir algunas.

Aquí recién el juez conoce sobre la argumentación relacionada con la exclusión probatoria solicitada por las partes, cabe recalcar que, si el juez decide excluir alguna prueba, las partes procesales no cuentan con un mecanismo para que el juez revea esta situación; asimismo, el tribunal penal tampoco podría conocer estas pruebas ya que la etapa procesal oportuna para determinar la validez de los medios probatorios se vería precluida.

Así también los jueces de apelación tampoco se verían obligados a conocer pruebas que fueron excluidas en etapas anteriores con base en el mismo argumento y no sería sino hasta la presentación de recursos extraordinarios o acciones autónomas de impugnación que se podría solucionar esta situación. Este criterio ha sido esgrimido por la Corte Nacional de Justicia, la cual, a través del oficio No. 084-PCPJT-18, estableció que “si en la Audiencia Preparatoria de Juicio, la jueza o el juez excluye la práctica de medios de prueba ilegales, esta decisión en particular no es susceptible de apelación” (Corte Nacional de Justicia, 2018).

Posteriormente a la práctica de anuncio y exclusión probatoria el juez debe analizar si se han reunido los suficientes elementos de convicción para presumir la existencia de un delito, así como la responsabilidad de los autores en el mismo llegando así el momento de emitir sea o un auto de sobreseimiento o uno de llamamiento a juicio.

La emisión del auto de sobreseimiento implica que el juez no puede continuar con la tramitación del proceso penal a la etapa de juicio, según el artículo 605 del COIP, esto se puede dar cuando ocurre alguna de las siguientes situaciones:

1. El fiscal se abstiene de acusar y cuando sea el caso la abstención fue ratificada por el superior, esta situación va de la mano con lo determinado en el artículo 195 de la CRE al reconocer que es la FGE el titular de la acción penal pública, lo que implica que su rol en nuestro sistema procesal es el de acusar y el del juez resolver de esta acusación, por lo que si no existe acusación fiscal el juez se ve obligado a no continuar el proceso penal en respeto de nuestro sistema penal acusatorio reconocido como tal por la CRE en el artículo mencionado y por la CC dentro de la sentencia No. 191-12-CN/19.
2. Cuando el juez concluya que de los elementos de convicción presentados no se evidencie la materialización de un delito o de la participación de alguna persona. Esta causal tiene relación con un análisis de fondo por parte del juez quien, al valorar la argumentación presentada por las partes, así como los elementos probatorios concluye que no existe un delito por el cual el proceso penal debe continuar.
3. Cuando encuentre que se han establecido causas de exclusión de la antijuridicidad, esta causal implica que el juez ha determinado la antijuridicidad de una conducta penalmente relevante, por lo que al estar esta conducta justificada no se debe continuar con la tramitación del proceso penal.

Los efectos del auto de sobreseimiento están detallados en el artículo 607 del COIP, el cual determina lo siguiente:

Art. 607.- Efectos de sobreseimiento. - Con el sobreseimiento, la o el juzgador revocará toda medida cautelar y de protección, y en el caso de prisión preventiva, ordenará la inmediata libertad, sin perjuicio de que vuelva a ordenarla si el auto de sobreseimiento es revocado. No se podrá iniciar una investigación penal por los mismos hechos (COIP, 2014, art. 607).

Es muy importante enfatizar en que, si se da un auto de sobreseimiento, no se puede volver a investigar un delito por los hechos que se conocieron en la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio. Por lo tanto, no se podrá continuar ni iniciar una nueva investigación por los mismos hechos, dándole fin a toda posibilidad de perseguir estas conductas como penalmente relevantes.

Por otro lado, el auto de llamamiento a juicio ocurre cuando el juez concluye de manera motivada determina que existen suficientes elementos de convicción para llevar a una persona a juicio. Las reglas que determinan los elementos mínimos que debe contener este auto están dentro del artículo 608 del COIP el cual establece lo siguiente:

1. La identificación de los procesados.
2. La materialización de un delito, así como el grado de participación de los procesados en el mismo comprobado con los suficientes elementos de convicción que demuestren estas situaciones.
3. Las solicitudes de medidas cautelares cuando sean necesarias.
4. El anuncio de acuerdos probatorios en caso de que estos existan.

Es importante resaltar que para que el juez emita este auto debe tener el convencimiento de que existe un delito y del grado de participación de una persona en el mismo; caso contrario debería emitir un auto de sobreseimiento, ya que cualquier duda a debe ser interpretada a favor del reo

con base en el principio de presunción de inocencia² el cual determina que se debe presumir la inocencia de cualquier persona y, en consecuencia, se le debe tratar como inocente.

En conclusión, los autos de llamamiento a juicio, sobreseimiento y exclusión probatoria causan un gran impacto dentro del proceso penal, son fundamentales y definitivos, excepto del de sobreseimiento cuando existe acusación fiscal. Por esta razón, deben ser prolijos para asegurar el debido proceso de las partes y la inexistencia de un recurso que revise de los mismos pone en peligro el debido proceso. En la siguiente sección se analizarán los fundamentos de esta argumentación.

5. Acerca de las posibles vulneraciones a derechos que se pueden dar en la fase intermedia y la necesidad de contar con un recurso

5.1. Afectación a los derechos de las víctimas por la inexistencia de un recurso de apelación del auto de sobreseimiento cuando no exista acusación fiscal

Para comenzar, es importante señalar nuevamente que dentro del Ecuador tenemos un sistema penal acusatorio, lo cual, sobre este aspecto, la CC dentro de la sentencia No. 768-15-EP/20 ha señalado que con base en este principio se “divide la actividad investigativa, a cargo de la Fiscalía, y la jurisdiccional, a cargo de jueces. Por este no es posible condenar en primera instancia sin acusación. Sin acusación no puede haber juicio y sin juicio no puede haber condena” (Corte Constitucional, Sentencia No. 768-15-EP/20, párr. 18).

Por esta razón tiene sentido que el propio legislador haya reconocido la necesidad de la existencia de un recurso de apelación en contra del auto de sobreseimiento, para aquellas causas donde exista acusación fiscal, respetando el principio acusatorio anteriormente mencionado y reconociendo con base en este, el rol de la fiscalía como impulsadora de la acusación y del juez como el que toma la decisión de continuar de etapa o no.

Es interesante señalar que cuando el proyecto de ley del Código Orgánico Integral fue debatido, como se desprende del informe del primer debate mantenido en la Asamblea Nacional del 2012, se propuso que la existencia de un recurso de apelación de manera general del auto de sobreseimiento. La justificación radicaba en el derecho de las víctimas a una tutela judicial efectiva y al debido proceso sumado al hecho de que con la emisión de este auto el proceso penal termina para todas las partes, y no existe la posibilidad de iniciar uno nuevo por los mismos hechos y causas.

Sería dentro del debate, que el órgano legislado con base en la aplicación del sistema acusatorio limitaría el recurso de apelación del auto de sobreseimiento a solamente aquellas situaciones en donde existió acusación fiscal, como se desprende del informe del segundo debate de la Asamblea Nacional sobre el COIP del 2013.

Esta limitación dejó por fuera aquellos escenarios en que por una mala práctica fiscal las víctimas que cuentan con una acusación particular no puedan encontrar justicia dentro del proceso penal ya que como he señalado una vez emitido un auto de sobreseimiento, el proceso penal termina, y al no existir un recurso, la causa se debe archivar.

Esta situación descrita, en realidad, no es ajena a la actualidad, como muestra la Corte Nacional de Justicia dentro del Repositorio de criterios sobre inteligencia y aplicación

de la ley en materia penal de diciembre del 2017, ya fue consultada sobre situaciones en el que el juez ante una cantidad enorme de pruebas se ve imposibilitado de llamar a juicio a una persona a pesar de estar en desacuerdo con la falta de acusación fiscal.

² El principio de presunción de inocencia determina que se debe presumir la inocencia de cualquier persona, esto hace que al implicado se lo debe tratar como inocente (Corte Constitucional, 14-15-CN/19, 14 de mayo de 2019).

En esta consulta, la Corte Nacional de Justicia señaló que si bien esta situación puede menoscabar el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas los jueces se ven obligados con base en nuestro sistema penal acusatorio a limitarse a aplicar la ley y emitir el correspondiente auto de sobreseimiento.

La limitación del derecho a recurrir del auto de sobreseimiento cuando no exista acusación fiscal es incompatible con el derecho a recurrir a cualquier fallo en el que se determinen derecho, y deja en total desprotección a la víctima en este escenario al no otorgarles un recurso que revierta esta situación jurídica.

Adicionalmente, es importante recordar que como no existe un recurso que impugne el auto de llamamiento a juicio cuando no exista acusación fiscal, los jueces no se sienten obligados a emitir una decisión motivada, sino como menciona el criterio, se ven limitados a aplicar la ley.

Estas situaciones pueden llegar a decisiones que contengan vicios de motivación, porque pueden haber situaciones en las cuales se evidencia la existencia de un delito, así como la responsabilidad de una persona, se cuenten con los suficientes elementos de convicción y a pesar de que el juez valore todas estas situaciones, no se llame a juicio a una persona al no existir acusación fiscal. Aquí habría un problema de incongruencia entre las premisas y la conclusión, pero que sería derrotado por que el juez, al aplicar la ley, no cuenta con la opción para llamar a juicio a una de las partes.

En esta situación, la víctima tampoco cuenta con un mecanismo para que el fiscal pueda cambiar esta situación, ya que al ser este el titular de la acción penal, la víctima está ligada al dictamen que tenga el fiscal. Sobre esta situación, la Corte Constitucional ya ha establecido que son los jueces de garantías penales los que deben velar por la protección de los derechos de las partes mientras que se tramite una causa (Corte Constitucional, Sentencia No. 189-19-JH y acumulados/21, párr. 71-72).

En esta línea es imprescindible determinar que la “Fiscalía, como institución, es una autoridad, que no tiene riesgo alguno de que el poder punitivo del Estado se aplique en su contra en forma de un proceso penal y, además, puede formular una acusación y solicitar una pena” (Corte Constitucional, Sentencia No. 189-19-JH y acumulados/21, 08 de diciembre de 2021, párr. 71), y que uno de los únicos contrapesos a esta situación son los jueces que se ven limitados al otorgamiento de un recurso eficaz frente a esa situaciones dejando en indefensión a las víctimas.

La existencia de este recurso se convertiría en un mecanismo adecuado y eficaz para revertir estos escenarios, y evitar llegar a situaciones donde por errores o falta de diligencia de la fiscalía, una víctima no pueda ser reparada integralmente dentro del proceso penal.

5.2. Afectación a los derechos de las partes por no contar con un recurso de apelación frente al auto que inadmite pruebas

Como se anunció anteriormente, el auto que inadmite pruebas es trascendental porque una vez que es emitido, todas las partes procesales se verán afectadas, ya que en la etapa de juicio no se podrán practicar aquellas pruebas que no hayan sido admitidas por el juez de garantías penales.

La actividad probatoria es crucial para todas las partes del proceso penal, ya que consiste en el único mecanismo para comprobar sus teorías del caso y, a la vez, es un derecho de las partes “presentar pruebas y contradecir las que se presenten en su contra” (CRE, 2008, art. 76. 7. H).

Sobre este derecho, la CC ha dicho que se vulnera el derecho a la defensa de un sujeto procesal cuando este “no ha podido hacer uso de los mecanismos de defensa que le faculta la ley, en aras de justificar sus pretensiones, como por ejemplo, presentar pruebas, usar

pruebas o anunciar pruebas” (Corte Constitucional, Sentencia No. 1084-14-EP/20, 26 de Agosto de 2020, párr. 24). De este modo “esta indefensión, deviene en un proceso injusto y en una decisión con serio riesgo de ser parcializada y no corresponder con los derechos y principios constitucionales” (26 de Agosto de 2020, párr. 24).

En comparación, es interesante reconocer que, dentro del proceso civil ecuatoriano, sí se prevé la existencia de un recurso de apelación en situaciones que se niegue la práctica de una prueba (Código Orgánico Integral de Procesos, 2015, art. 262.3), para así garantizar la igualdad de armas de los sujetos procesales en la audiencia que resuelve sobre el fondo del asunto.

Debido a la falta de este recurso en materia penal, no se puede garantizar que las partes procesales puedan practicar todas aquellas pruebas que han sido conseguidas de acuerdo con la Ley, lo que las afectaría durante el desarrollo de sus teorías del caso. Adicionalmente, al ser este el momento procesal oportuno, el recurso debería existir frente a esta decisión para evitar llegar a un juicio sin todos los medios probatorios posibles.

5.3. Afectación a los procesados por la falta de un recurso de apelación del auto de llamamiento a juicio

El auto de llamamiento a juicio, por su naturaleza, causa un gran impacto dentro del proceso penal, ya que el proceso penal continuará a la etapa de juicio con la emisión de este. Por esta razón, su motivación debe ser suficiente ya que se vincula directamente con la presunción de inocencia del procesado, señalándolo como el autor de un delito con base en las pruebas que llevan al juzgador a tomar esta decisión, y su motivación para hacerlo.

La motivación que debe contener este auto sigue las mismas reglas que deben tener todos los actos del poder público, como lo menciona el artículo 76. 7. L de la CRE: “Las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas”. Es importante recordar que este auto debe contener la acusación fiscal, así como los elementos de convicción que llegaron a influir en el juez para presumir la existencia de un delito y de sus autores; en otras palabras, dentro de este auto está contenida la teoría fáctica y jurídica de la que el procesado deberá defenderse en juicio, y como tal la motivación de este auto es trascendental para el proceso penal.

En esta línea, existen casos que demuestran como la motivación de este auto, al no tener un mecanismo de control, es tenue, inexistente o contiene errores que perjudican la defensa del procesado en el juicio.

Por ejemplo, dentro del proceso No. 17100202100003 también conocido como el de pruebas PCR, el juez mencionó que no está convencido sobre la existencia de un delito, pero que ese trabajo deberá ser del tribunal de juicio. Esta situación vulneró directamente el principio de inocencia y de motivación al no anunciar los elementos de convicción individualizados que le llevaron a tomar esta decisión.

Otro error común dentro de la audiencia es que, al no existir un mecanismo de control, en ciertos casos, los jueces deciden transcribir lo desarrollado en la audiencia o la acusación fiscal justificando únicamente así la motivación de su decisión sin tomar en cuenta los argumentos de los procesados. Es importante recordar que esta actuación ya ha sido declarada como vulneradora de derechos por la CC dentro de la sentencia 1320-13-EP/20.

La falta de una motivación adecuada en el auto de llamamiento a juicio podría convertir a la fase intermedia en un mero trámite, desnaturalizando el proceso penal.

Desde otra perspectiva, los efectos del auto de llamamiento a juicio cambian completamente la situación jurídica del proceso penal, ya que abre la etapa de juicio, y decide sobre la teoría de la acusación fiscal. Por tal razón, no solo es necesario una motivación clara y suficiente, sino también es necesario un recurso que pueda resolver un auto que pueda tener errores.

La existencia de un recurso de apelación convertiría a la etapa intermedia en una etapa rígida y no un mero trámite, tutelaría de mejor forma la presunción de inocencia, y abarataría los costos de revisar una situación jurídica dentro de la etapa de juicio o dentro de un recurso de apelación de la sentencia de primera instancia.

Es importante resaltar que la CC, dentro de las sentencias No. 1807-17-EP y 0859-18-EP, ha resaltado que este auto no es definitivo porque no pone fin al proceso; así también lo ha determinado el COIP dentro del artículo 608, por lo que a primera vista parecería que la creación de un recurso para un auto que no es definitivo no es pertinente. Sin embargo, cabe recordar que el COIP reconoce la existencia del recurso de apelación a la sentencia de primera instancia, la resolución de prisión preventiva y la negativa de la suspensión condicional de la pena. Todas estas actuaciones tampoco ponen fin al proceso, pero debido a la gravedad de sus consecuencias el legislador ha previsto un recurso para estas actividades.

En este sentido, las consecuencias del auto de llamamiento a juicio es muy grande dentro del proceso penal, porque un recurso que revierta errores de derecho estaría de la mano con la línea establecida por la CC al establecer las situaciones en las que se pueden otorgar estos recursos; así también, este recurso pondría en igualdad de condiciones a todas las partes procesales, ya que la fiscalía y la acusación particular al menos cuentan con un recurso de apelación reconocido en la ley mientras que los procesados no cuentan con uno para analizar los posibles errores que cometan los jueces dentro de la etapa intermedia.

6. Recomendaciones

Se recomienda que, si existen otros autores que deseen seguir investigando o profundizando sobre esta línea, podrían realizar un análisis comparado con otras jurisdicciones para encontrar si la hipótesis contenida en este artículo es certera.

Se recomienda analizar la posibilidad de presentar una acción de inconstitucionalidad en contra del artículo 653 del COIP en aras de buscar una forma de que se reconozca, dentro de la normativa interna ecuatoriana, la existencia de un recurso de apelación de los autos descritos alrededor de este artículo.

7. Conclusiones

Como se detalló en la sección cuarta del presente artículo la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio es trascendental para el proceso penal, ya que sus efectos no pueden ser revertidos al no existir un recurso eficaz que revise los errores de los jueces durante la tramitación del proceso penal.

Por consiguiente, tomando en cuenta que tanto la CRE como la CC y la Corte IDH, han determinado que para el ejercicio del derecho a la impugnación es vital que dicho medio de impugnación exista con anterioridad en la ley. Así, la única forma en que se puedan rever los errores de los jueces durante la etapa intermedia es la existencia dentro de la ley penal procesal un recurso prescrito en la misma sobre los autos descritos

Este recurso debe tener como fundamento revisar los vicios adjetivos y sustantivos, que cometan los jueces dentro de la toma de decisiones que son específicas de la audiencia evaluatoria y preparatoria de juicio; en específico, deben tutelar el derecho a la tutela judicial efectiva de las víctimas dentro del proceso penal, el derecho a la práctica de pruebas y el derecho a la motivación.

La existencia de un recurso eficaz sobre el auto de llamamiento a juicio y del de sobreseimiento puede devenir en una correcta administración de justicia, ya que las víctimas

tendrían un remedio procesal para prevenir que, por un mal trabajo fiscal o deficiente motivación judicial, su caso quede en impunidad; y, por el lado de los procesados, podrá evitar que continúe un proceso penal que ha sido tramitado con pruebas viciadas, o que sigue siendo tramitado por motivos ajenos al derecho.

Referencias bibliográficas

- Asamblea Nacional del Ecuador. (2012). *Informe Primer Debate COIP 107071*. Recuperado de <http://ppless.asambleanacional.gob.ec/alfresco/d/d/workspace/SpacesStore/28022f52-7ad4-4e9f-9247-b760c8d6c092/Informe%20Primer%20Debate%20Tr.%20107071.pdf>
- Asamblea Nacional del Ecuador. (2013). *Informe Segundo Debate COIP*. Recuperado de https://www.ethnodata.org/media/filer_public/0c/94/0c9467fa-5684-48ca-b327-c8cf1fa7726d/2013_informe_para_segundo_debate_coip.pdf
- Conejo, M. (2008). *Programa de formación inicial de la defensa pública*. Editorial Escuela Judicial
- Corte Nacional de Justicia. (2011). *Consulta formulada por la Unidad Judicial Penal con sede en el cantón Atacames de la Provincia de Esmeraldas, sobre el plazo para impugnar la resolución que resuelve una excepción previa (001-11-CNJP)*. Quito. Recuperado de https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/pdf/consultas_absueltas/Penales/impugnacion/001.pdf
- Corte Nacional de Justicia. (s.f.). *Recurso de apelación: concepto, regulación y desarrollo jurisprudencial*. Quito. Recuperado de https://www.cortenacional.gob.ec/cnj/images/Produccion_CNJ/aportes%20juridicos/Recurso.pdf
- Echandía, F. (2006). *Teoría general del proceso*. Editorial Universidad.
- Gozaíni, O. (2005). *Elementos de Derecho Procesal Civil*. Ediar.
- Guasp, J. (1968). *Derecho Procesal Tomo I*. Instituto de Estudios Políticos
- Guerrero, J. (2017). *El agotamiento de recursos previo a la acción extraordinaria de protección ¿Un presupuesto material o procesal?* Editorial Corporación Editora Nacional
- Martínez, I. (2017). *La impugnación de resoluciones judiciales*. En J. L. Manzanares (Coord.), *Procedimientos civiles especiales* (pp. 301-315). Thomson Reuters Aranzadi.
- Omar, W. (2008). *Teoría General Del Proceso*. Editorial Escuela Judicial.
- Quintero, B y Prieto, E. (2000). *Teoría General del Proceso*. Temis.
- Sendra, G. (2007). *Derecho procesal civil*. Colex Editorial.

Normas

- Asamblea Nacional (2014). *Código Orgánico Integral Penal*. Suplemento - Registro Oficial No. 180 de 10 de febrero de 2014.
- Asamblea Nacional (2015). *Código Orgánico General de Procesos*. Suplemento - Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.
- Asamblea Nacional Constituyente. (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008.

Jurisprudencia

- Corte Constitucional del Ecuador (2019). *Sentencia No. 1270-14-EP/19 de 18 de diciembre de 2019*.

- Corte Constitucional del Ecuador (2019). Sentencia No. 1061-12-EP/19 de 4 de septiembre de 2019.
- Corte Constitucional del Ecuador (2019). Sentencia No. 1270-14-EP/19 de 18 de diciembre de 2019.
- Corte Constitucional del Ecuador (2020). Sentencia No. 1306-13-EP/20 de 21 de febrero de 2020.
- Corte Constitucional del Ecuador (2020). Sentencia No. 1741-14-EP/20 de 27 de mayo de 2020.
- Corte Constitucional del Ecuador (2020). Sentencia No. 987-15-EP/20 de 18 de noviembre de 2020.
- Corte Constitucional del Ecuador (2021). Sentencia No. 1945-17-EP/21 de 13 de octubre de 2021.
- Corte Constitucional del Ecuador. (2012). Sentencia No. 191-12-CN/19 y acumulados de 02 de abril de 2019. Recuperado de: <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/Boletines/Sustanciación/0191-12-CN-19yacumulados.pdf>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2019). Sentencia No. 14-15-CN/19 de 14 de mayo de 2019. Recuperado de: <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=14-15-CN/19#:~:text=Del%20derecho%20a%20la%20presunci%C3%B3n,debe%20tratar%20como%20inocente%20antes>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2020). Sentencia No. 1320-13-EP/20 de 27 de mayo de 2020. Recuperado de <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=1320-13-EP/20>
- Corte Constitucional del Ecuador. (2020). Sentencia No. 768-15-EP/20 de 02 de diciembre de 2020. Recuperado de: <https://portal.corteconstitucional.gob.ec/FichaRelatoria.aspx?numdocumento=768-15-EP/20>
- Corte IDH, Caso Mohamed vs. Argentina, Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2012 Serie C N° 255.
- Corte IDH. Caso Liakat Ali Alibux Vs. Surinam. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 30 de enero de 2014. Serie C No. 276.

Convenciones, tratados y conferencias

- ONU: Asamblea General, Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 diciembre 1948, 217 A (III), Recuperado de: <https://www.refworld.org/es/docid/47a080e32.html>
- ONU: Asamblea General, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos. Adoptado y abierto a la firma, ratificación y adhesión por la Asamblea General en su resolución 2200 A (XXI), de 16 de diciembre de 1966, 16 diciembre 1966, Naciones Unidas, Serie de Tratados, vol. 999, p. 171. Recuperado de: <https://www.refworld.org/es/docid/5c92b8584.html>
- Organización de los Estados Americanos (OEA), Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José de Costa Rica”, 22 noviembre 1969. Recuperado de: <https://www.refworld.org/es/docid/57f767ff14.html>

LA ADECUADA REINSERCIÓN SOCIAL DEL RECLUSO COMO FINALIDAD DE LA EJECUCIÓN PENITENCIARIA EN EL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO EN ARGENTINA

The Proper Social Reintegration of the Prisoner as the Purpose of Penitentiary Execution in the Social and Democratic State of Law in Argentina

GUSTAVO ALBERTO AROCENA¹

Universidad Nacional de Córdoba, Córdoba, Argentina

Resumen

En el presente artículo, el autor analiza la adecuada reinserción social del recluso como finalidad de la ejecución de la pena privativa de la libertad en el Estado social y democrático de Derecho de la República Argentina. Con ese propósito, el jurista identifica los diferentes modelos de readaptación social (“readaptación para la moralidad” y “readaptación para la legalidad”), con sus virtudes y críticas. Por último, él examina los condicionamientos que impone un arquetipo de Estado social y democrático de Derecho, a la hora de adherir a uno u otro de esos modelos, y, finalmente, expone sus razones a favor de un paradigma de readaptación social mínimo.

Palabras clave

Pena privativa de la libertad, Reinserción social del condenado, Castigo penal, Estado social y democrático de derecho.

Abstract

In this article, the author analyzes the adequate social reintegration of the prisoner as the purpose of the execution of the custodial sentence in the social and democratic state of law of the Argentine Republic. To this end, the jurist identifies the different models of social readaptation (“readaptation for morality” and “readaptation for legality”), with their virtues and criticisms. Finally, he examines the conditions imposed by an archetype of social and democratic state of law, when adhering to one or the other of these models, and finally exposes his reasons in favor of a paradigm of minimal social readaptation.

Keywords

Penalty of Deprivation of Liberty, Social Reintegration of the Convicted Person, Criminal Punishment, Social and Democratic Rule of Law.

1. Introducción

Resulta llamativa la asimetría que, en el ámbito de la dogmática jurídico-penal, muestran los estudios sobre la *finalidad de la pena* y los que versan acerca de la *finalidad de la ejecución de la pena*; principalmente, de la ejecución de la pena privativa de la libertad.

¹ Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina). Profesor Titular de Derecho Penal (Universidad Nacional de Córdoba, Argentina). Correo electrónico: gustavo.alberto.arocena@gmail.com. ORCID: <https://orcid.org/0000-0002-3695-1233>.



Con respecto a la primera, los textos son vastísimos y —en muchos casos— particularmente rigurosos²; en cambio, en lo tocante al objetivo del cumplimiento del encierro carcelario, las fuentes bibliográficas son limitadas, no solo en cantidad, sino también en la profundidad de los análisis y reflexiones que proponen los expertos. A lo sumo, y salvo contadas excepciones³, los autores se restringen a invocar la finalidad preventivo-especial positiva que las leyes extendidamente asignan a la ejecución de la pena privativa de la libertad, y a referenciar la reinserción social del delincuente perseguido por aquélla, pero sin ahondar en el contenido de esta meta resocializadora, ni vincularla con el modelo de Estado y sistema penal en el cual ella se inserta.

¿A qué responde esta situación?

Es difícil determinarlo con certeza, pero nos animamos a conjeturar que él responde a la confusión existente entre la legitimación y las funciones de la pena, que ha sido atinadamente identificada por autores que van desde Ferrajoli (2013, t. I, p. 115 y ss.) hasta Mir Puig (1998, p. 45 y ss.), pasando por Rivera Beiras 2006, p. 183), entre otros.

Para despejar este desorden metodológico, diremos, sin pretensiones de exhaustividad —pues no es éste el objeto del artículo—, que el problema de la legitimación de la pena se vincula con los *fundamentos del castigo penal*, mientras que el asunto de las funciones de la pena se relaciona con la *finalidad de la ejecución del castigo*.

Así, en torno al tópico de la legitimación de la pena se han propuesto dos grandes grupos de teorías que han intentado dar respuesta al interrogante sobre el fundamento del castigo penal, a saber: las *teorías absolutas*, que conciben a la pena como un fin en sí misma, y las *teorías relativas*, que la consideran un medio para la prevención de futuros delitos, ya sea reparando en la sociedad en su conjunto (“teorías de la prevención general”) o bien parando mientes en el sujeto infractor (“teorías de la prevención especial”). Se dividen en positivas y negativas, según que persigan la *utilidad* de la pena a través de la reafirmación del valor de las normas para la comunidad (*prevención general positiva*), de la disuasión de potenciales

² Enumerar a los juristas que han estudiado de modo pormenorizado el tópico de la fundamentación de la pena, también tratado bajo la denominación de “teorías de la pena”, sería una tarea impropia. De cualquier manera, podemos mencionar, entre muchísimos otros, a Edmundo Mezger (*Tratado de Derecho penal*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1949, t. II, p. 412 y ss.); Adolf Merkel (*Derecho penal. Parte General*. Buenos Aires: B de f, 2004, p. 189 y ss.); Claus Roxin (*Fin y justificación de la pena y de las medidas de seguridad*. En AA.VV., *Determinación judicial de la pena*. Julio B. J. Maier —compilador—. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1993, p. 15 y ss.); Hans-Heinrich Jescheck – Thomas Weigend (*Tratado de Derecho penal*. Parte General. Granada: Comares, 2002, p. 71 y ss.); Günther Jakobs (*Derecho penal*. Parte General. Madrid: Marcial Pons, 1997, p. 8 y ss.); Helmut Frister (*Derecho penal*. Parte General. Buenos Aires: Hammurabi, 2011, p. 59 y ss.); Paul Bockelmann – Klaus Volk (*Derecho penal*. Parte General. Lima: Valetta 2020, p. 34 y ss.); Eric Hilgendorf – Brian Valerius (*Derecho penal*. Parte General. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2017, p. 3 y ss.); Wolfgang Naucke – Winfried Hassemer – Klaus Lüderssen (*Principales problemas de la prevención general*. Buenos Aires: B de f, 2004); Santiago Mir Puig (*Derecho penal*. Parte General. Barcelona: Reppertor, 1998, p. 46 y ss.); Jesús María Silva Sánchez (*Aproximaciones al Derecho penal contemporáneo*. Barcelona: Bosch, 1992, p. 179 y ss.); Giovanni Fiandaca – Enzo Musco (*Derecho penal*. Parte general. Bogotá: Temis, 2006, p. 685 y ss.); Heiko H. Lesch (*La función de la pena*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 1999); David M. Kennedy (*Disuasión y prevención del delito*. Reconsiderando la expectativa de pena. Buenos Aires: Marcial Pons, 2016); y Maximiliano Rusconi (*Derecho penal*. Parte General. Buenos Aires: Ad-Hoc, 2009, p. 53 y ss.).

³ Entre los pocos juristas que han abordado con profundidad y en forma específica el problema de la finalidad de la ejecución de la pena privativa de la libertad, merecen citarse, principalmente, Francisco Muñoz Conde (*La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito*. En Doctrina Penal, año 2, n^{os} 5 a 8, 1979, p. 625 y ss.); Alessandro Baratta (*Resocialización o control social*. Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado. Ponencia presentada en el seminario “Criminología crítica y sistema penal”, organizado por Comisión Andina Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social, en Lima, del 17 al 21 de Septiembre de 1990); José Daniel Cesano (*Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*. Córdoba: Alveroni, 1997, p. 112 y ss.); Eugenio Raúl Zaffaroni (Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales. En AA.VV., *Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*. Buenos Aires: Editores del Puerto, 1997, p. 181 y ss.); y Gustavo A. Arocena (*Principios básicos de la ejecución de la pena privativa de la libertad*. Buenos Aires: Hammurabi, 2014, p. 61 y ss.).

delinquentes por conducto de la amenaza de la imposición de una pena (*prevención general negativa*), de la readaptación social del infractor (*prevención especial positiva*) o de su neutralización (*prevención especial negativa*).

Ahora bien, el asunto de las funciones de la pena se resuelve a través de la indagación en torno a los objetivos que debe cumplir la *ejecución* de la sanción, tanto la privativa de la libertad (de la cual nos ocuparemos específicamente en este artículo, atento su *centralidad* en los sistemas de consecuencias jurídicas del delito de vigencia preponderante en nuestro entorno), como los castigos pecuniarios y las penas privativas de derechos distintos de la libertad ambulatoria (*pena de inhabilitación*).

Quizá este hiato entre el estudio de los fines de la pena y los de su ejecución haya venido de la mano del debate acerca de los cometidos del derecho penal realizado por la doctrina comparada, “que dio respaldo teórico y legitimó la separación de la ejecución de las penas con el momento de su irrogación” (Horvitz, 2018, p. 931). Pionero, en este sentido, fue Claus Roxin y su texto de 1966 —republished con posterioridad— intitulado “Sinn und Grenzen staatlicher Strafe”. En este, el jurista alemán aduce que “el Derecho penal se enfrenta al individuo de tres maneras, amenazando con, imponiendo y ejecutando penas, y [...] esas tres esferas de actividad necesitan de justificación cada una por separado” (Roxin, 2008, p. 63).

Si de resumir se trata, puede afirmarse que los fines de la pena se vinculan con las “teorías de la pena” que indagan sobre su justificación y sobre la manifestación del castigo en los momentos de su determinación legislativa (*escalas penales consagradas por el legislador*) y judicial (*pena concreta impuesta por el juez*). Por su parte, los fines de la ejecución de la pena se relacionan —en el caso de la pena de prisión— con la función que se le atribuye a su realización concreta y con su materialización durante la individualización penitenciaria.

Sin perjuicio de la aludida falta de atención pormenorizada del tema, su importancia es capital, habida cuenta que las finalidades que la ejecución de la privación de la libertad *deben* cumplir y, ya en el plano empírico —analizado con perspectiva sociológica—, las que *efectivamente cumple*, constituyen condiciones de legitimación de la criminalización secundaria de una persona, o sea, del sometimiento de un ser humano concreto a persecución, juzgamiento y castigo por la comisión de un hecho delictuoso.

En la medida en que la configuración normativa de la función de la ejecución de la pena (su finalidad en el mundo del *deber ser*) se ajuste al modelo de Estado en el que ella se aplique, e incluso que su concreta manifestación en el mundo del *ser* se acomode a dicha estructuración normativa de la sanción, la persecución penal, el juzgamiento y, en especial, el castigo de un ciudadano por la perpetración de un delito se encontrará debidamente legitimada y, con esto, justificada.

De allí, entonces, la relevancia de escrutar las funciones y finalidades de la ejecución de la sanción penal.

Ha de añadirse, en torno a todo esto, que la función de la ejecución del castigo penal

constituye un tema inevitablemente *valorativo*, opinable, pues, y sustraído a la posibilidad de una respuesta independiente del punto de vista que se adopte ante la cuestión de la función a atribuir al Estado. La pena es, en efecto, uno de los instrumentos más característicos con que cuenta el Estado para imponer sus normas jurídicas, y su función depende de la que se asigne al Estado” (Mir Puig, 1982, p. 15).

Las indagaciones sobre la finalidad de la ejecución penitenciaria cuenta, de este modo, con una premisa valorativa fijada por el ordenamiento jurídico que debe orientar el estudio del

tópico —y también de la propia teoría del delito—, a saber: la adopción de un modelo de Estado determinado.

Adelantando premisas, subrayaremos que, en el caso argentino, ese modelo es el de un Estado social y democrático de Derecho, respetuoso de los derechos y las garantías individuales, y celoso de la tutela de la dignidad inherente al ser humano.

Por consiguiente, la función que el ordenamiento jurídico argentino asigne a la ejecución de la pena privativa de la libertad ha de interpretarse, en su sentido y alcance, en sintonía con la premisa valorativa derivada de la adopción de un tal modelo de Estado social y democrático de Derecho.

Inspirados en el objetivo de analizar estos tópicos, comenzaremos estudiando la recepción de la finalidad resocializadora en el Derecho argentino, para luego escrutar el sentido y alcance del ideal resocializador en un Estado social y democrático de Derecho como el de nuestro país. A continuación, evaluaremos críticamente los distintos modelos de reinserción social del condenado y sus críticas, para finalmente vincularlos con el paradigma adoptado por el ordenamiento jurídico nacional. Para cerrar, propondremos unas breves reflexiones conclusivas.

2. La consagración del “ideal resocializador” en el ordenamiento jurídico de la República Argentina

Por imperio del art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional argentina⁴, distintos *instrumentos internacionales de derechos humanos* —entre los que se encuentran el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos⁵ (ONU, Nueva York, 1966) y la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁶ (OEA, San José de Costa Rica, 1969)— han adquirido jerarquía constitucional⁷.

Como consecuencia de ello, estos instrumentos internacionales, aunque no se han incorporado materialmente al “cuerpo” de la Constitución formal, han pasado a integrar junto con esta el llamado “bloque de constitucionalidad federal”, que se ubica en la cúspide del orden jurídico interno del Estado y se erige, así, en principio fundante y de referencia para la validez de las restantes normas del sistema.

Ahora bien, en lo que a la ejecución de las penas privativas de la libertad se refiere, este bloque de constitucionalidad federal contiene pautas de política penitenciaria y reglas sobre la situación jurídica de las personas privadas de la libertad que conforman un verdadero programa constitucional de la ejecución de las medidas de encierro carcelario al que debe adaptarse la normativa inferior sobre la materia (Salt, 1999, p. 155).

Con respecto al Derecho penal de las personas mayores de dieciocho años, las convenciones internacionales de derechos humanos constitucionalizadas traen normas que, entre otros, consagran el derecho a que el régimen penitenciario consista en un tratamiento cuya finalidad esencial sea la reforma y la readaptación social del condenado (art. 10, apartado 3, PIDCP; art. 5, apartado 6, CADH.). Es lo que, en el ámbito de la doctrina jurídica, ha dado en llamarse “ideal resocializador”.

⁴ Disposición que, en lo que interesa a los fines de este texto, establece que los tratados internacionales sobre derechos humanos allí enumerados, “en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos”.

⁵ En adelante: PIDCP.

⁶ En adelante: CADH.

⁷ Mediante la regla del artículo 75, inciso 22, CN se superó la vieja discusión relativa a la posición jerárquica de los tratados internacionales y las leyes nacionales. Es que la reforma constitucional de 1994, además de equiparar a ciertos tratados internacionales de derechos humanos con la propia Constitución de la Nación, *consagró la superioridad jerárquica de los tratados respecto de las leyes*; lo hizo en los siguientes categóricos términos: “Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes”.

Por otro lado, ya en un peldaño normativo de jerarquía inferior, la ley argentina 24.660, de Ejecución de la Pena Privativa de la libertad, que disciplina la materialización de esta especie de sanción, en todas sus modalidades, también incluye disposiciones que receptan el mencionado ideal resocializador.

En efecto, en su art. 1, este conjunto normativo, tras la reforma de la ley 27.375, prescribe:

La ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, así como también la gravedad de sus actos y de la sanción impuesta, procurando su adecuada reinserción social, promoviendo la comprensión y el apoyo de la sociedad, que será parte de la rehabilitación mediante el control directo e indirecto.

Para nosotros, y esta es la tesis que defenderemos en el presente artículo, el universo normativo que acabamos de presentar, e incluso el modelo de Estado social y democrático de Derecho que adopta la Argentina, impone un paradigma de readaptación social determinado, a saber: la *resocialización para la legalidad*, conforme la cual —según veremos— la ejecución de la pena privativa de la libertad debe orientarse solo a lograr que el delincuente adecue su comportamiento externo a la ley, y no a imponerle los criterios valorativos dominantes en la sociedad, por resultar esto último violatorio del derecho a la dignidad y autodeterminación del recluso.

3. El ideal resocializador en el Estado social y democrático de Derecho argentino frente a los principales modelos de readaptación social

3.1. El Estado social y democrático de Derecho en la República Argentina y el modelo de reinserción social del condenado

La reforma de la Constitución argentina de 1994 ha introducido en el plexo axiológico de la Ley Suprema un cúmulo de cláusulas y expresiones lexicales⁸ que traducen un espíritu, un conjunto de principios, propio de lo que se ha dado en llamar *liberalismo en solidaridad social* o *Estado social y democrático de derecho*⁹.

Pero este conjunto de principios paradigmáticos de un Estado social y democrático de Derecho se inserta, en el núcleo básico de nuestra Constitución, dentro de un conjunto normativo que no carece de enunciados que —como el art. 19¹⁰— abrevan en un *ideario de corte liberal-individualista*.

Esta circunstancia resulta particularmente útil al momento de sustentar una concepción que, como la nuestra, estima que la consagración constitucional de un modelo de Estado de sesgo social y democrático, en modo alguno, empiece el reconocimiento del máximo goce posible de los derechos de cada ciudadano como objeto al cual debe también tender la organización estatal.

De otro costado, de lo anterior se sigue que la injerencia estatal en la esfera del ciudadano que cumple una pena privativa de la libertad orientada a su adecuada reinserción social no puede ser de cualquier clase, responder a cualquier modelo o habilitar una intensidad ilimitada. Para decirlo con otras palabras, un modelo de Estado social y democrático de

⁸Tales como “sistema democrático”, “orden institucional” (art. 36), “valores democráticos” (art. 75, inc. 19), “orden democrático” (art. 75, inc. 24), “igualdad real de oportunidades” (art. 37; art. 75, inc. 23), “igualdad de oportunidades” (art. 75, inc. 19) o “acción positiva” (arts. 37 y 75 inc. 23).

⁹Sobre esto, v. Bidart Campos, 1997, t. VI, p. 243.

¹⁰Esta disposición prescribe: “Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están solo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe”.

Derecho no tolera cualquier paradigma de reinserción social, sino que admite únicamente una resocialización para la legalidad.

3.2. La ley argentina 24.660 y la reinserción social del condenado

Hemos anotado que el art. 1 de la ley 24.660, luego de la reforma de la ley 27.375, establece que la ejecución de la pena privativa de libertad tiene por finalidad lograr que el condenado adquiera la capacidad de respetar y comprender la ley, procurando su adecuada reinserción social.

A nuestro ver, la norma, además de acoger el fin de la ejecución de las penas privativas de la libertad que —mediante la alocución “readaptación social”— adoptan los tratados internacionales constitucionalizados (art. 10, apartado 3, PIDCP¹¹; art. 5, apartado 6, CADH¹²), explicita el modelo de programa de readaptación social al que adhiere (Cesano, 1997, p. 145).

En cuanto al aserto precedente, cabe anotar que hay juristas —como, por ejemplo, Cesano— que destacan que los instrumentos constitucionalizados, en cierta medida, “matizan el fin preventivo especial a través de la readaptación, utilizando la expresión lingüística ‘esencial’”. Esto significa

algo muy interesante: que en ciertos casos la imposición de una pena privativa de libertad puede no dirigirse a la readaptación. En ese caso la legitimación de la pena deberá buscar otros horizontes. En efecto, no será necesario cuando el sujeto condenado no requiera de readaptación. Pero tampoco lo será en aquellos casos en que aun cuando esté necesitado de tratamiento, el interno no admita voluntariamente, en forma libre, someterse al mismo (Cesano, 2007, p. 95).

No puede negarse que, a partir de la ajustada interpretación gramatical de las disposiciones pertinentes de los tratados internacionales con jerarquía constitucional, esta conclusión se presenta inobjetable.

Es que, el art. 10, apartado 3, del PIDCP, refiere:

El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad *esencial* será la reforma y la readaptación social de los penados”, mientras que el art. 5, apartado 6°, de la CADH. aduce: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad *esencial* la reforma y la readaptación social de los condenados.

De esta forma, tanto aquél como esta, establecen que el ideal resocializador resumirá el fin principal o más importante que debe perseguir la ejecución de la pena de encierro carcelario; pero, a la vez, tales reglas permiten advertir qué “fin sustancial” del tratamiento penitenciario no equivale a “fin exclusivo” o “fin único” de tal injerencia estatal; habrá casos en los cuales otras finalidades podrán o, incluso, deberán ser las razones que legitiman la materialización del enclaustramiento punitivo.

¹¹ Textualmente, esta disposición manifiesta: “El régimen penitenciario consistirá en un tratamiento cuya finalidad esencial será la reforma y la readaptación social de los penados. Los menores delincuentes estarán separados de los adultos y serán sometidos a un tratamiento adecuado a su edad y condición jurídica”.

¹² Expresamente, esta regla señala: “Las penas privativas de la libertad tendrán como finalidad esencial la reforma y la readaptación social de los condenados”.

Sin perjuicio de esto, no puede pasarse por alto que la ley 24.660¹³ consagra la finalidad de reinserción social con un alcance, con una extensión distinta.

Lo aseverado es así, puesto que, según se acaba de puntualizar en el texto principal, el párrafo 1 del art. 1 de la ley dispone, lacónicamente, que la ejecución de la pena privativa de libertad, en todas sus modalidades, tiene por finalidad “lograr que el condenado adquiera la capacidad de comprender y respetar la ley, [...] procurando su adecuada reinserción social”. La norma, pues, prevé, para la sanción privativa de la libertad, una única meta legitimante, a saber: la reinserción social del condenado. Ella, en suma, no consagra sino solo la resocialización del recluso, como exclusivo objetivo cuya persecución legitima el cumplimiento del castigo carcelario.

Frente a este estado de cosas normativo cabe preguntarse: ¿cómo deben compatibilizarse una regla constitucional que exige que la privación punitiva de la libertad se dirija principalmente —aunque no en forma excluyente— a la readaptación social del condenado y una disposición infraconstitucional que prescribe que el encierro penitenciario debe perseguir exclusivamente la reinserción social del recluso?

Pensamos que, para responder adecuadamente a este interrogante, debe repararse en la naturaleza jurídica que haya de asignársele al ideal resocializador consagrado en las disposiciones de los tratados internacionales constitucionalizados a las que hemos aludido precedentemente.

Es evidente que el mismo título de la presente tesis adelanta nuestra concepción sobre el punto: se trata de verdaderos principios o directrices, con el alcance que oportunamente se ha dado a esta expresión; se trata, pues, de normas de carácter muy general que, a la manera de ideales regulativos, señalan la deseabilidad de alcanzar ciertos objetivos o fines de carácter económico, social o político.

Por lo demás, la ley 24.660 adopta este entendimiento, desde que la propia rúbrica de su Capítulo I reza: “Principios básicos de la ejecución”. En cambio, no proceden de igual manera los tratados constitucionalizados, los que, como se ha visto, consagran la reforma y la readaptación social de los condenados como finalidad esencial de la ejecución del castigo, pero no estipulan cuál es la naturaleza de tal meta resocializadora. De allí que, según he manifestado, resulte imprescindible indagar, pues una será la situación se afirmamos que es un derecho subjetivo o una garantía favorable al recluso, y otra muy distinta si sostenemos que es un principio o directriz.

Veamos. Para aducir válidamente que el ideal resocializador representa un *derecho subjetivo* del condenado, debería poder entenderse como un derecho reconocido por el Estado y verificable en términos de lo que disponen determinadas normas positivas que imponen a los órganos estatales ciertas prestaciones a favor del recluso¹⁴. El derecho subjetivo aparece, así, como correlato de una obligación activa del Estado que tiene como destinatario a una cierta persona, a saber: el recluso. De otro modo, y con palabras de Ferrajoli, el derecho subjetivo se muestra como “cualquier expectativa positiva (de prestaciones) [...] adscrita a un sujeto por una norma jurídica” (Ferrajoli, 1999, p. 37).

A nuestro modo de ver, no es esta la situación del ideal resocializador que recepta la norma constitucional de origen supranacional.

No lo es, según nuestra opinión, porque la meta resocializadora no resulta empíricamente verificable sobre la base de normas jurídicas positivas. Tanto las disposiciones de los tratados internacionales de jerarquía constitucional relativas a la ejecución penitenciaria,

¹³ Que es un conjunto normativo de jerarquía infraconstitucional, pero que, por versar específicamente sobre la ejecución de la pena privativa de la libertad, puede reputarse reglamentario de los principios constitucionales relativos a dicha materia.

¹⁴ Para esta aproximación al concepto de “derecho subjetivo” a partir del pensamiento *positivista metodológico*, v. Nino, 1999, p. 196.

como las prescripciones infraconstitucionales que las reglamentan —en particular, la ley 24.660— consagran, como veremos a lo largo de esta investigación, un importante conjunto de reglas de derechos y garantías de las que es titular el recluso¹⁵, pero no plasma la reinserción social del condenado como un derecho subjetivo en sí mismo.

De tal suerte, la reforma y la readaptación social del condenado, aun cuando se la pretendiera reconocer como un genuino derecho del recluso, no podrá ser admitida como un derecho jurídico subjetivo, sino como un derecho moral del interno, entendiendo por tal un derecho que, según ciertos principios asumidos como válidos —que dependen de consideraciones meta-éticas—. Es incorrecto negar a cualquier de los individuos que componen una cierta clase, el acceso a una situación que sea beneficiosa para cada uno de tales individuos (Nino, 2000, pp. 217 y 218). No es un derecho jurídico subjetivo del condenado desde que no existen normas del sistema jurídico que consagren de modo inconcuso la obligación, el deber jurídico del Estado de efectuar una prestación cuyo concreto y específico contenido sea el logro —no ya la búsqueda— de la reinserción social de la persona condenada a una pena privativa de la libertad.

Esto no impide que el derecho del recluso a su reinserción social, por ser un derecho moral de aquéllos comúnmente llamados “derechos individuales”, sea concebido como un derecho dirigido a los órganos estatales e impliquen su *deber moral* de reconocerlos, dictando el legislador normas que creen el derecho jurídico correspondiente y resolviendo los jueces los casos sometidos a su consideración, teniendo en cuenta dicho derecho moral del interno.

La consideración del derecho moral a la reinserción social del recluso, como un derecho individual del condenado, no reviste trascendencia menor, si se tiene en cuenta que la presencia de un derecho moral

no supone necesariamente que haya un deber moral correlativo, sino cuando se resuelven una serie de cuestiones que hacen a la posibilidad de provisión del bien [del que se trate] por parte de otros individuos y a la distribución entre ellos de las cargas atinentes a esa provisión (Nino, 1999, p. 218).

En el caso del derecho del interno a la reinclusión social pareciera que el conjunto de reglas de derechos y garantías constitucionales, y legales del recluso al que he aludido en el texto principal (derecho al trabajo, derecho de aprender, derecho a la salud, derecho a la libertad de conciencia y de religión, derecho a las relaciones familiares y sociales, entre otros) sientan las condiciones o prerrequisitos que hacen posible o, incluso, favorecen la mayor factibilidad, la mayor capacidad de realización del ideal resocializador.

Tampoco parece el ideal resocializador una *garantía favorable al recluso*.

Este aserto, de alguna manera, se vincula con lo desarrollado en el apartado anterior.

Es que, al fin y al cabo, *stricto sensu*, una garantía no otra cosa que la forma de asegurar el cumplimiento de un derecho. En este sentido, Ferrajoli aduce

las garantías no son otra cosa que las técnicas previstas por el ordenamiento para reducir la distancia estructural entre normatividad y efectividad, por tanto, para posibilitar la máxima eficacia de los derechos fundamentales en coherencia con su estipulación constitucional (Ferrajoli, 1999, p. 25).

¹⁵ Por ejemplo: el derecho al trabajo, art. 106; el derecho de aprender, art. 133; el derecho a la salud, art. 143; el derecho a la libertad de conciencia y de religión, art. 153; el derecho a comunicarse periódicamente con la familia, allegados, curadores y abogados, art. 158, etc.

A este respecto, conviene puntualizar que el giro lingüístico “readaptación social” es singularmente polisémico y que la formulación misma de la finalidad de la ejecución de la pena de encierro que él designa ha sufrido múltiples configuraciones (reeducación, rehabilitación, repersonalización, reinserción, resocialización), lo cual es sintomático de la diversidad de interpretaciones que ella ha suscitado.

Cabe añadir, incluso, que parte de la doctrina jurídica más actual denuncia la crisis de las denominadas “ideologías *re*”, y la vulnerabilidad de su “uso nebuloso” por parte de los segmentos penitenciarios del sistema penal.

Así, por ejemplo, Zaffaroni asevera que los “discursos *re*” tienen inconvenientes para estos operadores penitenciarios, tales como los siguientes: a) hace vulnerables a tales operadores, frente a las críticas que se dirigen a las ideologías en que se basan aquellos discursos; b) aparecen como discursos anticuados; c) la distancia que separa el discurso de la realidad los hace vulnerables a las críticas periodísticas, políticas y de intereses comprometidos con la “privatización” de la justicia; y d) la convicción de que esta distancia es infranqueable provoca un progresivo efecto de anomia profesional con severos efectos sobre la autoestima (Zaffaroni, 1997, pp. 185 y 186).

En la misma orientación se expide Lewis (h)

la Constitución —a través del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (art. 10, p. 3) y la Convención Americana de Derechos Humanos (art. 5, p. 6)— establece que la «reforma de los penados» o «readaptación social de los penados» son fines esenciales de la ejecución de las penas de prisión. Pese a ello, es claro que el marco de las ideologías “*re*” hoy se encuentra quebrado, y por esto mismo dichos términos deben ser reinterpretados dentro de una progresividad adecuada a las transformaciones del conocimiento. En esa línea, las referidas expresiones se pueden entender como imponiendo un trato humano, lo menos deteriorante posible y que ofrezca la posibilidad de reducir los índices de vulnerabilidad (Lewis, 2002, p. 155).

Para nosotros, estas críticas dirigidas a las llamadas “ideologías *re*” se encuentran plenamente fundadas sobre la base de importante evidencia empírica.

Con todo, la vigencia en el ordenamiento jurídico argentino del ideal resocializador, impone al jurista práctico que, más allá de reconocer que aquélla está consagrada por disposiciones —como la del art. 1 de ley 24.660— sancionadas con arreglo a las normas constitucionales que regulan el dictado de la ley, se escudriñe la posibilidad de pergeñar una interpretación del principio de reinserción social que averse todo peligro de tensión entre reglas infraconstitucionales y prescripciones de raigambre constitucional.

Incluso la jerarquía constitucional de los arts. 10, apartado 3, del PIDCP, y 5, apartado 6, de la CADH. (art. 75, inc. 22, Const. argentina) conduce a que dicho *control de adecuación constitucional* involucre un “análisis” de compatibilidad o coherencia entre distintos enunciados normativos de jerarquía constitucional como la que ostentan, justamente, el “principio de reinserción social” y, por ejemplo, derechos como el relativo a la dignidad humana de los reclusos (art. 10, apartado 1, PIDCP; art. 5, apartado 2, 2.^a disposición, CADH.).

Para expresarlo, en otros términos, corresponde afirmar que la aplicabilidad de una norma vigente del universo jurídico argentino no se resuelve solo con un juicio sobre la “legalidad” de la disposición, sino que es necesaria, además, una ponderación de la admisibilidad constitucional del precepto, o sea, sobre su “legitimidad constitucional”.

Y, en el caso, los certeros reproches que han merecido las “ideologías *re*” no impiden que se proponga una interpretación del ideal resocializador que no resulte lesivo de principios tales como los relativos a la dignidad humana, la autonomía personal y la libertad de pensamiento, entre otros.

Lo mismo pensamos en orden al instituto de la “calificación de concepto” instituido en el art. 101 de la ley 24.660 que, tras señalar que el interno será calificado de acuerdo con el concepto que merezca, estipula: “Se entenderá por concepto la ponderación de su evolución personal de la que se deducible su mayor o menor posibilidad de adecuada reinserción social”.

Es que, aun cuando haya propuestas a favor de una reforma penitenciaria para que se abandone la práctica de evaluar la evolución personal del interno como actividad central resocializadora integrante de una pena privativa de la libertad, por ser ella propia de un Derecho penal de autor y resultar lesiva de los principios constitucionales de acto, legalidad, jurisdiccionalidad y defensa, existe la posibilidad de concebir una interpretación de la “nota conceptual” que la torne aceptable en términos constitucionales.

En el desarrollo del presente texto procuraremos exponer dichas interpretaciones.

Más allá de las críticas presentadas a las nociones de “reinserción social” y de “calificación de concepto”, hay juristas que, igualmente sobre la base de constataciones empíricas, sumadas a una inquebrantable convicción, defienden la finalidad preventivo-especial positiva de la ejecución penitenciaria como algo “posible”, como algo que no es un “mero postulado teórico”.

Entre estos autores, podemos citar a Segovia, quien se reconoce

convencido de la importancia de mantener el postulado de la reinserción social como horizonte último del sistema penal y, singularmente, como orientación del sistema punitivo y penitenciario. La reinserción social de los infractores no es un mero vano deseo alumbrado por los primeros ilustrados, retomado por humanismo cristiano y los correccionalistas y asumido cordialmente por toda la tradición humanizadora del derecho penal. El horizonte de la reinserción —en muchos casos, sería mejor hablar de inserción, pues no ha llegado a haber nunca plenamente aquella— se asienta en el *principio de perfectibilidad humana*. Éste no es otro que la innata capacidad humana no sólo para modificar el entorno que habita, sino para cambiarse y perfeccionarse a sí mismo. Sin él, no habría aprendizaje posible, la enseñanza, la transmisión de la experiencia, serían tareas inútiles. En último término, esta nota de la condición humana supone el *principio de responsabilidad* (en otro caso barreríamos de un plumazo el sistema penal) y encuentra su fundamento último en la mismísima dignidad de la persona. Por eso, el ser humano es capaz de reconducir su vida, de retomar el rumbo frenético en el que le han introducido las circunstancias de la vida, de romper con toda suerte de espirales deterministas, adicciones sin salida aparente, patologías sin cura y hacerse conductor responsable de su propia existencia. Tan importante como que alguien pueda cambiar, es la concurrencia de un facilitador casi imprescindible: alguien que crea en la recuperabilidad de la persona y tenga la audacia de apostar comprometidamente por ello (Segovia, 2005, p. 32).

Por lo demás, y en lo tocante a la *calificación de concepto*, cabe afirmar que el origen del instituto en los paradigmas de la criminología clínica de principios del siglo XX no impide que al mismo se conciba *contextualizadamente*, reparando en las exigencias de un paradigma constitucional de la ejecución de la pena de encierro carcelario que, como el que rige en Argentina, receta coetáneamente los principios de “reinserción social”, “dignidad humana del recluso” y, como derivación de este último, “autodeterminación del condenado”.

Una tal interpretación surgirá, como veremos infra, de la concepción del ideal re-socializador “en términos mínimos”, y del entendimiento de que todo esfuerzo que libre y voluntariamente realice el condenado que reconozca la conveniencia de no cometer delitos¹⁶ y, aún, procure reducir la eventual vulnerabilidad que lo llevó a la cárcel no puede resultar irrelevante o carente de significación en relación con la injerencia punitiva del Estado dirigida a su futura adecuada reinserción social y hacia los operadores de las instancias de aplicación del sistema penal. Un emprendimiento del recluso en aquella dirección puede reconocerse, sin que exista vulneración alguna a su derecho a la autodeterminación y la libertad de pensamiento, como una trascendente contribución para su futuro desenvolvimiento eficaz en la sociedad libre y, secundariamente, para la finalidad elemental del Derecho penal de asegurar la convivencia pacífica. En términos concretos: si, por ejemplo, puede sostenerse razonablemente que una persona resultó encarcelada, no por su temeridad o la eficiencia del aparato de persecución penal del Estado, sino por la torpe comisión de un delito derivada de su limitada instrucción, su nula capacitación laboral y su consiguiente falta de empleo, no parece ilegítimo, arbitrario o descabellado que se valore positivamente durante la ejecución de la privación de su libertad todo esfuerzo dirigido a adquirir los elementos que le aporten una mayor instrucción, una plausible capacitación laboral y una consecuente probabilidad mayor de lograr —sin incurrir en conductas que lo lleven a la prisión— el sustento propio necesario y el de los suyos. Desde luego que la falta de cualquier iniciativa del condenado en aras de la superación de las circunstancias por las que cometió el delito y las que lo hacen vulnerable a la selectividad inherente al poder punitivo del Estado en modo alguno puede ser valorada en su contra; si así se lo hiciera, habría, aquí sí, una inadmisibles violación de su derecho a configurar su plan de vida con arreglo a los propios valores, intereses y preferencias. Pero, insistimos, en caso de ausencia de toda imposición al condenado, su realización de actividades que le permitan comprender las consecuencias de la desmañada comisión de delitos, a la vez que apartarse de su situación de vulnerabilidad, materializa un comportamiento intramuros que implica una *expresión de sentido* relevante para la finalidad de lograr que, en el futuro, el recluso opte por una conducta apegada a la legalidad.

3.3. Los distintos modelos de reinserción social del condenado, sus críticas y el paradigma adoptado por el Derecho argentino

Sentado todo lo anterior, puede anotarse que dos son los principales modelos de readaptación social que se presentan, según la intensidad de la resocialización, a saber: la resocialización para la moralidad y la resocialización para la legalidad (Muñoz Conde, 1979, p. 630). Se los denomina, también, programas de resocialización máximos y programas de resocialización mínimos (García-Pablos de Molina, 1979, p. 664), respectivamente.

En los paradigmas de resocialización para la moralidad o paradigmas resocializados máximos, el objetivo del encierro carcelario es que el individuo interiorice y haga suyos los criterios valorativos dominantes en la sociedad en que ha de integrarse, pues la “regeneración moral” es la única vía de retorno a la sociedad sin riesgo de comisión de futuros delitos (De la Cuesta Arzamendi, 1993, p. 12).

Estas concepciones han merecido fundadas críticas, basadas en el convencimiento de que la imposición de creencias y convicciones, orientada a la aceptación acrítica del sistema

¹⁶ En la misma orientación, de la Fuente y Salduna: “...mediante la idea de reinserción social se debe procurar... que la persona penada comprenda la obligación de respetar la ley. Es decir, aun cuando no esté de acuerdo con el sistema de valores que rige nuestro ordenamiento jurídico, a través de la ejecución de la pena se debe procurar que conozca y entienda que el cumplimiento de las normas resulta obligatorio y es una necesidad para una adecuada convivencia social” (de la Fuente – Salduna, 2019, pp. 35 y 36).

vigente, es intolerable en regímenes políticos democráticos, pluralistas y respetuosos de la libertad de pensamiento del ser humano.

Por el contrario, en los paradigmas de resocialización para la legalidad o paradigmas resocializadores mínimos, la ejecución de la pena privativa de la libertad, en un Estado de Derecho, debe orientarse solo a lograr que el delincuente adecue su comportamiento externo al marco de la ley.

También estas posiciones han sido objeto de embates, por reputarse que la mera adecuación del comportamiento externo a la legalidad formal no implica verdadera resocialización. Asimismo, se sostiene que son enfoques que soslayan que el Derecho penal tiene una cierta función pedagógica respecto de los valores protegidos, cuyo respeto es parte de la normalidad social.

Sin perjuicio de las críticas mencionadas, parece innegable que en un Estado social y democrático de Derecho y basado en el principio de la autonomía individual, como el nuestro, la única alternativa posible es la resocialización para la legalidad.

En la misma dirección, se ha sentenciado:

la imposición del tratamiento en un Estado de derecho resulta inadmisibles, ya que no se pueden imponer determinadas costumbres o modificaciones de la personalidad a un individuo. Lo anterior encuentra sentido en que tal imposición constituiría una violación a los principios de autonomía y dignidad; aunado a que el respeto a la dignidad humana durante la ejecución de la pena privativa de libertad está asegurado por disposiciones constitucionales (Sáenz Rojas, 2007, p. 131).

Es que, como retóricamente pregunta Roxin:

¿Qué legitima a la mayoría de una población a obligar a la minoría a acomodarse a las formas de vida gratas a aquélla? ¿De dónde obtenemos el derecho de poder educar y someter a tratamiento contra su voluntad a personas adultas? ¿Por qué no han de poder vivir los que lo hacen al margen de la sociedad -bien se piense en mendigos o prostitutas, bien en homosexuales- del modo que deseen? La circunstancia de que son incómodos o molestos para muchos de sus conciudadanos, ¿es causa suficiente para proceder contra ellos con penas discriminantes? (Roxin, 2008, p. 58).

La respuesta no puede ser otra que ésta: ningún argumento jurídico legitima a una porción mayoritaria de la sociedad a imponer a otra, minoritaria, sus valores, intereses o preferencias; no hay razones que genuinamente impidan que cualquier persona configure su propio plan de vida al margen de la axiología dominante en una determinada comunidad, siempre que ello no lesiones bienes jurídicos de terceros; no es suficiente, en suma, que ciertas personas, por sus elecciones de vida contrarias a las de la mayoría, sean reprochadas mediante una sanción penal.

Si se admitiera un modelo de readaptación –como el de la resocialización para la moralidad- en el que el Estado, a través de la ejecución de la pena privativa de la libertad, pretende imponer las creencias, convicciones, valores, ideologías e ideales que definen al sistema vigente, se habilitaría una intolerable violación del derecho a la dignidad humana, que –como hemos visto- ha sido específicamente consagrado por el art. 10, apartado 1, PIDCP, y por el art. 5, apartado 2, 2ª disposición, CADH., respecto de toda persona privada de libertad.

Este derecho a la dignidad personal reconoce, como perteneciente a cada ser humano, una capacidad personal que le permite adoptar –libremente, sin ninguna injerencia estatal– sus propias decisiones sobre sí mismo, sobre su conciencia y sobre la configuración del mundo que lo rodea (Cesano, 1997, p. 115).

Sobre esto, puede afirmarse que, aunque existan disensos respecto de su sentido y alcance, las oscuridades teóricas del concepto de “dignidad” no impiden que la concibamos en términos *kantianos*, entendiéndola como aquello que constituye la condición para que algo sea fin en sí mismo, o sea, algo que no tiene un valor meramente relativo, sino un valor interno¹⁷. Con arreglo al pensamiento de Kant, el ser humano es un fin en sí mismo porque es un ser dotado de razón y voluntad libre, que, a su vez, puede proponerse fines. El hombre es un ser capaz de hacerse preguntas morales, de discernir entre lo justo y lo injusto, de distinguir entre acciones morales e inmorales, y de obrar según principios morales, es decir, de obrar de forma responsable. Es, justamente, esta aptitud para comportarse responsablemente la que hace que a las personas puedan *imputárseles* sus acciones y que aquéllas se erijan en fines en sí mismas: son *autónomas* y merecen, por ello, un *respeto incondicionado*. El valor de la persona “...no remite al mercado ni a apreciaciones meramente subjetivas (de conveniencia, de utilidad, etcétera), sino que proviene de la dignidad que le es inherente a los seres racionales libres y autónomos” (Michellini, 2010, p. 42). Se advierte, pues, que la autonomía moral es el concepto central con el que Kant caracteriza al ser humano, y constituye la *razón de ser* de la dignidad humana: “La *autonomía* es [...] el fundamento de la dignidad de la naturaleza humana y de toda naturaleza racional” (Kant, 1996, p. 49).

Por su parte, Schünemann ha enfatizado que

el libre albedrío no es un mero dato biofísico, sino una parte de la llamada *reconstrucción social de la realidad* e incluso, según creo, pertenece a una capa especialmente elemental de la cultura occidental, cuyo abandono sólo sería concebible en caso de liquidación de esta cultura en su globalidad. Dado que las singularidades lingüísticas de una sociedad y, en especial, la gramática de su lengua, de conformidad con la convincente tesis central de la teoría del lenguaje de Humboldt y Whorf, ponen de manifiesto una determinada visión del mundo, difícilmente podrá discutirse, al menos en el caso de las lenguas indogermánicas, lo arraigado del libre albedrío en las más elementales formas gramaticales. En efecto, la construcción de las frases con un sujeto agente y un objeto que padece la acción, así como las formas gramaticales de la voz activa y la pasiva muestra una visión del mundo conformada por el sujeto activo, y, en última instancia, por su *libertad de acción*, que constituye un punto de partida del que no se puede prescindir en tanto en cuanto tales estructuras lingüísticas dominen nuestra sociedad” (Schünemann, 1991, pp. 154 y 155).

¹⁷No se equivoca Häberle cuando afirma la dependencia cultural (y, sobre todo, religiosa) de las concepciones de la dignidad humana: “De las diversas cláusulas sobre la dignidad humana de las constituciones [puntualiza el constitucionalista alemán] se llega a percibir, «entre líneas», que aquéllas [las fórmulas de lo que es la dignidad humana] están referidas a una concepción culturalmente específica de la dignidad humana” (Häberle, 2007, p. 289, con negrita agregada). Sin embargo, y como lo reconoce el propio constitucionalista europeo, pensamos que existe un *núcleo* del concepto de “dignidad humana” que es independiente del ámbito cultural, toda vez que hay “...ciertos componentes fundamentales de la personalidad humana [que] deben ser tomados en cuenta en todas las culturas, con lo cual se convierten en contenido de un concepto de dignidad humana que no sea [rectius: es] reducible a una cultura específica” (Häberle, 2007, p. 291). Por eso, en el texto principal, procuraremos delinear un concepto, quizás solo una *noción*, de “dignidad humana”, con validez “universal”, esto es, para cualquier país, con independencia de sus concepciones culturales y religiosas.

Pensamos, en definitiva, que el principio de respeto a la dignidad inherente del ser humano exige que nunca se trate a este de una manera que niegue la importancia distintiva de su propia vida; y la dignidad de las personas, en general, *no es un atributo accidental*, sino una expresión equivalente a la afirmación de su humanidad, de su capacidad para actuar autónomamente, sin injerencias estatales o de terceros que le sean impuestas coactivamente.

Sentado todo lo anterior, puede afirmarse que el derecho a la dignidad humana lleva implícito el principio de autonomía personal que —sobre la base de la ya citada “regla de reserva” del art. 19 Const. Argentina— permite a cada ser humano delinear y realizar libremente, sin injerencias de terceros, su propio plan de vida.

El principio de autonomía personal se muestra, así, como un precepto que marca la esfera de autonomía individual “que por su naturaleza escapa a toda reglamentación, colocando al hombre frente a su creador en un refugio que es fortaleza impenetrable y por la cual desfilan la libertad de conciencia, la libertad de pensamiento y, en definitiva, toda su intimidad” (Midón, 2009, t. 1, p. 205).

Es evidente que, conforme antes aseveráramos, en un Estado de Derecho, pluralista y democrático como el argentino, no existe una facultad para reprimir con una sanción penal lo *distinto*, lo que *discrepa de la axiología y la subjetividad social* dominante en una sociedad, en un tiempo y un lugar determinado.

Por lo demás, desde que en toda sociedad coexisten diferentes sistemas sociales parciales (familia, clase, subcultura, etcétera), con distintos sistemas de valores y diversas concepciones del mundo. La recuperación del condenado para la sociedad, que presupone el ideal resocializador, no puede aspirar a otra cosa que a hacer aceptar al penado las normas básicas y generalmente vinculantes que rigen en esa sociedad.

No se equivocaba Würtenberger cuando, ya en 1967, sostenía que

la legalidad puede ser concebida como una forma específica de la actitud humana frente al poder del legislador, a la vez que añadía que a la esencia de la legalidad corresponde el que a los sometidos a la ley no pueda exigírseles una motivación de su actuar que afecte los principios éticos del orden jurídico, por más que aquella pueda, a menudo, existir; y es que la peculiaridad de la legalidad con respecto a la moralidad consiste más bien, en primer lugar, en un reconocimiento de la existencia del orden legal en tanto tal. Por consiguiente, quien en la realización de las acciones de legalidad respeta las normas de la ley afirma la idea jurídica del orden personificada en la ley. No es necesario que la intención del que actúa legalmente abarque otros elementos. El que actúa conscientemente de acuerdo con las normas orienta su conducta según la ley como dato que no necesita ser examinado en el fundamento de su validez, y que encuentra ya dado en el ámbito vital del mundo social. Quien así procede, pues, reconoce en el actuar de acuerdo con la ley, el orden realizado en ella, en la medida en que, en tanto súbdito del Derecho, utiliza al poder protector del orden jurídico también para sí. Ya esto demuestra en qué medida la actitud de la legalidad está caracterizada por una cierta sobriedad y una frialdad objetiva. Cuando la comunidad jurídica y el Estado exigen del hombre la conducta legal del respeto voluntario a la norma, no plantean estos poderes exigencias exageradas al actuar del individuo, no lo convocan a la entrega completa a objetivos éticos supremos o a deberes (Würtenberger, 1967, pp. 84, 93, 94 y 95).

De allí que un paradigma de resocialización para la legalidad deba admitir que tanto la “actitud de legalidad” como la conciencia jurídica orientada por la ley jurídica *puedan contradecir los criterios “superiores” de la ética*.

Y es por esto mismo que la doctrina jurídica sentencia que “se debe abandonar el criterio por el que se busca incidir en la personalidad de quien delinque y centrarse en un enfoque de intervención frente a los hechos y las causas estructurales del delito” (González Placencia, 2011, p. 374); o, según los términos que hemos propuesto, los hechos y las causas estructurales de la prisionización de una persona por la comisión de un delito.

La ejecución de la pena privativa de la libertad se muestra, así, como el instrumento enderezado a lograr restablecer en el condenado el respeto por las normas penales fundamentales que él ha inobservado, para lograr que, absteniéndose de cometer nuevos delitos, acomode su comportamiento futuro a las expectativas de conducta contenidas en tales disposiciones.

Con arreglo a esta lógica discursiva, se advierte que el medio para la consecución de dicho objetivo no puede ser otro que ofrecerle al condenado los elementos para un desarrollo personal que le permita fortalecer su *competencia*, para configurar su propio plan de vida y su capacidad de reflexión sobre las consecuencias de su propia acción; así, y, de ese modo, al recuperar su libertad, pueda desenvolverse eficazmente en la vida en sociedad mediante el cumplimiento de las expectativas inherentes a un rol visto como “positivo” por la comunidad en que habrá de reinsertarse.

No podrá consistir en una imposición de “reforma” de su personalidad —habida cuenta que ello constituiría una injerencia intolerable en su derecho a la autodeterminación personal—, sino solo en un ofrecimiento de los medios que le permitan un desarrollo idóneo para remover las causas que lo llevaron al delito y a la prisión.

Si se admite, a partir de la evidencia empírica que acredita que en la mayoría de los casos —en la República Argentina— la prisionización tiene por causa, no ya la comisión de delitos¹⁸, sino la *vulnerabilidad* del sujeto y la *torpeza* en la perpetración de aquéllos (Zaffaroni, 1997, p. 190) —manifestada en la importante cantidad de hechos sorprendidos en flagrancia—, puede sostenerse que las herramientas de un tal desarrollo personal del preso son aquellos que le hagan reducir su nivel de vulnerabilidad frente al sistema penal del Estado¹⁹. Solo así podrá lograrse la remoción de las causas de la prisionización del condenado.

En este sentido, el Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP) de la República Argentina, en su “Informe Ejecutivo 2021”, señala que, al cierre de ese año, el 95,9% de las personas detenidas en el país eran varones; el 56% tenía entre 18 y 34 años; solo el 10% habían completado la escolaridad secundaria, mientras que el 34% tenía solo la instrucción primaria completa; el 38% estaban desocupados al momento de su prisionización, y el 45% no tenía ni oficio ni profesión, y el 23%, incompleta; y, finalmente, que los delitos con mayores menciones como motivo del encierro eran los robos y las tentativas de robos, que llegan casi al 29% de los casos, y que están acompañadas de un 2,6% de hurtos o conatos de hurtos.

¹⁸ O, incluso, otras razones como, por ejemplo, la temeridad del delincuente que asume los riesgos de resultar perseguido penalmente, juzgado y prisionizado por la comisión de delitos que le permiten “ganarse fácilmente la vida” o la eficiencia de las instancias de aplicación del poder penal del Estado.

¹⁹ Ciertamente que esto no significa que postulemos el *absurdo* de que la ejecución de la pena privativa de la libertad tenga por finalidad lograr que el condenado “perfeccione” su actividad delictiva. Todo lo contrario. Lo que pretendemos significar en el texto principal es que la constatación de que, en la gran mayoría de los casos de personas prisionizadas en Argentina, se trata de hombres sin instrucción, carentes de trabajo y que cometen delitos contra la propiedad, conduce al entendimiento de que se trata de sujetos con “reducida *competencia*” para desenvolverse eficazmente en la vida lícita en sociedad que, por ello, optan por el delito como medio para costear una vida sin padecimientos, muy difícil de lograr mediante el empleo de sus acotadas “competencias sociales” en el desenvolvimiento cotidiano dentro del marco de la legalidad. Si esto es así, parece razonable postular que la ejecución del encierro penitenciario ha de tender a lograr que el interno —que así lo desee— pueda “superar” las circunstancias que limitan su capacidad de desarrollarse exitosamente en la vida social, a la vez que conocer, y poder escoger, con atendibles posibilidades de realización, formas de vida despegadas de lo delictivo.

Podría añadirse, aunque las estadísticas no lo mencionan expresamente, que es razonable inferir que los rasgos del estereotipo abarcan también el emplazamiento del recluso en el grupo de la población pobre²⁰ o indigente²¹: si se trata de personas con limitada instrucción, sin trabajo y que carecen de capacitación laboral, es sensato colegir que se trata de sujetos con severas dificultades para ganar el sustento propio necesario y el de los suyos.

Finalmente, el Observatorio Argentino de Drogas (OAD) viene llevando a cabo desde 2004 investigaciones cuantitativas y cualitativas en población privada de libertad, cuyos resultados más salientes comprueban que un porcentaje significativo de los delitos por el cual los encuestados se encuentran detenidos fueron cometidos bajo efectos de alguna droga ilegal o con el objetivo de comprar drogas. Una buena parte de los encuestados reconoció que la compra de drogas fue la razón para cometer el primer delito y, de ese porcentaje, alrededor de la mitad reconoce haber estado bajo efectos de drogas al cometerlo (Innamoratto et. al., 2015, p. 93).

La torpeza en la comisión de los delitos de comprueba *in re ipsa* —si se nos permite la expresión—, por sí sola, a través de la flagrancia en la que es atrapado el delincuente. En cambio, la idea de “vulnerabilidad” del sujeto quizá requiere de alguna precisión adicional, complementaria de la evidencia empírica invocada que da cuenta de un arquetipo de recluso, personificado en un hombre joven, con escasa formación, sin competencia laboral alguna e incluso sin empleo al momento de su detención, que perpetra delitos contra la propiedad de escasa “sostificación”, tales como hurtos, robos o tentativas de estos entuertos.

Estudios de campo adicionales a los que ya hemos citado señalan —en específica relación con adolescentes, pero a través de constataciones extensibles a personas mayores— que la relación de la trayectoria delictiva con la vulnerabilidad y la exclusión social queda explicitada de forma que, a mayor vulnerabilidad y exclusión social, mayor probabilidad de transitar a la delincuencia juvenil y de profundizar en la trayectoria delictiva (Uceda-Maza – Domínguez Alonso, 2017, p. 36). En este estudio, las variables que los investigadores tuvieron en cuenta para arribar a la citada conclusión se escogieron variables que transitan por tres dimensiones, a saber: variables sociológicas, variables educativas y variables comunitarias. En la dimensión sociológica se recogieron las variables de sexo, fecha de nacimiento, barrio, distrito, minoría cultural, lugar de procedencia, proceso migratorio, situación administrativa y profesión de los padres; se relaciona con la situación de cada adolescente con aspectos básicos de estructura social. En la educativa se delimitaron el nivel de instrucción, el proceso educativo, la situación la educativa actual, el momento del abandono y la experiencia formativo-laboral. Por último, la comunitaria abarcaba las variables de grupo de iguales, ocio y tiempo libre, consumo de sustancias y tipo de sustancias (Uceda-Maza - Domínguez Alonso, 2017, p. 31). Estas fueron, pues, las variables en función de las cuales se construyó la categoría de “sujeto vulnerable”, que remite a la estructura social, es decir, a la situación económica, a la pobreza y a la exclusión social como telón de fondo. También a situaciones de frustración relacionadas con la sociedad de consumo (medios-fines), y de fragilidad provocada por el fracaso escolar, la falta de inserción laboral, la ausencia de tejido social, la *guetificación* de barrios y las dificultades en la integración social de los inmigrantes (Uceda-Maza - Domínguez Alonso, 2017, p. 30).

²⁰ “Hogares pobres” son aquellos cuyos ingresos se ubican por debajo de la línea de pobreza, esto es, por debajo del monto de ingresos necesarios para satisfacer —por medio de la compra de bienes y servicios— un conjunto de necesidades alimentarias y no alimentarias consideradas básicas.

²¹ “Hogares indigentes” son aquellos cuyos ingresos se ubican por debajo de la línea de indigencia, es decir, por debajo del monto de ingresos necesarios para cubrir el costo de una canasta de alimentos capaz de satisfacer un umbral mínimo de necesidades energéticas y proteicas.

En esta sintonía, y para proponer una definición —ni la única ni la última— de la vulnerabilidad social del delincuente, podemos afirmar que se trata del desamparo institucional en que se encuentra el sujeto que se decide por el delito y culmina sometido a persecución penal, juzgamiento y condena penal, desde el Estado no ha contribuido a fortalecerlo y cuidarlo sistemáticamente, colocándolo en una situación de dependencia que no permite o pone en riesgo su autodeterminación y su libre elección en sus ideales de vida y en su desarrollo (*mutatis mutandis*, Busso, 2001, p. 8; León Correa, 2011, p. 20). Esta cualidad del condenado deriva de circunstancias personales, sociales o de cualquier tipo que, justamente, lo exponen a su vulnerabilidad frente al poder de coerción penal del Estado, por la torpe comisión de hechos delictivos. ¿Cuáles son estas circunstancias? Las hemos expuesto a través de nuestra cita de los últimos datos disponibles del Sistema Nacional de Estadísticas sobre Ejecución de la Pena (SNEEP) de la República Argentina, que informan que el arquetipo de recluso alojado en las prisiones argentinas era el de un sujeto en condiciones de vulnerabilidad que le impedían el pleno ejercicio de sus derechos, nacidas de circunstancias sociológicas y educativas tales como su edad, formación escolar, competencia laboral y ocupación, entre otras, a las que se suma la condición de pobre o indigente que deriva de tales condicionamientos y el consumo problemático de sustancias psicoactivas asociado a la actividad delictiva.

La “vulnerabilidad social” del condenado, pues, no alude solo a carencias materiales, sino a un proceso o situación de desventaja social que se produce cuando existe una brecha entre los bienes sociales disponibles y las posibilidades de acceso a los mismos por parte de las personas.

La reinserción social del recluso, en consecuencia, habrá de procurarse mediante el ofrecimiento —al condenado— de un proceso de formación integral de su personalidad que lo dote de instrumentos eficientes para su propia emancipación y preparación para la vida en libertad²².

Se trata, en otros términos, de que el condenado pueda conocer opciones de vida diferentes al delito para que, a través de estas, opte por configurar el mundo haciendo uso de su libertad sin dañar a los demás.

Esto, desde luego, no implica que deba entenderse que el Estado no ha cumplido cabalmente su deber en esta materia, al ofrecerle al interno un catálogo de alternativas de vida alejadas de lo delictivo, que aquél, por cuestiones meramente utilitaristas, decide no seguir. Si una persona prefiere asumir los riesgos de resultar perseguido penalmente, juzgado y prisionizado por la comisión de delitos que le permiten lograr el sustento propio necesario y el de los suyos sin la necesidad del esfuerzo que suele implicar el hacerlo a través del mejor cumplimiento posible de las reglas que ordenan la vida en comunidad, tal decisión es algo que escapa al ámbito de incumbencias de un Estado que se pretenda apartado de toda actitud “eticizante” —*sit venia verbo*— y respetuoso del ámbito de reserva del ser humano.

Desde otra perspectiva, es dable afirmar que el ineludible efecto afflictivo, deteriorante y criminógeno que la privación de la libertad tiene respecto de toda persona institucionalizada no puede ser pasado por alto a la hora de delinear los contornos del concepto de “reinserción social”.

Precisamente, la repercusión que las consecuencias negativas de la prisionización de un ser humano revelan en orden a la “meta resocializadora” impone que la construcción de la idea de readaptación social no se lleve a cabo en clave exclusivamente dogmático-jurídica, sino que, para ello, se repare igualmente en los datos empíricos materializados en tales secuelas nocivas del encierro carcelario.

²² En igual sentido, aunque en relación con el Derecho español, v. Rodríguez Núñez, 2004, p. 736.

En esta sintonía, Cervelló Donderis sostiene que la reinserción social no se puede entender en términos estrictamente jurídicos, sino que

hay que completar su interpretación con los conocimientos criminológicos relacionados con las variables del delito y las posibilidades reales de prevención y de tratamiento (Cervelló Donderis, 2005, p. 232, tras lo cual alude a la “viabilidad” de “efectos” tales como, por ejemplo, la disminución de la nocividad de la cárcel a través de la consagración del carácter excepcional del aislamiento y de las sanciones, o el desarrollo del recluso mediante un tratamiento educativo dirigido a cubrir sus necesidades sociales de falta instrucción, carencia de formación laboral o escaso desarrollo de habilidades sociales).

La “reinserción social”, así, no queda definida solo por el “dato” dogmático-jurídico materializado en la sujeción del comportamiento externo del condenado a la ley, derivada de una injerencia penitenciaria que pone a su disposición los elementos para un desarrollo de su personalidad que le permita comprender la conveniencia de configurar su vida al margen de la torpe comisión de delitos, sino también por un “dato” empírico, a saber: que la adecuación de la conducta externa a la ley tiene como “presupuesto” un trabajo intracarcelario orientado a reducir los efectos desocializantes de la prisionización.

Ya en 1989, Beristain puntualizaba:

La investigación y la docencia de los avances criminológicos conseguidos en los últimos decenios han de servir como instrumento científico (respetuoso de los derechos humanos) para la repersonalización de los privados de libertad” (Beristain, 1989, p. 161). En el mismo lugar, el criminólogo agregaba: “Al mismo fin han de tender los estudios sobre las cuestiones introducidas recientemente en el campo de la Criminología. Nos referimos, en concreto, a la superación del triple objeto de la Criminología tradicional: delito, delincuente y pena. Como todos sabemos, a estos tres temas se han añadido hoy: la víctima y los encargados del control social [...] (Beristain, 1989, p. 161).

Junto a todo cuanto se ha expresado, y como consecuencia de ello, cabe asegurar que, en materia de ejecución penitenciaria, el orden jurídico argentino ha adoptado un modelo de readaptación social mínimo.

Lo ha hecho de modo explícito la literalidad del art. 1 de la ley 24.660, en cuanto alude a la reinserción social del condenado mediante su adquisición de “la capacidad de comprender y respetar la ley”, conformándose con una alineación de la actuación externa del delincuente a la legalidad formal que le permita restablecer su respeto por las normas básicas que rigen en la sociedad.

Pero lo ha realizado también en forma implícita el sistema normativo del bloque de constitucionalidad federal²³, en cuanto eleva a la categoría de principio de jerarquía constitucional el derecho a la dignidad humana de la persona privada de la libertad (art. 10, apartado 1, PIDCP; art. 5, apartado 2, 2.ª disposición, CADH; art. 75, inc. 22, Const. argentina), que impide cualquier injerencia estatal —incluso la intervención penitenciaria— con aptitud para interferir, entre muchos aspectos, en las actitudes internas, en las opciones ideológicas y en la escala de valores del condenado.

²³ O sea, el ordenamiento constitucional integrado por la Constitución argentina y los tratados internacionales de derechos humanos que adquirieron raigambre constitucional por virtud del art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema.

Por lo demás, también las reglas del *soft law* se inclinan por los paradigmas resocializadores mínimos.

Así parecieran hacerlo, por ejemplo, las “Reglas Mínimas de las Naciones Unidas para el Tratamiento de los Reclusos” (Reglas Mandela) establecen:

Los objetivos de las penas y medidas privativas de libertad son principalmente proteger a la sociedad contra el delito y reducir la reincidencia. Esos objetivos solo pueden alcanzarse si se aprovecha el período de privación de libertad para lograr, en lo posible, la reinserción de los exreclusos en la sociedad tras su puesta en libertad, de modo que *puedan vivir conforme a la ley* y mantenerse con el producto de su trabajo (regla 4.1).

En nuestra opinión, la expresión “puedan [los reclusos] vivir conforme a la ley”, por su textura abierta, puede razonablemente ser interpretada como sinónimo de “quiera [el recluso] sujetar su comportamiento externo a lo que exige la ley” y, primordialmente, tenga los recursos personales que le permitan hacerlo. Es que, según puede apreciarse a partir de la transcripción de esta directriz, ella en modo alguno exige que el condenado desee respetar la ley en función de su “plausibilidad” *axiológica* o *moral*, sino que se conforma con el mero apego del comportamiento externo del sujeto a las exigencias de la legalidad, cualquiera sea las motivaciones que impulsan esa elección.

Por lo demás, no debe verse esto como una suerte de “hipocresía moral”, sino como la consecuencia de una legislación penal, como la nuestra, cuyo objetivo es garantizar la convivencia social y no la vigencia de determinados principios trascendentales u objetivos metafísicos.

Aparentemente en la misma línea, la organización Reforma Penal Internacional aduce en su “Manual de buena práctica penitenciaria” que la protección de la sociedad mediante la persecución de la adecuada reinserción del condenado debe intentarse

mediante la limitación de los efectos dañinos del encarcelamiento tanto como sea posible, tratando de persuadir al recluso para que enfrente su comportamiento delictual y ayudándolo a utilizar las oportunidades disponibles, para que se prepare para una vida socialmente responsable y aceptable después de recuperar la libertad (Reforma Penal Internacional, 2002, p. 29).

4. Reflexiones conclusivas

Es la hora de proponer una síntesis de las conclusiones a las que arribamos como corolario del desarrollo precedente.

El tópico del fin de la pena es un asunto que concierne a la justificación abstracta del castigo y que se expresa en los momentos de su determinación legislativa y judicial, mientras que el fin de la ejecución de la pena es una materia relativa a la finalidad que persigue la realización concreta de la sanción y que se manifiesta —en el caso de la pena de prisión— en el momento de su individualización penitenciaria. Son tópicos distintos, aunque relacionados, pues resultaría irrazonable que los cometidos de la pena y de su realización material sean contradictorios o incompatibles.

El problema de las finalidades que se atribuyen a la ejecución de la pena tiene una importancia radical, pues los objetivos que la ejecución penitenciaria *debe* cumplir y, ya en el plano empírico —analizado con perspectiva sociológica—, los que *efectivamente cumple*, constituyen condiciones de legitimación del sometimiento de un ser humano concreto a persecución, juzgamiento y castigo por la comisión de un hecho delictuoso.

Por lo demás, la función de la ejecución de la pena constituye un tema inevitablemente *valorativo*, opinable y sustraído a la posibilidad de una respuesta independiente del punto de vista que se adopte ante la cuestión de la función a atribuir al Estado. La pena es, en efecto, uno de los instrumentos más característicos con que cuenta el Estado para imponer sus normas jurídicas, y su función depende de la que se asigne al Estado.

El programa constitucional de la ejecución de las medidas de encierro carcelario de Argentina, y también su normativa infraconstitucional, consagran el llamado “ideal socializador”, con arreglo al cual la finalidad esencial del encierro carcelario ha de consistir en la reforma y la readaptación social del condenado (art. 10, apartado 3, PIDCP; art. 5, apartado 6, CADH); o sea, en su adecuada reinserción social (art. 1 ley 24.660, de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad).

En un Estado social y democrático de Derecho como el argentino, que brinda tutela constitucional al derecho a la dignidad humana de toda persona (art. 10, apartado 1, PIDCP; art. 5, apartado 2, 2.^a disposición, CADH), el *único modelo de resocialización que es admisible es la resocialización para la legalidad o paradigma resocializador mínimo*, conforme el cual la ejecución de la pena privativa de la libertad debe orientarse solo a lograr que el delincuente adecue su comportamiento externo al marco de la ley.

La exclusiva admisibilidad constitucional de un paradigma reeducador mínimo viene igualmente impuesta por las propias disposiciones de la ley penitenciaria que receptan el ideal resocializador; principalmente, el art. 1 de la ley 24.600, de Ejecución de la Pena Privativa de la Libertad.

La ejecución de la pena privativa de la libertad se muestra, así, como el instrumento enderezado a lograr restablecer en el condenado el respeto por las normas penales fundamentales que él ha inobservado, para lograr que, absteniéndose de cometer nuevos delitos, acomode su comportamiento futuro a las expectativas de conducta contenidas en tales disposiciones.

El medio para la consecución de dicho objetivo no puede ser otro que ofrecerle al condenado los elementos para un desarrollo personal que le permita fortalecer su competencia para configurar su propio plan de vida y su capacidad de reflexión sobre las consecuencias de su propia acción, para que de ese modo, al recuperar su libertad, pueda desenvolverse eficazmente en la vida en sociedad mediante el cumplimiento de las expectativas inherentes a un rol visto como “positivo” por la comunidad en que habrá de reinsertarse.

Si se admite que en la mayoría de los casos la prisionización tiene por causa, no ya la comisión de delitos, sino la *vulnerabilidad* del sujeto y la *torpeza* en la perpetración de aquéllos —evidenciada en la importante cantidad de hechos sorprendidos en flagrancia—, puede sostenerse que las herramientas de un tal desarrollo personal del preso son aquellos que le hagan reducir su nivel de vulnerabilidad frente al sistema penal del Estado.

La reinserción social del recluso, en definitiva, habrá de procurarse mediante el ofrecimiento —al condenado— de un proceso de formación integral de su personalidad que lo dote de instrumentos eficientes para su propia emancipación y preparación para la vida en libertad.

Nunca está de más recordar las palabras de Ruiz Vadillo:

Es esencial pensar que la reeducación y reinserción pasan necesariamente por el respeto profundo e incondicionado a la dignidad del preso y a su personalidad. El Derecho penal no puede/no debe intentar cambiar a las personas que han delinquido, ni modificar la estructura de su jerarquía de valores ni la conformación que cada uno tenga de la sociedad para el futuro. Ha de limitarse a hacerle comprender que el Código penal es una ley de mínimos en cuanto a un cierto comportamiento de cuantos formamos la sociedad, absolutamente indispensable

para la supervivencia, con el ejemplo bien significativo de que ninguna sociedad ha sabido ni ha podido vivir sin el Derecho, pese a los intentos, todos ellos utópicos, por alcanzar esa especie de nirvana comunitaria (Ruiz Vadillo, 1999, p. 211).

Referencias bibliográficas

- Baratta, A. (1990). Resocialización o control social. Por un concepto crítico de “reintegración social” del condenado. Ponencia presentada en el seminario “Criminología crítica y sistema penal”, organizado por Comisión Andina Juristas y la Comisión Episcopal de Acción Social, en Lima, del 17 al 21 de Septiembre.
- Beristain, A. (1989). La aportación de los institutos de criminología a las instituciones penitenciarias. *Eguzkilore*, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología de San Sebastián, número extraordinario 2, 161-162.
- Bidart Campos, G. (1997). *Tratado elemental de derecho constitucional*. Ediar.
- Busso, G. (2001). Vulnerabilidad social: nociones e implicancias de políticas para Latinoamérica a inicios del siglo XXI. En Seminario Internacional: Las Diferentes expresiones de la Vulnerabilidad Social en América Latina y el Caribe. Santiago de Chile: CEPAL/ CELADE, Naciones Unidas.
- Cervelló Donderis, V. (2005). El sentido actual del principio constitucional de reeducación y reinserción social. En AA.VV., *Presente y futuro de la Constitución española de 1978*. Tirant lo Blanch.
- Cesano, J. D. (2007). Ejecución de la pena privativa de la libertad y voluntariedad del tratamiento. En *LexisNexis Córdoba*, n.º 2.
- Cesano, J.D. (1997). *Los objetivos constitucionales de la ejecución penitenciaria*. Alveroni.
- De la Cuesta Arzamendi, J.L. (1993). La resocialización: objetivo de la intervención penitenciaria. En *Papers d'Estudis i Formació*, n.º 12.
- De la Fuente, J.E. – Salduna, M. (2019). Capítulo I. Principios básicos de la ejecución. En AA.VV., *Ejecución de la pena privativa de la libertad. Comentario a la Ley n.º 24.660 reformada por la Ley n.º 27.375*. Editores del Sur.
- Ferrajoli, L. (1999). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Ferrajoli, L. (2013). El derecho penal mínimo. En Ferrajoli, Luigi, *Escritos sobre derecho penal. Nacimiento, evolución y estado actual del garantismo penal*. Hammurabi, 2013.
- García-Pablos de Molina, A. (1979). La supuesta función resocializadora del Derecho Penal: utopía, mito y eufemismo. En *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*. Ministerio de Justicia.
- Garzón Valdés, E. (2006). ¿Cuál es la relevancia moral de la dignidad humana? En Bulygin, Eugenio, *El positivismo jurídico*. Fontamara.
- González Placencia, L. - Morales Sánchez, J. (2011). Los derechos humanos de las personas privadas de la libertad: Fundamento de la ejecución de la pena y la reinserción social. En AA.VV., *Entre libertad y castigo: dilemas del estado contemporáneo. Estudios en homenaje a la Maestra Emma Mendoza Bremauntz*. México: Facultad de Derecho (U.N.A.M.) – Centro de Investigación de Tecnología Jurídica y Criminológica de la Universidad Autónoma de Nuevo León – Comunidad Jurídica – Editora Laguna – El Colegio de Guerrero – Criminogénesis – Instituto de Estudios Parlamentarios “Eduardo Neri”.
- Häberle, P. (2007). *El Estado constitucional*. Astrea.

- Horvitz, M.I. (2018). La insostenible situación de la ejecución de las penas privativas de libertad: ¿vigencia del Estado de derecho o estado de naturaleza? En *Política Criminal*, vol. 13, n° 26, diciembre 2018, 904-951.
- Innamoratto, M.G. [et.al.] (2015). Vulnerabilidad social, adicciones y prácticas delictivas: estudio exploratorio, descriptivo e interpretativo. Infojus.
- Kant, I. (1996). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Porrúa.
- León Correa, F.J. (2011). Pobreza, vulnerabilidad y calidad de vida en América Latina. Retos para la bioética. En *Acta Bioethica*, n° 17 (1), 19-29.
- Lewis, J.T. (2002). El juicio acerca del grado de reinserción alcanzado. En AA.VV., Anuario de Derecho de Ejecución Penal. IV Encuentro Nacional de Ejecución Penal -Mar del Plata, 21, 22 y 23 de noviembre de 2002-. Facultad de Derecho de la Universidad Nacional de Mar del Plata - Ediciones Suárez.
- Michellini, D.J. (2010). Dignidad humana en Kant y Habermas. En *Estudios de Filosofía Práctica e Historia de las Ideas*. Revista anual de la Unidad de Historiografía e Historia de las Ideas (INCIHUSA – CONICET / Mendoza), vol. 12, n.º 1.
- Midón, M.A.R. (2009). El Estado de Derecho y el principio de legalidad. En AA.VV., *Constitución de la Nación Argentina y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*. Hammurabi.
- Mir Puig, S. (1998). *Derecho penal. Parte General*. 5ª edición. Barcelona: REPERTOR.
- Mir Puig, S. (1982). *Función de la pena y teoría del delito en el Estado social y democrático de Derecho*. 2ª edición revisada. Barcelona: Bosch.
- Muñoz Conde, F. (1979). La resocialización del delincuente. Análisis y crítica de un mito”. En *Doctrina Penal*, año 2, n.º 5 a 8.
- Nino, C.S. (2000). *Fundamentos de derecho constitucional*. Primera edición, primera reimpresión. Astrea.
- Nino, C.S. (1999). *Introducción al análisis del Derecho*. 9ª edición. Barcelona: Ariel.
- Reforma Penal Internacional (2002). *Manual de Buena Práctica Penitenciaria*. 2ª edición. San José (Guayacán).
- Rivera Beiras, I. (2006). *La cuestión carcelaria. Historia, Epistemología, Derecho y Política penitenciaria*. Editores del Puerto.
- Rodríguez Núñez, A. (2004). Fórmulas para la resocialización del delincuente en la legislación y el sistema penitenciario españoles. En AA.VV., *El penalista liberal. Controversias nacionales e internacionales en Derecho penal, procesal penal y Criminología*. Hammurabi.
- Roxin, C. (2008). Sentido y límites de la pena estatal. En Roxin, C. *Fundamentos político-criminales del Derecho penal*. Hammurabi.
- Ruiz Vadillo, E. La sociedad y el mundo penitenciario. En Eguzkilore, Cuaderno del Instituto Vasco de Criminología de San Sebastián, número extraordinario 13, marzo de 1999.
- Sáenz Rojas, M.A. (2007). El discurso resocializador: hacia una nueva propuesta para el sistema penitenciario. En *Revista de Ciencias Sociales de la Universidad de Costa Rica*, n.º 115 (I).
- Salt, M.G. (1999). Los derechos fundamentales de los reclusos en Argentina. En Rivera Beiras, I. – Salt, M.G. *Los derechos fundamentales de los reclusos. España y Argentina*. Editores del Puerto.
- Segovia, J.L. (2005). Del sueño de la reinserción social a la pura retribución. Cambio de paradigma y reformas penales. En AA.VV., *Las cárceles de la democracia. Del déficit de*

- ciudadanía a la producción de control*. Madrid: Ediciones Bajo Cero.
- SNEEP 2021, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, Política Criminal, Estadísticas e Informes, disponible en World Wide Web: <https://www.argentina.gob.ar/justicia/politicacriminal/estadisticas-e-informes/sneep-2021> (accedido el 15 de abril de 2023).
- Uceda-Maza, F.X. – Domínguez Alonso, J. (2017). Vinculación entre la vulnerabilidad y la exclusión social y las trayectorias delictivas. Un estudio de asociación. En *Psychosocial Intervention*, n.º 26, 29-37.
- Würtenberger, T. (1967). *Persona y ley jurídica. Contribución a una futura antropología del Derecho*. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, Dirección General de Publicaciones.
- Zaffaroni, E.R. (1997). Los objetivos del sistema penitenciario y las normas constitucionales. En *AA.VV., Jornadas sobre sistema penitenciario y derechos humanos*. Editores del Puerto.

RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS TESTAMENTARIOS POR MEDIACIÓN Y ARBITRAJE.

ANÁLISIS EN EL DERECHO ECUATORIANO Y COMPARADO¹

Resolution of Testamentary Disputes by Mediation and Arbitration.

Analysis in Ecuadorian and Comparative Law

EDUARDO ANDRÉS REYES TORRES²

Centro de Mediación “Bona Fide”, Quito, Ecuador

ANA CRISTINA PACHANO ZURITA³

Universidad Tecnológica Indoamérica, Ambato, Ecuador

Resumen

La presente investigación hace un análisis con respecto al uso de métodos alternativos de solución de conflictos aplicados en las sucesiones testadas. En principio, hay una introducción con respecto al conflicto en la sucesión y como este puede surgir dentro de un testamento. Posteriormente, hay una descripción sobre los sujetos que intervendrán dentro del conflicto, los cuales no se limitan solo a las personas inmersas dentro de este. Después, se expone brevemente sobre el testamento y su contenido para luego puntualizar en todo lo concerniente a la cláusula testamentaria y cómo debe ser establecida en el testamento. Finalmente, el artículo presenta un análisis comparativo del uso de la mediación y el arbitraje en los conflictos sucesorios testamentarios en varios países para luego establecer la posibilidad de aplicarlos en Ecuador.

Palabras clave

Mediación testamentaria, Arbitraje testamentario, Ecuador, Sucesiones, Testamento.

Abstract

The present investigation makes an analysis on the use of alternative dispute resolution, applied in testated successions. In principle, it has an introduction regarding the conflict in inheritance and how it can arise within the will. Subsequently, there is a description of the subjects that will intervene in the conflict, which are not limited only to the people immersed in it. Afterwards, it is briefly explained about the will and its content to then point out everything related to the testamentary clause and how it should be established in the will. Finally, the article presents a comparative analysis of the use of mediation and arbitration in testamentary succession disputes in various countries, and then establishes the possibility of applying them in Ecuador.

¹ Los autores de este artículo han contribuido en partes iguales.

² Abogado por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Maestrante por la Universidad Tecnológica Indoamérica en “Mediación, Arbitraje y Solución de Conflictos.”. Formado en mediación por el Centro Nacional de Mediación de la Función Judicial en Ecuador. Diplomado en Arbitraje por el Centro de Conciliación y Arbitraje Sociedad Anónima de Guatemala. Secretario General y Mediador del Centro de Mediación “Bona Fide” en Quito. Correo electrónico: eduardoreyestorres@hotmail.com; ORCID: <https://orcid.org/0000-0001-9023-4844>.

³ Abogada de los Tribunales de la República del Ecuador, maestría Derecho Laboral y Seguridad Social. Docente a tiempo completo en la Universidad Tecnológica Indoamérica. Correo electrónico: anapachano@uti.edu.ec; código ORCID: <https://orcid.org/0000-0003-0677-7593>.



Keywords

Testamentary Mediation, Testamentary Arbitration, Ecuador, Inheritance, Testament.

1. Introducción

Los conflictos forman parte de la vida cotidiana de las personas y la muerte dentro de una familia puede generar también una infinidad de discusiones, discrepancias o inconvenientes que llegan a perturbar la relación entre sus miembros. Cuando una persona fallece, sus familiares son los llamados a sucederle y una de las formas en las que son convocados es a través de un testamento; una última declaración de voluntad en donde el causante dispone y determina a su libre albedrío el destino de sus bienes entre sus herederos y nombrando legatarios.

En la sociedad ecuatoriana, el uso del testamento no es muy habitual en la práctica por la existencia de los órdenes de sucesión del Código Civil; sin embargo, existe la posibilidad de otorgarlo y esto se encuentra establecido en la Ley dentro de la sucesión por causa de muerte. Si bien el testamento puede ser lo suficientemente claro con respecto a la voluntad del testador, pueden surgir, de igual forma que en las sucesiones intestadas, conflictos con respecto al destino y la distribución de la masa hereditaria. Frente a esta situación qué ocurriría si el testador, buscando prevenir cualquier problema entre los herederos y los legatarios, establece en el testamento una cláusula en la cual determine que los conflictos que surjan dentro del testamento y los bienes detallados en el mismo se resuelvan a través de alguno de los métodos alternativos de solución de conflictos. Es en este escenario es donde se realiza un análisis doctrinario y comparativo sobre la mediación y el arbitraje dentro de las sucesiones testadas. Un tema que ha sido desarrollado en otros países tomando en consideración el choque de voluntades; la del testador frente a la de los llamados en el testamento para resolver sus diferencias con el uso de los MASC, y cuyo tratamiento puede ser aplicado dentro del Ecuador, en especial para fortalecer lazos familiares y evitar que estos conflictos que pudieran llegar a escalar a tal punto que la situación pueda volverse insostenible.

Para un mejor entendimiento de la presente investigación, resulta pertinente dar una introducción con respecto al conflicto sucesorio; en qué consiste, su naturaleza y quiénes son los actores dentro del mismo; puntualizando que, si el origen de este es un testamento, los herederos y los legatarios no son los únicos intervinientes. Cabe recalcar aquí que, dentro los conflictos sucesorios y la sucesión en sí, se hace mención de que “se encuentra sometida a la aceptación de la herencia por parte del llamado como heredero pues, en caso de repudiación de la herencia, la propia Ley o el testamento designará otros herederos” (Argelich Comelles, 2020, p. 2). Es decir, que quienes fueron llamados a la sucesión y se involucran en el conflicto, ya asumieron su condición de heredero o legatario. Otro aspecto para destacar es que cuando los MASC intervienen en estas situaciones solo pueden actuar con respecto a la transigibilidad inmersa dentro del mismo conflicto, nada pueden hacer si en el conflicto se ven involucrados derechos que no son posibles de disponer. Por ejemplo, cuando en un conflicto testamentario se discuten las facultades del testador al momento de otorgarlo, esta situación solo puede ser resuelta por el juez ya que él determina si el testador se encontraba capaz o no al momento de otorgarlo, y porque la incapacidad conlleva a la nulidad del acto. Esto pudiera representar un perjuicio en relación con los demás herederos y a los legatarios que se hubieran llegado a establecer.

El punto medular es analizar en las sucesiones testadas la disposición del testador de acudir a mediación o arbitraje para resolver los conflictos entre los herederos, sobre todo en cuanto al contenido de la cláusula testamentaria para la resolución de conflictos puesto

que, como en los contratos, la cláusula debe ser lo suficientemente clara y específica con respecto al método alternativo a utilizar, el lugar dónde se lo utilizará y respecto a qué temas podrán ser tratados.

La mayoría de las personas, al escuchar la palabra conflicto, la relacionan indudablemente con problemas, anomalías o con una situación que necesita ser resuelta de manera rápida para salir de ella. Pero, en el Derecho, el conflicto también puede ser entendido como una oportunidad de cambio, de mejoría, de desarrollo y de transformación de la vida y del relacionamiento de las familias y en general de toda la sociedad. El conflicto puede servir también para mejorar y fortalecer las relaciones interpersonales en los casos en los que se dialogue, se escuche y se armonicen las diferencias y las necesidades de cada uno de los involucrados en el conflicto (Arboleda López, 2017, p. 89).

El conflicto en sí no deja de ser visto como un inconveniente para las partes; pero les corresponde a ellas encaminarlo y encontrar una resolución adecuada al mismo. Dejar el conflicto de lado solo hará que perdure haciendo que sus efectos lleguen a afectar a terceras personas. Para el caso en específico, el testador establece una alternativa con el objetivo de generar soluciones pacíficas en torno a la herencia. Por tanto, resulta pertinente un análisis comparativo con la legislación de otros países que han llegado a establecer mecanismos y alternativas para la solución de conflictos testamentarios con el uso de la mediación y el arbitraje; y más de países que poseen mayor experiencia en este tipo de conflictos tanto a nivel práctico como legislativo.

2. El conflicto sucesorio

Entender el conflicto resulta importante para conseguir su resolución sea a través de métodos autocompositivos o heterocompositivos. Definir el conflicto y sus orígenes es un debate que aún se mantiene dentro de la academia e incluso se ha desarrollado una ciencia dedicada única y exclusivamente a su estudio, sus causas y su desarrollo; la Conflictología⁴. Dentro de los autores que han querido dar una explicación al mismo se encuentra Remo F. Entelman quien propone una teoría universal del conflicto.

Entelman (2002, p. 49) concibe al conflicto como “una especie o clase de relación social en que hay objetivos de distintos miembros de la relación que son incompatibles entre sí”. Dada esta incompatibilidad, el conflicto existe porque no hay un sentido de colaboración como en otras relaciones sociales.

Sin embargo, tomando en cuenta la teoría de Entelman, se debe considerar que el conflicto nace cuando una de las partes expresa su inconformidad dando a conocer su opinión o criterio, el cual puede ser incompatible con lo que exprese la parte contraria o las demás partes. Esto lo expone Pedro Luis Lorenzo Cadarso cuando trata sobre el origen de los conflictos en los grupos sociales:

La protesta no surge como resultado automático de la privación, es decir, de la injusticia o la miseria, sino porque se produce un distanciamiento intolerable entre las expectativas de un grupo social —lo que éste cree que debe ser- y la realidad a la que se enfrenta -las condiciones reales existentes— (Lorenzo Cadarso, 2001, pp. 79-80).

⁴ Esta ciencia hace un estudio del conflicto actuando de manera directa sobre sus causas proponiendo un sistema para su resolución. Su objetivo es la generación de una cultura de paz en la sociedad junto con la promoción y su práctica en cada persona.

Esto no quiere decir que la percepción de una de las partes sea errada, sino que solo es diferente y para la resolución del conflicto se debe comprender y entender la totalidad del tema o hecho que está relacionado con el mismo y con las partes.

En las sucesiones ocurre lo mismo, estos conflictos deben ser tratados de tal forma que puedan, en la medida de lo posible, recuperar la relación entre sus miembros. En una sucesión testada, a pesar de que el testamento pueda tener instrucciones claras sobre el destino de los bienes del causante, los conflictos pueden surgir de igual forma generando una serie de consecuencias. Entre los más habituales, el Dr. Antonio Ruiz-Giménez Aguilar menciona los siguientes:

1. Problemas con el progenitor supérstite. Bien porque no entiende que tenga que repartir los bienes con los hijos, bien porque los hijos o algún hijo tenga algún tipo de problema con el progenitor.
2. Problemas y diferencias entre los hermanos, más si alguno o algunos han sido mejorados en el testamento.
3. Problemas con cualesquiera otros que hayan sido llamados a la herencia, nietos, sobrinos, etc. Y cuanto más se abre el abanico de posibilidades más pueden ser los problemas.
4. Problemas con segundos cónyuges o con hermanos sólo de padre o madre.
5. Problemas en el inventario de los bienes, su valoración y el reparto de los mismos (Ruiz-Giménez de Aguilar, 2008, p. 44).

Un elemento importante dentro de estos conflictos es su carga emotiva. Este factor emocional puede desencadenar en una serie de problemas entre los llamados a heredar en el testamento, colocándolos en situaciones y pleitos que pueden producir una total desintegración familiar, debido a que en la familia “la conducta de cada uno de sus individuos está relacionada directa o indirectamente con la de los otros, de tal forma que una modificación en uno de ellos provoca cambios en alguno de sus miembros o en la totalidad” (Buscarons Gelabertó, 2018, pp. 50-51).

3. Las partes intervinientes

En principio se considera que en una sucesión testamentaria involucraría solo a los herederos y al notario; sin embargo, para el presente caso, son varios los actores que intervienen dentro de la sucesión testada sobre todo cuando surgen conflictos y, al mismo tiempo, existen disposiciones que estableció el testador de forma preventiva para su resolución:

3.1. El notario

La función principal del notario es otorgar fe pública a todo acto, contrato o documento determinado en la Ley siendo elevado a escritura pública, empero, en lo concerniente a otorgar un testamento, el notario no puede dejar de lado su deber de asesorar al testador tanto para redactar el mismo testamento como también establecer las cláusulas que considere pertinentes para la resolución de conflictos que surjan dentro de su contenido. En Ecuador, esta asesoría también es importante:

El notario de relevancia latina, como el nuestro, a más de ser un profesional del Derecho, se proclama como un asesor imparcial, cuyo valor se apuesta en receptor personalmente, interpretar y dar forma legal a la exteriorización de la voluntad de quienes requieran de su ministerio, según el Art. 19 letra a) de la Ley Notarial. Es menester observar, entonces, que aquellos deberes que puntualiza la norma necesariamente deben ser canalizados por un paralelismo entre el principio de la autonomía de la voluntad de las partes interesadas y la Ley (Arellano Sarasti, 2020, p. 9).

De ahí que, en la práctica, cuando una persona desea redactar un testamento es recomendable que este sea abierto de conformidad con la Ley ya que si se está frente a un testamento cerrado, este puede ser sujeto a una impugnación por parte de alguno de los herederos y puede acarrear nulidad del mismo si su contenido no es lo suficientemente claro; esto se da debido a que en los testamentos cerrados prima la privacidad de su contenido incluyendo hacia el mismo notario lo cual hace que el testador no pueda ser asesorado en debida forma para la redacción y contenido del mismo.

3.2. El testador

Cuando una persona decide dejar disposiciones para el destino de sus bienes es porque consideró la posibilidad de redactar un testamento. Una vez que decide hacerlo esta persona es conocida como el testador. Esta persona expresa su última voluntad designando herederos y legatarios para que reciban todos los bienes, derechos y obligaciones que le correspondían hasta el momento de su muerte.

El testamento da libertad al testador con respecto a todo su patrimonio; pero existen ciertas limitaciones, de forma general y en casos específicos, que establece la misma Ley para que se otorgue el testamento. Entre las limitaciones generales se encuentran las siguientes: en primer lugar, la capacidad para testar; nuestro Código Civil establece que toda persona es hábil para testar a excepción de las personas que no pueden expresar de forma clara su voluntad de hacerlo y entre ellas mencionan a los menores de 18 años, los interdictos por demencia y toda persona que no se encuentre en sano juicio. Otra de las limitaciones es que la habilidad de testar es indelegable esto debido a que la realización de un testamento es un acto libre, voluntario y personal. Finalmente, se encuentra la reserva que la Ley hace para proteger los derechos de los herederos forzosos (padres e hijos) en las legítimas.

3.3. El albacea

El albacea es una persona que el testador puede o no designar con el objetivo de administrar los bienes dejados en el testamento a sus herederos y hacer cumplir las disposiciones testamentarias. Esta institución es regulada dentro de los artículos 1293 y siguientes del Código Civil. Dentro del testamento se establecen cuáles van a ser las facultades del albacea de conformidad a la Ley.

Dentro de las particularidades de este cargo están que a pesar de ser intransmisible a sus herederos e indelegable, salvo estipulación en contrario del testador, el albacea puede establecer mandatarios que cumplirán lo que solicite el albacea. Otro aspecto por destacar es que pueden existir varios albaceas, pero su responsabilidad puede ser o no solidaria. Y, en cuanto a la duración de este cargo, es de un año contado desde su aceptación o por el tiempo que determinó el testador.

3.4. Los herederos y legatarios

De manera conjunta en este punto están todas las personas beneficiarias que fueron llamadas por el causante dentro de su testamento. Generalmente, suelen ser los miembros de la familia, pero pueden incluir terceras personas ajenas a esta. Como se mencionó en líneas anteriores, existen los denominados herederos forzosos o legitimarios que son conformados por los padres y los hijos que la Ley reconoce expresamente su derecho para heredar. Adicionalmente, están todos los demás herederos no forzosos que son llamados a recibir parte de la herencia y tomar la condición de heredero por voluntad del causante.

A diferencia de los herederos sean o no forzosos, pueden encontrarse en el testamento los denominados legatarios. Los legatarios son personas naturales o jurídicas claramente identificables que reciben bienes del causante a título singular a través del testamento. Es decir, reciben de forma directa bienes plenamente singularizados.

3.5. Centros de mediación y arbitraje

Para terminar, este último “actor” es quien intervendrá para la resolución de los conflictos testamentarios. Su intervención se puede dar por decisión de todos aquellos que fueron llamados en el testamento o por disposición del mismo testador que al prevenir posibles discusiones que surjan una vez que se produzca su fallecimiento decide que deben solucionar toda diferencia dentro de un Centro de Mediación o un Centro de Arbitraje. Esta dicotomía, en lo que respecta a la voluntad de las partes y la voluntad del testador, será tratada más adelante con énfasis en la mediación.

Vale destacar aquí que, la actividad de cada centro es distinta. Los Centros de Mediación buscarán que las mismas partes puedan llegar a un acuerdo con respecto al conflicto y que dicho acuerdo sea satisfactorio para todos. En cambio, los Centros de Arbitraje tomarán una decisión que ponga fin al conflicto suscitado.

En el arbitraje, una parte debe convencer al tribunal de arbitraje de lo justificado de su causa. Dirige sus argumentos al tribunal y no a la otra parte. En una mediación, puesto que el resultado debe ser aceptado por ambas partes y no decidido por el mediador, una parte debe convencer a la otra o negociar con ella. Se dirige a la otra parte y no al mediador, aún cuando el mediador pueda ser el conducto de las comunicaciones de una parte a la otra (Córdova Mendoza et al., 2019, p. 291).

4. El testamento

Existen varias definiciones con respecto al testamento. En líneas generales, la mayoría de los juristas y tratadistas de la materia coinciden en que es un acto jurídico unilateral. Este acto también es “personalísimo, revocable y libre, por el cual una persona capaz transmite sus bienes, derechos y obligaciones que no se extinguen por la muerte a sus herederos o legatarios, o declara y cumple deberes para después de la misma” (Rojina Villegas, 1971, como se citó en Campos Lozada, 2021, p. 170).

El testamento en el Ecuador, de conformidad al ordenamiento jurídico, puede ser más o menos solemne —también llamado privilegiado— debido a que algunas de sus formalidades pueden omitirse por circunstancias particulares previstas en la Ley. Es por estas circunstancias que, de acuerdo con el tipo de testamento que se llegue a otorgar, existen solemnidades adicionales aún más específicas para que dicho instrumento tenga plena validez.

Dado el carácter e importancia del testamento, es lógico que la ley haya impuesto para su ordenamiento, requisitos y solemnidades específicas sin las cuales no tienen valor, al igual que exija las mismas formalidades para reformar, disminuir, añadir, anular, revocar; en fin, en todo o en parte, las disposiciones del testador, para que éstas surtan efecto a partir de su fallecimiento (Bolaños Pizara & Arellano Sarasti, 2019, p. 20).

Dentro del artículo 1054 del Código Civil se encuentra el contenido general que debe poseer el testamento, el cual se explica a continuación:

1. *Datos generales del testador*: El testador hace constar su nombre completo, cédula de identidad, lugar y fecha de nacimiento. Adicional a esto debe indicar su domicilio actual y la edad que en ese momento tiene.
2. *Declaración de voluntad*: En este punto, el testador declara de manera expresa que se encuentra en sano y entero juicio; con plenas facultades mentales e intelectuales, así como también de no encontrarse sujeto a presión o coacción

de ninguna naturaleza o persona alguna para otorgar el presente testamento, siendo este su última voluntad.

3. *Datos referentes a su estado civil:* Si el testador ha llegado o no a contraer matrimonio. De haberlo hecho debe detallar, cuantas veces llegó a hacerlo, con quien lo contrajo, detallar los hijos que haya procreado en cada matrimonio y cuales se encuentran actualmente vivos y muertos. Es decir, el testador establece cuál es su situación familiar al momento de otorgar el testamento.
4. *Datos de los testigos:* Quienes son con nombre completo, número de cédula y el domicilio actual de cada uno.

Una vez que se haya expresado estos datos iniciales, el testador se hace una *enumeración de los bienes, derechos y obligaciones* que ha adquirido a lo largo de su vida y subsecuentemente establece las *disposiciones testamentarias* determinando lo que les corresponde a sus herederos y, si considera pertinente, detallando legados.

Cuando se hayan dado las disposiciones, el testador puede *nombrar al albacea o albaceas* que velarán por que se cumpla su voluntad, siempre que dichas disposiciones no sean contrarias al ordenamiento jurídico vigente.

Para terminar, está el punto medular del presente texto, el momento en que el testador introduzca dentro del contenido del testamento la denominada *cláusula testamentaria* para la resolución de conflictos.

5. La cláusula testamentaria

Se conoce como cláusula testamentaria aquella disposición que deja el causante en su testamento donde estipula que en caso de conflicto con respecto al testamento y sus demás disposiciones se tendrá que resolver a través de mediación o arbitraje. “Su incorporación puede favorecer el entendimiento entre los llamados a heredar, especialmente cuando existe algún conflicto subyacente entre ellos de los que es conocedor el testador, y por ello ha dispuesto esta cláusula” (Argelich Comelles, 2020, p. 4). Esta disposición del causante surge del asesoramiento previo por parte del Notario; de ahí que, en líneas anteriores, se recalca su importancia al brindar la debida asesoría, pues al colocar dicha cláusula en el testamento se llega a “cubrir las previsiones que puedan evitar en la medida de lo posible los temibles juicios sucesorios, tan destructivos tanto en términos económicos como emocionales, y de interminable duración” (Rodríguez Pietro, 2012, p. 9).

Esta cláusula puede establecer el uso de la mediación o el arbitraje, pero también puede ser escalonada interviniendo ambos métodos para dirimir los conflictos sucesorios. La cláusula debe determinar la institución o instituciones que intervendrán tanto en la mediación como en el arbitraje y disponer que la administración de la mediación y del arbitraje, junto con la designación de mediadores y árbitros, se regirán por las normas del reglamento de la institución elegida vigentes a la fecha de presentación de la solicitud.

Cuando la disposición del causante incluye el uso del arbitraje, el notario deberá indicar al testador que está facultado a determinar lineamientos adicionales para el desarrollo de este. Entre los principales y más usados que pudieran aplicarse en el testamento ecuatoriano se puede mencionar los siguientes:

1. *Conformación del tribunal:* El Tribunal Arbitral puede estar conformado por uno o varios árbitros y su forma de designación puede establecerse dentro del testamento, o remitir al sistema de selección previsto en el Reglamento de la institución elegida.

2. *Quienes acudirán al arbitraje*: El testador tendrá que señalar que todos sus herederos, independientemente de la condición que tengan en el testamento, pueden acudir a resolver sus diferencias en arbitraje.
3. *Confidencialidad del procedimiento*: El testador puede colocar la debida reserva en el desarrollo del arbitraje.
4. *Renuncia de la jurisdicción ordinaria*: En este punto, el testador establece que se debe acatar el laudo que expida el Tribunal Arbitral y que no se podrá interponer ningún tipo de recurso en contra del laudo arbitral, salvo de lo previsto en la ley.
5. *La forma en que emitirá el tribunal su fallo*: La decisión que toma el tribunal arbitral se establece en un laudo. Este puede ser en equidad, atendiendo la sana crítica, o en derecho. Lo más recomendable es este último pues el tribunal aplicará la Ley al ser un criterio objetivo que aportará una guía en la resolución del conflicto.
6. *Solicitud y ejecución de medidas cautelares*: El testador puede disponer que para la ejecución de medidas cautelares, el Tribunal Arbitral está facultado para solicitar el auxilio de los funcionarios públicos judiciales, policiales y administrativos su cumplimiento, sin que sea necesario recurrir a juez ordinario alguno. Inclusive, puede facultar a que se acuda a la justicia ordinaria para solicitar medidas cautelares o medidas similares, sin que aquello implique renuncia a la cláusula arbitral.
7. *Designación del lugar del arbitraje*: Donde se desarrollará el arbitraje y que, en caso de reconvencción, esta igual se someterá al arbitraje en la institución elegida.

6. Derecho comparado

6.1. Mediación y arbitraje testamentario

6.1.1. España

En España, tanto en su ordenamiento jurídico como en su aplicación práctica, está desarrollado el uso de los MASC en conflictos testamentarios. Además, dentro de la respectiva cláusula, se suele agregar como acápite que el notario informó previamente al testador del uso de la mediación o el arbitraje y sus implicaciones; por tanto, acepta establecerlos en el testamento. Sin embargo, en cuanto al uso del arbitraje existe una limitación pues, de conformidad a la Ley 60/2003 de Arbitraje solo se puede discutir conflictos relacionados con la distribución o administración de la herencia entre herederos no forzosos o legatarios, excluyendo a los legitimarios. Para superar esta limitación, el resto de los herederos debe aceptar, de forma unánime, que los legitimarios se involucren en el arbitraje; dicha aceptación puede ser voluntaria y establecida de forma escrita o ser impuesta por el testador estableciendo que los herederos forzosos también pueden intervenir.

Dada la experiencia que posee España en estos conflictos llega a ser un referente para los demás países aquí estudiados sobre todo en el establecimiento de cláusulas testamentarias, la actividad del tribunal arbitral, el desarrollo normativo, el rol de mediadores y la actividad de los notarios en materia sucesoria.

6.2. Mediación testamentaria

6.2.1. Cuba

Dentro de Cuba, la mediación opera de *lege ferenda*, pues solo su Constitución en su artículo 93 reconoce el uso de métodos alternos de solución de conflictos como garantía

del ejercicio de derechos de los cubanos y su acceso a la justicia. Dado la inexistencia de una regulación en torno a los métodos alternativos de resolución de conflictos, Cuba ha desarrollado la mediación a un nivel privado haciendo uso de estándares internacionales y derecho comparado. En cambio, a nivel público su uso es facultativo y mencionado dentro del Decreto Ley Nro. 250 de la Corte Cubana de Arbitraje Comercial Internacional en su disposición especial única.

En el caso de las sucesiones testamentarias, la cláusula respectiva guarda una mayor especificidad llegando a establecerse “cláusulas socini que sancione al heredero que no acepte esta vía de resolución con una aceptación explícita, con la reducción de sus derechos hereditarios” (Milán Morales, et al., 2015, p. 416). Dicha cláusula solo afecta a la partición de los bienes que conforman la masa hereditaria y no condiciona a la institución de los herederos, haciendo que la mediación en Cuba sea posible. De esta forma, el testador asegura la presencia de sus herederos en la mediación. El desarrollo de esta cláusula adicional pudiera llegar a aplicarse en Ecuador, pero esto dependería de que sea redactada incentivando el uso de la mediación y no condicionándola con la herencia para acudir a ella.

6.2.2. Argentina

En el caso argentino, la mediación es obligatoria, pero las sucesiones junto con otros temas establecidos taxativamente en la norma pueden ser tratados de forma voluntaria, y previo a una acción judicial. En la práctica, la mediación en Argentina para este punto está prevista, principalmente, con el objetivo de seguir el proceso de partición de la herencia de manera más rápida; y, de forma accesoria, se lo ha utilizado para tratar otros conflictos que surjan en el testamento.

Para los casos de partición basta que exista unanimidad expresada tanto en la realización del acto, por instrumento público o privado, como también en “la división del caudal indiviso, de lo contrario deberá hacerse de manera judicial” (Germano, 2021).

La Ley 24.573 de Conciliación y Mediación de Argentina no impide que una sucesión pueda ser tratada por esta vía sea testada o no. En el caso ecuatoriano, a parte de esta unanimidad que se entendería establecida dentro del acta de mediación, existe otro requisito a cumplir en caso de que haya bienes inmuebles en la sucesión: obtener la autorización del consejo cantonal para la partición de dicho bien. Sin esta autorización, la mediación no podrá efectuarse salvo que dicho bien haya sido legado a determinada persona en su totalidad.

6.2.3. Colombia

Colombia tiene más desarrollada la conciliación que a la mediación. Su diferencia radica en que, la actividad del conciliador va más allá de ser solo facilitador y canal de comunicación entre las partes. Los conciliadores pueden llegar a generar propuestas para las partes basadas en criterios objetivos y de idoneidad.

La Ley 640 de 2001 otorga a los notarios la facultad conciliadora para dirimir controversias. Por tanto, la cláusula testamentaria bien puede indicar que el mismo notario sea quien resuelva cualquier conflicto que nazca dentro del testamento. Si esta facultad llegara a darse a los notarios ecuatorianos, el notario tendría que estar formado en mediación y estar inscrito en un Centro de Mediación. Así también, al haber brindado su asesoría al testador con anterioridad, tendría de primera mano un conocimiento del contenido que se encuentra inmerso en el conflicto.

La conciliación en Colombia es un requisito previo para acudir a instancias judiciales. Si en el término de tres meses contados a partir de la solicitud, no se ha resuelto el conflicto los herederos podrán acudir ante un juez y este requisito se considerará cumplido.

6.3. Arbitraje testamentario

6.3.1. Bolivia

La Ley N.º 1770 de Arbitraje y Conciliación del Estado Plurinacional de Bolivia reconoce como válido el arbitraje dispuesto por la voluntad del testador. El notario boliviano deberá asegurarse que de introducirse esta cláusula deberá constar disposiciones expresas para su eficacia. Al igual que como ocurre en España, la Ley boliviana dispone limitaciones en los asuntos que le son aplicables, “hace una remisión genérica al orden público sucesorio como límite impuesto a las controversias que pueden resolver los árbitros” (Yáñez Vivero, 2007, p. 100). A diferencia de lo que ocurre en el arbitraje testamentario español, Bolivia hace una inclusión a todos los herederos y a los legatarios para acudir al sistema arbitral.

Finalmente, cuando en el testamento no se dispuso como se conformará el tribunal arbitral y demás disposiciones específicas para el desarrollo del arbitraje, la Ley establece que se seguirá de conformidad al ordenamiento jurídico boliviano y con auxilio jurisdiccional para la designación de árbitros.

6.3.2. Honduras

La legislación hondureña reconoce de igual forma el arbitraje testamentario y lo realiza igual que en España, involucrando solamente de *prima facie* a los herederos no forzosos y a los legatarios para su uso. Las personas involucradas dentro de un arbitraje testamentario en Honduras disponen del término de cinco meses para que su conflicto sea resuelto por el tribunal. Este término se cuenta a partir de la aceptación escrita del cargo de árbitro o del último miembro que conforme el tribunal arbitral y dicho término puede ser prorrogado previo acuerdo entre las partes.

Bajo la misma línea de interpretación que la española, la disposición que contiene el artículo 32 de la Ley de Conciliación y Arbitraje de Honduras no debe entenderse como restrictiva de los derechos de los herederos.

La interpretación de esta limitación constituye quizá la cuestión más controvertida de todo el arbitraje testamentario y, según cómo se entienda, deja a éste un ámbito muy reducido, puesto que el número de herencias en las que no intervienen legitimarios es muy inferior al de aquellas en que sí que intervienen (Calatayud Sierra, 2012, p. 172).

6.3.3. Perú

El arbitraje testamentario en Perú es visto como una excepcionalidad al convenio entre las partes para acudir a arbitraje. Igual, como se ha explicado, la Ley General de Arbitraje de Perú establece limitaciones en cuanto a sus participantes y los conflictos testamentarios que pueden solucionarse por esta vía. Dichas limitaciones pueden ser superadas, aunque también es recomendable adicionar de forma expresa la prohibición de acudir a instancias judiciales; de esta forma, todos quienes fueron llamados a heredar en el testamento acudan al arbitraje, sean o no herederos forzosos.

En junio del año 2008, mediante Decreto Legislativo N.º 1071, se promulgó la nueva Ley Peruana de Arbitraje e introdujo una nueva particularidad en torno al arbitraje testamentario; esta institución ya no se encuentra sujeta a su establecimiento únicamente dentro del testamento, sino que faculta a los herederos y a los albaceas a celebrar un convenio arbitral para resolver cualquier conflicto testamentario. Dicho convenio debe celebrarse de forma escrita y de conformidad a la Ley.

7. Mediación testamentaria

No se puede discutir que el uso de los MASC, y más de la mediación, traen una serie de ventajas para que las partes puedan establecer un consenso donde todos se consideren beneficiados. Sobre todo, si estos conflictos surgen dentro de las herencias y sucesiones

no solo porque pacificaría enormemente el tema y las posibles tensiones, sino porque ayudaría a cerrar un acuerdo y poder evitar la confrontación judicial o terminarla en el caso de que se hubiese comenzado el pleito. Bastaría para ello informar adecuadamente a los interesados que pueden acudir a la vía de la mediación y en el caso de haber iniciado el pleito, que los órganos judiciales aconsejen el intento de acuerdo y acudan a la mediación (Ruiz-Giménez de Aguilar, 2008, p. 46).

El testador introduce esta cláusula cuando conoce con antelación un conflicto subyacente entre sus herederos y quiere que dicha situación no perdure aún después de su partida porque esta situación pudiera seguir escalando si interviene un factor patrimonial, haciendo de ese hecho algo insostenible, en especial si el testador espera que con la mediación la relación entre sus herederos mejore. Frente a esta situación, se encuentra un debate con respecto a la voluntariedad del testador y la voluntad de las partes para acudir a una mediación.

El establecimiento de la mediación en el testamento no impide el acceso a la vía judicial, sino que se lo instituye como un prerequisite para una rápida resolución sin tener que recurrir de manera directa al auxilio de un juez. Este debate es similar al del establecimiento de la mediación prejudicial obligatoria en el ordenamiento jurídico, las partes no están obligadas a llegar a un acuerdo, es decisión de cada uno acudir a una mediación; lo que el legislador busca es que las partes intenten llegar a una solución pacífica antes de acudir a la justicia ordinaria y también con el objetivo de evitar la alta carga procesal en las Unidades Judiciales. La mediación abre una serie de oportunidades donde las personas pueden solucionar sus conflictos de manera ágil, rápida y eficaz.

En caso de no llegar a un acuerdo bien se puede establecer una imposibilidad la cual se agregaría a la demanda subsecuente cumpliendo, de esta forma, lo estipulado en el testamento de acudir a una mediación y, si la Ley lo establece, la obligatoriedad de una mediación previa. Si la cláusula que dispuso el testador es solo con respecto al uso de la mediación, esta debe establecerse de forma libre y sin ningún tipo de limitación o condición a los herederos o al albacea. “Mientras esta cláusula de mediación no sea condicional y se mantenga la voluntariedad, nada obsta a que se incluya en el testamento” (Argelich Comelles, 2020, p. 4). A diferencia de la cláusula testamentaria arbitral que puede establecer condiciones para que los herederos acudan a ella en lugar de a iniciar una acción por vía judicial.

8. Arbitraje testamentario

El arbitraje puede considerarse como la última opción a seguir dentro de los MASC cuando este no pudo llegar a término dentro de una mediación o conciliación.

No es frecuente encontrar en los testamentos cláusulas que otorguen a un tercero la facultad de solucionar las controversias únicamente por medio del arbitraje, pues la mayoría de las situaciones logran resolverse dentro de una mediación, la cual es más flexible y considera el factor emocional que pueda tener el conflicto. Pero el hecho de que el testador haya incluido al arbitraje produce, asimismo, la prohibición de intervenir judicialmente en los conflictos que se originen por la herencia pues el arbitraje suple a la justicia ordinaria.

La institución expresa del arbitraje testamentario, dentro de los ordenamientos jurídicos, cierra el debate con respecto a la voluntariedad, al ser una excepción a la regla general del convenio arbitral entre las partes. Empero, está sujeto a críticas por el contenido que pueda tener la norma que lo establezca, e incluso por la misma cláusula testamentaria.

La más fuerte de estas críticas es con relación al albacea; sea porque en el testamento, el causante dispone que el albacea sea el árbitro que dirima el conflicto entre los llamados a heredar o porque el ordenamiento jurídico establece que, si el testador no deja indicaciones con respecto al centro de arbitraje o árbitro que resuelva las controversias que llegasen a suscitar, el albacea queda facultado para conocer de las mismas y resolver. A partir de esto, hay autores que consideran al arbitraje del albacea como un sistema de amigable composición y no como un auténtico arbitraje al ser impuesto bajo la dirección de una persona que no se ha formado para el mismo; en especial, si su fallo es en equidad puesto que, solo podrá valerse de su sana crítica y el contenido del testamento. Esto no quiere decir que un arbitraje testamentario en equidad sea errado, pero por la materia que se trata se requiere contar con más criterios objetivos. En el caso ecuatoriano, esta situación del albacea como árbitro o mediador no pudiera llegar a darse en virtud del Art. 1319 del Código Civil el cual dispone que “el testador no podrá ampliar las facultades del albacea, ni exonerarle de sus obligaciones, según se hallan unas y otras definidas en este Título” (Código Civil, 2023, Art. 1319).

El arbitraje debe ser desarrollado a través de una institución preparada y especializada que garantice su aplicación tomando en consideración el ordenamiento jurídico vigente, normas supletorias y aplicables al caso en específico sin mencionar la experiencia profesional que posea el árbitro o tribunal arbitral en lo referente a la sana crítica para estos casos.

Al igual que en la mediación existe un debate con respecto a la voluntariedad de las partes de acudir al arbitraje. Para la mediación, en principio, se considera que nadie está obligado a mediar; sin embargo, el verdadero punto es que nadie puede estar obligado a establecer acuerdos en mediación. Si la cláusula testamentaria solo llegó a establecer el uso de la mediación, las partes bien pueden luego acudir a la vía judicial anexando a su demanda el acta de imposibilidad de acuerdo o de imposibilidad de mediación, cumpliendo de esta forma la disposición del testador. En el caso del arbitraje, como vimos en las demás legislaciones, se encuentra respaldado dentro del ordenamiento jurídico al establecer que el arbitraje testamentario también es válido siendo una excepción al convenio entre las partes de acudir a arbitraje. En Ecuador no hay norma que establezca expresamente como válido el arbitraje testamentario; pero al tratar asuntos propios del Derecho Privado, esta ausencia normativa no es un obstáculo para que pueda instituirse en la realidad ecuatoriana, sobre todo porque los intervinientes aceptaron en principio su condición de heredero o legatario, y al hacerlo, también aceptaron las disposiciones contenidas en el testamento incluyendo la de acudir a arbitraje para solucionar conflictos. Con ello se supera el choque de voluntades entre los llamados a heredar y el testador.

9. Conclusiones

Con la aceptación de todas las disposiciones testamentarias, el principio de voluntariedad de las partes no se ve afectado, más que nada porque tienen también la opción de repudiar la herencia.

Al igual que en la mediación prejudicial obligatoria el hecho de acudir a una mediación testamentaria resulta ser un requisito preprocesal. Por otro lado, el arbitraje al excluir la actividad judicial se convierte en la única vía que las partes tendrán siendo informados de la

misma previo a aceptar la herencia o legado. Sea una cláusula testamentaria escalonada o solo de arbitraje, el testador busca que cualquier conflicto que surja tenga una solución definitiva que no requiera de la intervención del juez.

No hay prohibición alguna que impida en el Ecuador establecer el uso de métodos alternativos de solución de conflictos dentro de las sucesiones testadas, tomando en consideración también la naturaleza del arbitraje y la mediación. A pesar de que el arbitraje testamentario no se encuentra establecido de forma expresa, esto no representa un obstáculo para el testador, siempre y cuando la cláusula testamentaria sea redactada de forma específica en cuanto al tipo de arbitraje, la institución designada, los efectos que producirá el laudo arbitral y que esta no afecte a los derechos de los herederos, legitimarios y demás sucesores testamentarios.

Dentro de la práctica tanto abogados como notarios pueden recomendar el establecimiento de dicha cláusula cuando los testadores desean que las relaciones entre sus familiares perduren o sean mejoradas. De esta forma, se promueve el uso de los MASC para que la sociedad tenga un mayor acercamiento a las mismas, contribuyendo a fomentar una cultura de paz, siendo este un objetivo tanto a nivel nacional como internacional. Aunque el uso de los MASC no sea una práctica habitual y cotidiana en la sociedad ecuatoriana, la situación planteada dentro de este artículo es real y bien cabe tener una idea de lo que puede ocurrir y lo que se puede hacer si llegase a surgir.

Referencias bibliográficas

- Arboleda López, A. P. (2017). Conciliación, mediación y emociones: Una mirada para la solución de los conflictos de familia. *Revista Civilizar. Ciencias Sociales y Humanas*(No. 33), Pp. 81-96. doi:<http://dx.doi.org/10.22518/16578953.900>
- Arellano Sarasti, P. D. (2020). *El Notariado en el Ecuador: Deberes y Obligaciones*. Corporación de Estudios y Publicaciones. Obtenido de <https://elibro.net/es/ereader/utiec/130112>
- Argelich Comelles, C. (2020). Mediación, conflictos sucesorios y empresa familiar. *Revista de Mediación ADR, Análisis y Resolución de Conflictos, Vol. 13*(No. 1), Pp. 1-8. Obtenido de <https://revistademediacion.com/wp-content/uploads/2020/04/Revista25-3.pdf>
- Asamblea Nacional. (2023). *Código Civil*. Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Bolaños Pizara, J., y Arellano Sarasti, P. D. (2019). *Sucesiones y Derecho Notarial en Ecuador*. Corporación de Estudios y Publicaciones. Obtenido de <https://elibro.net/es/lc/utiec/titulos/145734>
- Buscarons Gelabertó, M. (2018). *Análisis de Conflictos familiares: Un Enfoque Sistémico*. Editorial UOC. Obtenido de <https://elibro.net/es/lc/utiec/titulos/106119>
- Calatayud Sierra, A. (2012). El Arbitraje Testamentario Desde el Derecho Aragonés. *Revista de Derecho Civil Aragonés*, Pp. 163-184. Obtenido de <https://ifc.dpz.es/recursos/publicaciones/33/33/04calatayud.pdf>
- Campos Lozada, M. (2021). *Bienes y Sucesiones*. IURE Editores. Obtenido de <https://elibro.net/es/lc/utiec/titulos/176537>
- Córdova Mendoza, K. T., Ochoa Espinoza, A. M., y Durán Ocampo, A. R. (2019). Algunas Consideraciones sobre la Mediación y Arbitraje. *Revista Universidad y Sociedad, Vol. 11*(No. 4), Pp. 287-295. Obtenido de <http://scielo.sld.cu/pdf/rus/v11n4/2218-3620-rus-11-04-287.pdf>
- Entelman, R. F. (2002). *Teoría de Conflictos: Hacia un Nuevo Paradigma*. Editorial Gedisa.

- Germano, J. (13 de agosto de 2021). *La Partición de herencia en el Código Civil y Comercial*. Obtenido de <https://garciaalonso.com.ar/blog/la-particion-de-herencia-en-el-codigo-civil-y-comercial/>
- Lorenzo Cadarso, P. L. (2001). *Fundamentos Teóricos del Conflicto Social* (Primera ed.). Siglo Veintiuno de España Editores. Obtenido de http://www.cedoh.org/Biblioteca_CE-DOH/archivos/00586%20Fundamentos%20Teoricos%20del%20Conflicto%20Social.pdf
- Milán Morales, N., Ordellin Font, J. L., y Vega Cardona, R. J. (Enero - Junio de 2015). La Intervención Notarial en la Mediación. Consideraciones de 'lege ferenda' en la Prevención/Resolución de Conflictos en el Ordenamiento Jurídico Cubano. *Revista de Derecho Privado*(Nº 28), Pp. 403 a 433. doi:<https://doi.org/10.18601/01234366.n28.12>
- Rodríguez Pietro, F. (2012). *Guía para el Uso Notarial de Cláusulas de Mediación y Arbitraje*. Fundación Notarial SIGNUM para la Resolución Alternativa de Conflictos. Obtenido de <https://fundacionsignum.org/wp-content/uploads/2016/11/Guia-notarial-para-el-uso-de-cl%C3%A1usulas-ADR.pdf>
- Ruiz-Giménez de Aguilar, A. (2008). La Mediación en Conflictos Derivados de Herencias. *Familia: Revista de Ciencias y Orientación Familiar*(No. 36), Pp. 41-52. Obtenido de https://summa.upsa.es/high_raw?id=0000029327&name=00000001.original.pdf
- Yáñez Vivero, M. F. (2007). Arbitraje y Derecho de Sucesiones: El Arbitraje Testamentario. En J. L. Collantes González, *El arbitraje en las distintas áreas del derecho* (págs. 75-112). Lima: Palestra Editores. Obtenido de [https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/44D686718D847DB905257CFD006C8ED7/\\$FILE/ArbitrajeEnLasDistintas%C3%81reasDelDerechovol4.pdf](https://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/44D686718D847DB905257CFD006C8ED7/$FILE/ArbitrajeEnLasDistintas%C3%81reasDelDerechovol4.pdf)

EL MARCO DE REGULACIÓN DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO POSITIVO EN LA NOTIFICACIÓN DE CONCENTRACIÓN ECONÓMICA EN EL ECUADOR¹

Positive Administrative Silence in Merger and Acquisition Filing in the Ecuadorian Competition Law

DAVID SPERBER VILHELM²
Universidad del Pacífico, Quito, Ecuador

JOSÉ GUILLERMO MOYA VALDIVIESO³
Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, España

Resumen

El presente artículo analiza las particularidades y diferencias del silencio administrativo positivo entre la notificación de concentración económica informativa y obligatoria conforme a la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado. Las principales diferencias entre ambas radican en los umbrales, el plazo de presentación y la posibilidad de ejecutar la operación de concentración económica. La notificación de concentración económica, al ser una manifestación del derecho constitucional de petición, debe ser resuelta por el órgano resolutorio de la SCPM dentro del término legal correspondiente. Caso contrario, se ejecuta ipso iure por el silencio administrativo positivo.

Palabras clave

Derecho mercado y libre competencia, Concentración económica, Notificación de concentración económica obligatoria, Notificación de concentración económica informativa, Silencio administrativo.

Abstract

This article analyzes and discusses the particularities and differences of positive administrative silence between informative filing and mandatory filing according to the Ecuadorian Competition Act. The main variance between the informative and mandatory filing lies in the thresholds, the submission period, and the possibility of its execution. The filing is a manifestation of the constitutional right of petition and shall be resolved by the resolution body of the Ecuadorian Competition Authority (SCPM) in the term specified in the law. Otherwise, it is executed ipso iure for the positive administrative silence.

Keywords

Competition Law, Mergers and Acquisitions, Mandatory Filing, Informative Filing, Ecuadorian Competition Act, Ecuadorian Competition Authority (Superintendence of Control of Market Power), Administrative Silence, Administrative Law, and Gun-Jumping.

¹ Los autores de este artículo han contribuido en partes iguales.

² Doctor por la Universitat de Barcelona. Master of Laws por Harvard University. Socio fundador del estudio jurídico Sperber & Álvarez Law Firm. Miembro Hall of Fame en libre competencia por el Directorio The Legal 500. Correo electrónico: david@salf.ec.

³ Magister por la Universidad Carlos III de Madrid. Doctorando por la Universidad Carlos III de Madrid. Abogado Magna Cum Laudem por la Universidad San Francisco de Quito. Correo electrónico: jose49moya@gmail.com.



1. Introducción. Una breve descripción del silencio administrativo positivo en Ecuador

El silencio administrativo es una institución del derecho administrativo que conceptualiza un efecto por “la falta de respuesta del ente público se le asigna un significado, por lo general desestimatorio” (Goldfarb, 2020, p. 49). Esta conclusión se acopla a la realidad ecuatoriana. La historia del silencio administrativo positivo nace con la Ley de Modernización del Estado (en adelante LME) de 1993. Antes de su publicación, el silencio administrativo era siempre negativo.

La principal característica del silencio administrativo positivo en la LME fue el otorgamiento favorable de la petición concreta en un término de quince días sin contestación motivada por la entidad pública del Poder Ejecutivo. Además, eliminó el requisito del agotamiento de la vía administrativa para la impugnación en sede contencioso-administrativa de los actos administrativos presentados por el administrado (Moreta, 2020, pp. 7-8). Este reconocimiento del silencio administrativo positivo, dentro del ordenamiento jurídico nacional, esperó más de ciento sesenta años para su vigencia, a pesar de que dicha institución se fundamenta en el derecho de petición reconocido desde la primera Constitución Política de 1830 (Moreta, 2020, pp. 7-8). La LME, al traer el silencio administrativo positivo, trajo consigo conjuntamente el deber de motivación de los actos públicos. De este modo, “la obligación de resolver constituye una garantía al ciudadano frente a las administraciones públicas, de que sus petitorios van a ser atendidos en un tiempo prudencial y expresando los motivos de su aceptación o rechazo” (Alvarado, 2021, p. 17-18).

En sus casi treinta años de vigencia, la institución del silencio administrativo positivo ha sufrido innumerables modificaciones legislativas y jurisprudenciales. Incluso, desde un punto de vista de la eficacia normativa, se podría sostener que esta institución casi desaparece, ya que por mandato expreso de la Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana (en adelante LPIPC) de 2000, exigió un requisito procedimental para la configuración y ejecución del silencio administrativo. La LPIPC, ley que modificó el artículo 28 de la LME, estableció como requisito de procedibilidad la certificación del vencimiento del término emitido por parte de la misma institución pública requerida. En la praxis, esto generó graves problemas para su configuración y ejecución, ya que la administración pública difícilmente otorgaba una certificación en favor del administrado en la que conste la negligencia de sí misma por no haber resuelto motivadamente su petición dentro del término establecido en la Ley.

Ello fue evolucionando, siendo el avance más significativo la sentencia N.º 414-07 de la ex Corte Suprema de Justicia que sostuvo: “El silencio administrativo da origen a un acto autónomo y presunto sobre el cual recae la presunción de legitimidad y ejecutoriedad, salvo que dicho acto resulte irregular, es decir que tenga vicios invalitables”. Además, la ex Corte Suprema (Resolución N.º 195-99) consagró el principio de legalidad en la configuración del silencio administrativo positivo y la doctrina especializada sobre la materia expone que “la voluntad de la Administración es tácita cuando el silencio administrativo, por expresa previsión del ordenamiento jurídico, es considerado como un acto administrativo”. (Dromi, 1992, p. 175).

La Corte Nacional de Justicia de Ecuador (en adelante CNJ) en un momento afirmó que el silencio administrativo positivo podía ser un hecho administrativo (Resolución N.º 252-2012). Posteriormente, fue aclarando a través de los precedentes judiciales los requisitos esenciales para su configuración. Esta cadena concluyó con su regularización mediante la promulgación del Código Orgánico Administrativo (en adelante COA), el cual también ha sido reformado en el 2023. El artículo 207 del COA vigente determina:

Los reclamos o pedidos dirigidos a las administraciones públicas [...] deberán ser resueltos en el término de treinta (30) días, vencido el cual, sin que se haya notificado la decisión que

lo resuelva, se entenderá que es positiva. Para que se produzca el silencio administrativo, el acto administrativo presunto que surja de la petición, no debe incurrir en ninguna de las causales de nulidad prescritas por este Código. El acto administrativo presunto que resulte del silencio, será considerado como título de ejecución en la vía judicial. Al efecto, la persona interesada incluirá en su solicitud de ejecución una declaración, bajo juramento, de que no le ha sido notificada la decisión dentro del término previsto. Además, acompañará el original de la petición en la que aparezca la fe de recepción. No serán ejecutables, los actos administrativos presuntos que contengan vicios invalidadables, [...] en cuyo caso el juzgador declarará la inejecutabilidad del acto presunto y ordenará el archivo de la solicitud.

De este modo, se concluye que la configuración y ejecución del silencio administrativo positivo debe partir de una presunción de legitimidad y de ejecutoriedad. La legitimidad se concreta en el acto administrativo presunto que debe carecer de cualquier vicio de nulidad (art. 105 del COA). Mientras que la ejecutoriedad deviene de la existencia propia del derecho introvertido, al ser un procedimiento de ejecución (Alvarado, 2021, p. 23-24).

Requisitos	Característica del requisito
1. Naturaleza jurídica de la solicitud	Debe nacer del derecho de petición del administrado, cuya respuesta motivada debe mandar (condicionar), prohibir o permitir. Debe ser una solicitud escrita. Hay doctrina que indica que puede ser de oficio de la Autoridad.
2. Interés legítimo	Capacidad jurídica o legitimación activa entre el reclamo o solicitud y el mandamiento de ejecución del acto administrativo.
3. Vencimiento del término	Término establecido en Ley general (COA) o Ley específica (LORCPM).
4. Acto Administrativo Regular	Acto administrativo perfecto, debe ser legítimo y ejecutoriado.

Tabla 1. Requisitos esenciales para la configuración del silencio administrativo positivo

2. Una breve descripción de la vinculación del derecho administrativo y el derecho de competencia

El derecho de la libre competencia y el derecho administrativo son instituciones que tienen necesariamente una vinculación fáctica. Esta relación se concretó en una nueva forma de intervención del Estado dentro del derecho público económico. Dicha intervención es producto de un “cambio del modelo interventor —centrado en la acción legislativa— a un modelo regulatorio —cuyo eje es el acto administrativo—” (Guinard-Hernández, 2017, p. 181).

De este modo, con el transcurso del tiempo las actividades estatales se fueron abriendo a un sistema de mercado: “Decisión fundada sobre la teoría económica de la competencia, con la pretensión de ganar en eficiencia, en beneficio al usuario, rebajas de costos y aumento en la calidad del servicio” (Guinard-Hernández, 2017, p. 181).

Estas consecuencias se evidencian claramente en la Constitución del 2008, la cual constituye el principal fundamento para la promulgación de la Ley Orgánica de Regulación

y Control del Poder de Mercado (en adelante LORCPM). Los artículos 304, 335, 336 y 337 de la Constitución definen la política pública económica y comercial en el Ecuador. Sobre el presente estudio, es sustancialmente relevante lo establecido en el artículo 304 de la constitución nacional: “Evitar las prácticas monopólicas y oligopólicas, particularmente en el sector privado, y otras que afecten el funcionamiento de los mercados”; esto, en relación con el in fine del artículo 335 que establece textualmente: “El Estado definirá una política de precios orientada a proteger la producción nacional, establecerá los mecanismos de sanción para evitar cualquier práctica de monopolio y oligopolio privados, o de abuso de posición de dominio en el mercado y otras prácticas de competencia desleal”. En virtud de lo expuesto, la notificación de concentración económica es el mecanismo utilizado por el legislador nacional para velar el correcto funcionamiento del mercado en relación con las prácticas monopólicas u oligopólicas.

3. La naturaleza jurídica de la Notificación de Concentración Económica

La LORCPM establece en los artículos 14 al 24 (sección 4) los preceptos jurídicos de la notificación de concentración económica, así como los artículos 11 a 29 del Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado (en adelante RALORCPM). Las cinco principales semejanzas entre una notificación de concentración económica obligatoria y la informativa son:

Concepto	Notificación obligatoria	Notificación informativa
1. Norma aplicable	LORCPM, COA, RALORCPM	LORCPM, COA, RALORCPM
2. Órgano de sustanciación-investigación LORCPM Artículos 56 y ss	Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas (INCCE)	Intendencia de Nacional Control de Concentraciones Económicas (INCCE)
3. Órgano de Resolución LORCPM Artículo 63	Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI)	Comisión de Resolución de Primera Instancia (CRPI)
4. Formulario de Concentraciones	Elaborado por la SCPM	Elaborado por la SCPM
5. Silencio administrativo positivo	Cumplido el plazo sin resolver se ejecuta el silencio administrativo automático sin necesidad de acto de la SCPM (LORCPM Art. 23)	Cumplido el plazo sin resolver se ejecuta el silencio administrativo automático sin necesidad de acto de la SCPM (LORCPM Art. 23)

Tabla 2. Semejanzas entre las notificaciones económicas obligatoria e informativa

Mientras que las principales diferencias entre la notificación informativa (también denominada voluntaria) y la notificación obligatoria son cuatro:

Concepto	Notificación obligatoria	Notificación informativa
1. Aplicabilidad	30% o más del mercado relevante; o 200.000 RBU ⁵	Hasta 29.9% del mercado relevante; o menos de 200.000 RBU
2. Plazo de presentación	8 días plazo desde el acuerdo de concentración económica	En cualquier momento desde el acuerdo de concentración económica
3. Ejecución.	Debe esperar resolución de la CRPI para ejecutar el acuerdo de concentración	No necesita esperar la resolución de la CRPI para ejecutar el acuerdo de concentración
4. Plazo de resolución	LORCPM Artículo 21: 60 días término más 60 días término adicionales; total 120 días término	COA Artículo 207: 30 días término; o LORCPM Artículo 21: 60 días término más 60 días término adicionales; total 120 días término

Tabla 3. Diferencias entre las notificaciones económicas obligatoria e informativa

La Superintendencia de Control del Poder de Mercado (en adelante SCPM), cuyo objeto y competencia es velar, regular e intervenir por el correcto funcionamiento del mercado (considerandos LORCPM), mediante su estudio “Análisis de Concentraciones Económicas y Concentración Estructural en el Ecuador”, afirmó respecto a las notificaciones informativas lo siguiente:

Las ventajas de esta institución son evidentes, tanto así que beneficia a las dos partes del procedimiento, como lo son el operador económico y la Superintendencia de Control del Poder de Mercado en su fase administrativa, haciendo efectivo el principio de celeridad, que en cuestiones administrativas es imprescindible. Con esto se logra además un correcto funcionamiento de la Superintendencia lo cual beneficiará al operador que desea que su petición sea atendida y resuelta rápidamente (2016, p. 96).

La SCPM confesó así que la notificación de concentración económica informativa debe ser resuelta atendiendo el principio de eficiencia administrativa, principio constitucional de toda actuación administrativa (art. 226) y concordante con el art. 4 del COA que sostiene: “Las actuaciones administrativas aplicarán las medidas que faciliten el ejercicio de los derechos de las personas. Se prohíben las dilaciones o retardos injustificados y la exigencia de requisitos puramente formales”. De este modo, se concluye que el principio de eficiencia forma parte del derecho constitucional de petición constituido en el artículo 66 numeral 23 de la Norma Fundamental. La Corte Constitucional, mediante sentencia N.º 012-12-SIS-CC, de forma correcta, confirma dicha conclusión e inclusive, permite interpretar que el silencio administrativo positivo constituye una especie de garantía del derecho de petición. Al respecto, textualmente sostiene que “frente a esta exigencia constitucional, que busca tutelar el derecho de petición del accionante, el legitimado pasivo tiene la obligación concreta de extender la certificación solicitada por el accionante, conforme lo previsto en el artículo 28 de la Ley de Modernización del Estado” (2012, p. 15).

Sobre este punto, es necesario enfatizar que la Constitución en su artículo 76 determina que “las resoluciones de los poderes públicos deberán ser motivadas”. Esta obligación también se configura en la respuesta de la SCPM de los procedimientos de notificación de concentración económica informativa, al ser una resolución emitida por una autoridad basada en el derecho de petición del administrado. Es importante recordar que ambos tipos de notificación tienen algunos presupuestos diferentes; no obstante, ambas forman parte común de las disposiciones generales sobre concentraciones económicas tipificadas en la sección 4 de la LORCPM.

Con la finalidad de no confundir al lector con el uso reiterativo de la palabra ‘obligación’, en referencia a la notificación de concentración económica obligatoria, se utilizará el sinónimo ‘imposición’ para referirse únicamente a una posible obligación jurídica-formal tipificada en los artículos 14, 15 y 16 de la LORCPM. Al estudiar de forma detenida los artículos referidos supra, se evidencia que existen dos imposiciones (obligaciones jurídico-formales) independientes relativas a las notificaciones de concentración económica de carácter informativo y obligatorio:

- a. Una imposición temporal
- b. Una imposición estructural

La imposición temporal surte mayores efectos en los procedimientos obligatorios de la notificación, ya que debe tener un examen previo respecto a la concreta operación de concentración económica, y debe ser notificada dentro del plazo legal. Contrario sensu, el artículo 15 de la LORCPM decreta que las operaciones de concentración económica están sujetas a cumplir el procedimiento de notificación, como una imposición general por parte del operador económico adquirente o nuevo controlador. Del mismo modo, al ser una manifestación del derecho constitucional de petición, la SCPM debe resolver de forma motivada ambos procesos de notificación.

Asimismo, esta naturaleza estructural de la imposición de notificar —obligación de informar las operaciones de concentración económica basada en el derecho de petición— a la SCPM, se encuentra reforzada por los siguientes mandatos legales:

- a. El artículo 16 de la LORCPM que regula las notificaciones informativas y obligatorias, ambas pertenecen a la misma sección legal. El RALORCPM en su artículo 19 establece textualmente: “Obligación de notificar.- La notificación de una operación de concentración económica será realizada”.
- b. El artículo 18 de la LORCPM establece las sanciones por falta de notificación.
- c. El artículo 19 de la LORCPM determina las exenciones de notificación ya sea notificación informativa u obligatoria.

A continuación, se analizan los tres argumentos.

3.1. Requisito formal

De conformidad a lo enunciado supra, una operación de concentración económica está sujeta al control de la SCPM, conforme el artículo 15 de la LORCPM, que tipifica que “las operaciones de concentración económicas que estén obligadas a cumplir con el procedimiento de notificación previsto en esta sección, serán examinadas y reguladas”. La norma manda a que el procedimiento de notificación abarque a la notificación obligatoria y la informativa, ya que

ambas se encuentran reconocidas y reguladas en la misma sección cuarta de la LORCPM y en el RALORCPM. En especial, el artículo 16 de la LORCPM dicta:

Están obligados a cumplir con el procedimiento de notificación previa [...], los operadores económicos [...] a) Que el volumen de negocios total en el Ecuador del conjunto de los partícipes supere, en el ejercicio contable anterior a la operación, el monto que en Remuneraciones Básicas Unificadas vigentes haya establecido la Junta de Regulación. b) En el caso de concentraciones que involucren operadores económicos que se dediquen a la misma actividad económica, y que como consecuencia de la concentración se adquiera o se incremente una cuota igual o superior al 30 por ciento del mercado relevante del producto o servicio en el ámbito nacional o en un mercado geográfico definido dentro del mismo. En los casos en los cuales las operaciones de concentración no cumplan cualquiera de las condiciones anteriores, no se requerirá autorización por parte de la Superintendencia de Control del Poder de Mercado.

Nótese que este artículo no diferencia el tipo de notificación al especificar, “Notificación de concentración”. Del mismo modo, la sección 4.ta de la LORCPM abarca desde el artículo 14 hasta el 24, en donde se incluyen los dos tipos de notificación. La norma impone al administrado derechos y obligaciones para las notificaciones informativas y obligatorias, por lo que constituye una imposición estructural —informar a la SCPM— por parte del adquirente de la operación de concentración económica, cuyo correlativo es la obligación de la SCPM de resolver, de forma motivada, dicha petición del administrado.

Del mismo modo, el artículo asigna que no es necesaria una autorización previa en las notificaciones informativas al no cumplir con los literales a y b. No obstante, al analizar los literales a y b, se evidencia que se enfocan en la propia concentración económica, mas no en un acto meramente informativo. De esta manera, la notificación informativa recae sobre el acto propio de ejecución de la concentración económica, mientras que en la obligatoria existen ambas imposiciones. Dentro de estas imposiciones, cabe recalcar, la de notificar la operación de concentración económica; así, es necesario informar dentro de ocho días contados a partir de la fecha de la conclusión del acuerdo que dará lugar al cambio o toma de control de una o varias empresas u operadores económicos de conformidad con el artículo 14 de la LORCPM, que, a su vez, se encuentra sujeta a la autorización impuesta en el artículo 21 de la LORCPM que dicta:

Artículo 21.- Decisión de la Autoridad.- En todos los casos sometidos al procedimiento de notificación previa establecido en este capítulo, excepto los de carácter informativo establecidos en el segundo inciso del artículo 16 de la presente Ley, la Superintendencia, por resolución motivada, deberá decidir dentro del término de sesenta (60) días calendario de presentada la solicitud y documentación respectiva: A) Autorizar la operación; B) Subordinar el acto al cumplimiento de las condiciones que la misma Superintendencia establezca; o, C) Denegar la autorización. El término establecido en este artículo podrá ser prorrogado por una sola vez, hasta por sesenta (60) días término adicionales (subrayado es nuestro).

La LORCPM instaura que solo el órgano de resolución de la Comisión de Resolución de Primera Instancia (en adelante SCPM), en las dos formas de notificación, debe autorizar, subordinar o denegar. No obstante, en la práctica, la Intendencia Nacional de Control de Concentraciones Económicas (en adelante INCCE), interpretando un instructivo (Resolución N.º SCPM-DS-012-2017 art. 37 numeral 4), contraviene de forma expresa la

LORCPM y la Constitución al crear un nuevo acto denominado “tomar nota” solo para las notificaciones informativas.

Si la LORCPM no determinó una diferencia procedimental en ambas notificaciones, esta no puede ser modificada a través de un instructivo, que establece un tratamiento diferencial entre ambas notificaciones económicas y que surte efectos jurídicos directos para los administrados. El hecho de “tomar nota”, establecido en la parte final del procedimiento de notificación de concentración económica informativa de dicha Resolución, no autoriza a que la SCPM no emita un acto administrativo motivado respecto a la petición solicitada por el administrado.

Con ello se concluye que los cánones sobre las concentraciones económicas y su respectiva notificación obligatoria o informativa contienen dos imposiciones legales a los administrados en Ecuador:

- a. La primera, que sucede en ambos modelos de notificación, la imposición de informar a la SCPM la existencia de una concentración económica. Si esta reúne los requisitos de obligatoriedad del artículo 16 de la LORCPM, se deberá cumplir con la imposición temporal.
- b. La segunda, la CRPI debe resolver en ambos procesos de notificación de forma motivada. Respecto a la notificación obligatoria, además, debe establecer si autoriza, subordina o niega la concreta operación de mercado.

Después de analizar las dos imposiciones supra, es necesario estudiar qué órgano, dentro de la SCPM, es competente para resolver de forma motivada las notificaciones de concentración económica. La LORCPM puntualiza la existencia de un órgano de investigación, sustanciación y otro de resolución. La Superintendencia, mediante su Resolución N.º DS-2019-62, detalla las competencias y facultades de la Comisión de Resolución de Primera Instancia —órgano de resolución— y las de la INCCE —órgano sustanciador— (entre otras). La norma sostiene:

CRPI. 1.2.1. Gestión de Resolución de Primera Instancia. Misión: Conocer, sancionar o cesar en primera instancia las conductas contrarias a la competencia, corrigiendo el impedimento, la distorsión el falseamiento y la restricción de los mercados, de acuerdo a lo previsto en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado; así como autorizar, subordinar o denegar las operaciones de concentración económica. Responsable: Presidente de la Comisión de Resolución de Primera Instancia. Atribuciones y responsabilidades: [...] g) Autorizar, denegar o subordinar una operación de concentración económica, la subordinación estará sujeta al cumplimiento de condiciones (2019, p 18-19).

Mientras que la Intendencia INCCE solo posee estas competencias:

Responsable: Intendente Nacional de Control de Concentraciones Económicas. d) Coordinar el procedimiento de análisis de operaciones de concentración económica notificadas para fines informativos, de acuerdo a lo establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, su Reglamento y legislación conexas; e) Conocer las operaciones de concentración económica notificadas para fines informativos, o en su defecto solicitar que la misma sea notificada de manera obligatoria, en virtud de los hechos de cada caso; [...] i) Coordinar los procedimientos de investigación sobre posibles operaciones de concentración económica no notificadas o no autorizadas, acorde a lo establecido en la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado, su Reglamento y legislación conexas (2019, p. 28-29).

Por lo tanto, conforme la Resolución N.º DS-2019-62 dictada por la propia SCPM, el órgano que tiene la competencia material para autorizar, denegar o condicionar cualquier forma de concentración económica es la CRPI conforme lo determina la LORCPM, y el RALORCPM. Hasta el año 2017, la CRPI cumplía con lo manifestado supra. Entre sus principales ejemplos son los procesos: SCPM-CRPI-2015-005, N.º SCPM-CRPI-2015-021, entre otros.

En cambio, sin que se haya modificado la LORCPM desde su publicación en el año 2011 respecto a este tema, a partir del 2017, la INCCE empezó a “tomar nota” de las notificaciones informativas lo cual contiene un vicio insubsanable de validez jurídica, ya que carece de competencia expresa, formal y material para autorizar, subordinar o denegar una concentración económica. Del mismo modo, “tomar nota” genera efectos que pueden ser perjudiciales para los administrados al querer abrir a posteriori un expediente administrativo sancionador por falta de notificación obligatoria. Esto sucede incluso en supuestos donde la propia SCPM no resuelve motivadamente las razones por las cuales el proceso no reúne los requisitos para que opere la concentración económica informativa y, de este modo, contraviene expresamente el derecho constitucional de petición.

3.2. Requisito material

El segundo argumento es el artículo 18 de la LORCPM que dicta: “La falta de notificación y la ejecución no autorizada de las operaciones previstas en el artículo anterior, serán sancionadas de conformidad con los artículos 78 y 79 de esta Ley”.

La construcción lingüística del precepto legal del artículo 18 de la LORCPM utiliza una conjunción copulativa con el disyuntivo “y”; la Gramática de la Real Academia Española define a las conjunciones copulativas como las “clase[s] de palabras invariables, generalmente átonas, cuyos elementos manifiestan relaciones de coordinación entre palabras, grupos sintácticos u oraciones” (2014). Las sanciones administrativas, de conformidad a la LORCPM, se subdividen en tres categorías: leves, graves y muy graves. Por consiguiente, la LORCPM sostiene que existen dos presupuestos de sanción administrativa cuando los elementos fácticos se subsuman en estos dos supuestos:

- a. La falta de notificación de una concentración económica.
- b. La ejecución no autorizada de dicha concentración obligatoria.

Sobre el primer punto, la LORCPM determina, de manera general, que las sanciones son pertinentes por la falta de notificación, sin diferenciar la naturaleza informativa u obligatoria de la misma notificación. Del mismo modo, el artículo 18 de la LORCPM (que se encuentra tipificado dentro de la sección 4.ª de la ley) en virtud del artículo 15, abarcan los dos tipos de notificaciones. Esta conclusión se refuerza al analizar los artículos 22 y 23 del RALORCPM sobre la notificación de concentración económica informativa. El in fine del artículo 23 dispone que “la notificación deberá ser realizada por los operadores económicos indicados en el artículo 19 de este Reglamento, según fuere el caso”.

La remisión legal establecida en el artículo 23 demuestra a la obligación de notificar, como una imposición estructural o formal del administrado, ya que el tipo del artículo 19 del RALORCPM se denomina, “Obligación de notificar”, cuando pudo decir “Obligación de notificar concentraciones obligatorias”, pero no lo hizo. La omisión de una notificación de una concentración económica o gun-jumping ha sido sancionada por la CRPI por falta de notificación (p.e. expediente N.º SCPM-CRPI-021-2021). Esto destaca que ello solo

lo puede resolver la CRPI y no la INCCE, como ocurrió en dicho caso. De este modo, la obligatoriedad de la notificación informativa —imposición estructural de informar a la Superintendencia—, no se encuentra sujeta a determinada ejecución del negocio o actuación motivo de la concentración económica por parte de los operadores económicos involucrados en la concentración económica. El artículo 78 de la LORCPM tipifica como sanción leve a la falta de notificación de una concentración —imposición estructural— conforme el plazo asignado en la LORCPM, y a falta de ella en el COA.

La antijuricidad material de la conducta anticompetitiva —afectación al mercado— se agrava cuando se ejecuta una concentración económica que atenta contra el mercado relevante y los competidores, no por una simple omisión de notificar sino de ejecutar actos luego de la concentración. Por este motivo, el precepto normativo de las infracciones muy graves del artículo 78 de la LORCPM es por la “ejecución de actos o contratos efectuados por el operador económico resultante de una operación de concentración sujeta a control, antes de haber sido notificada a la Superintendencia [...] o antes de que haya sido autorizada”. Finalmente, la prescripción de la facultad de la SCPM de sancionar por la omisión de notificación de una concentración económica —sin detallar si es informativa u obligatoria— es de cuatro años de conformidad al artículo 70 de la LORCPM. Por lo tanto, debe ser considerada dicha imposición como elemento preceptivo de la norma jurídica.

3.3. Argumento de excepcionalidad

El deber de informar a la SCPM respecto de una concentración económica permite que la Superintendencia cumpla con las atribuciones marcadas en el artículo 38 numerales de 10, 11, 19 y 28 de la LORCPM. Por lo tanto, solo la operación de concentración económica obligatoria que reúnan los requisitos del artículo 19 de la LORCPM no tienen que cumplir con el deber de notificación, ya que —en estos supuestos— no existe afectación al mercado presente o futuro⁴. El artículo 19 de la Ley de Competencia tipifica dos causales de exención para no notificar una concentración económica. A contrario sensu, al no existir mandato legal que exima a la notificación de concentración económica informativa, el operador económico tiene la discreción de notificarla. Por ello, esta diferencia legal solo tiene por objeto determinar la temporalidad de la notificación y la existencia de ejecución del acto notificado.

En consecuencia, si un operador económico comunica mediante una notificación informativa la existencia de una concentración económica basado en su derecho de petición, la SCPM, por mandato de la LORCPM, tiene la obligación formal de abrir un expediente administrativo y verificar si cumple o no con los requisitos tipificados en la sección cuarta de la ley. En otras palabras, si la Superintendencia admite a trámite una notificación de carácter informativo debe ser sustanciado por la INICCE y resuelto por la CRPI. Además, en el caso de que exista una operación de concentración económica informativa que debió ser obligatoria, la propia CRPI, al recibir el expediente de la INCCE de oficio o a petición de la Intendencia, debe analizar y abrir un procedimiento administrativo sancionador al operador involucrado dentro de los términos propuestos por el ordenamiento jurídico nacional.

Además, sobre la importancia de la notificación de concentración económica, la última frase del tercer párrafo del artículo 16 de la LORCPM determina algo atípico: “Los actos [de

⁴ LORCPM. Artículo 19.- Operaciones Exentas.- Se encuentran exentas de la notificación obligatoria prevista en el artículo 16 las siguientes operaciones:

- a) Las adquisiciones de acciones sin derecho a voto, o de bonos, obligaciones o cualquier título convertible en acciones sin derecho a voto.
- b) Adquisiciones de empresas o de operadores económicos liquidados o aquellos que no hayan registrado actividad en el país en los últimos tres años.

concentración económica] sólo producirán efectos entre las partes o en relación a terceros una vez cumplidas las previsiones de los artículos 21 o 23 de la presente Ley, según corresponda”.

En otras palabras, una concentración económica, mientras no es aprobada, subordinada o negada por la CRPI no tiene efectos frente a terceros, o aplica el silencio administrativo positivo de forma automática; ello por las graves consecuencias que podría significar al adquirente notificante el retraso de la resolución por parte de la Superintendencia. De forma atroz, en contradicción del principio de celeridad en la actuación administrativa, la confianza legítima, la seguridad jurídica y el debido proceso, el nuevo criterio de la INCCE sobre las notificaciones de carácter informativo es confundir y creer que “tomar nota” equivale a aprobar una concentración cuando esta figura es inexistente en la LORCPM y una resolución (Resolución DS-2019-62) en esta materia es potestad privativa de la Comisión. Peor aún, después de tres años de una notificación de concentración económica informativa, la INCCE, alegando que esta debió ser obligatoria, ha iniciado un expediente administrativo sancionador por supuesto gun-jumping cuando ya fue aprobada por el silencio administrativo positivo tipificado en el artículo 23 de la LORCPM.

4. Interés legítimo y plazo para plantear el silencio administrativo positivo

El silencio administrativo es una institución del derecho administrativo que parte de una presunción legal. Aquel efecto que la “ley otorga a la ausencia de la voluntad administrativa: positiva o negativa. Dicha presunción se vuelve en un imperativo necesario, dado que, de no existir pronunciamiento, la Administración Pública podría escapar al control judicial de sus actuaciones con su inactividad (Zumárraga, 2016. p. 1)”. Por consiguiente, el silencio administrativo positivo se funda en el “derecho de petición, el derecho de respuesta, la obligación por parte de las administraciones públicas de emitir respuestas oportunas y motivadas y, finalmente, una consecuencia jurídica a la omisión de la obligación de resolver en el término perentorio concedido” (Alvarado, 2021, p. 17).

La configuración del silencio administrativo positivo se encuentra anclado a la capacidad jurídica o legitimación activa del peticionario de la solicitud —notificante de la concentración económica— (artículo 19 del RALORCPM). El mandamiento de ejecución del acto administrativo a cargo de la CRPI resuelve si la notificación se aprueba, condiciona o niega, en el plazo máximo tipificado en la ley. El requisito material responde al plazo, entendido como transcurso de tiempo, que tiene la Administración —en este caso la SCPM— para responder las peticiones, solicitudes, autorizaciones o reclamos realizados por el administrado, en el caso concreto la petición de notificación de una concentración económica.

Lo ambiguo y problemático en la notificación de concentración económica informativa, respecto del requisito material de temporalidad, es su carácter *sui generis*, ya que no se encuentra tipificado su plazo en la LORCPM; que sí está tipificado para la notificación obligatoria conforme los artículos 21 y 23 de la LORCPM. El artículo 21 de la LORCPM dispone que término para decidir es de días calendario prorrogable por el mismo término por una sola vez. Mientras que el artículo 23 establece, textualmente, el efecto positivo del silencio administrativo positivo en los supuestos que no se conteste motivadamente dentro del término.

Entonces, ¿podría la Superintendencia decidir que una operación de concentración económica no tiene plazo para resolver? o ¿Qué puede investigar un caso de gun-jumping después de haber decurrido el plazo del artículo 21 de la LORCPM? Sería erróneo afirmar que exista un vacío normativo o una oscuridad en la LORCPM sobre el término para resolver una notificación de concentración económica informativa, en vista de que el artículo 18 del Código Civil ecuatoriano prohíbe cualquier oscuridad o vacío normativo y obliga a las

entidades resolutorias (jueces o entes administrativos) a que resuelvan motivadamente, a través de la analogía, en los supuestos problemáticos que versen sobre el mismo punto. En consecuencia, una interpretación analógica del plazo para resolver una notificación económica informativa, a simple vista, sería aplicar el mismo plazo de la notificación obligatoria de hasta 120 días término de conformidad a los artículos 21 y 23 de la LORCPM.

En cambio, la segunda opción es sobreponer el Código Orgánico Administrativo (COA) como norma subsidiaria conforme la Disposición General Primera de la LORCPM. De este modo, el término propuesto es de treinta días término conforme el artículo 207 y siguientes de este cuerpo normativo. Por esta divergencia de la norma, a continuación, se analizan estas dos posibilidades.

4.1. Aplicación analógica del término propuesto en la LORCPM referente a la ejecución de la operación de concentración económica informativa

Como bien se estableció supra, la normativa ecuatoriana no permite la existencia de vacíos. Por ende, una posibilidad para resolver la oscuridad sería la aplicación analógica del término ordenado en la LORCPM. Es decir sesenta más sesenta días, un total ciento veinte días término según su artículo 21.

Esta posibilidad tiene fundamento en la LORCPM y en la posible complejidad del análisis de las operaciones de concentraciones económicas. La exclusión del artículo 23 de la Ley Antitrust —como se analizó—, solo establece el término propuesto para la ejecución sin autorización de la concentración económica. No obstante, esta postura violentaría el principio de legalidad, ya que si el legislador hubiere deseado el término de ciento veinte días para la notificación de concentración económica informativa, así lo hubiere hecho o aclarado en 11 años de vigencia de la LORCPM. Además, el silencio administrativo positivo es una institución de orden público que tiene que cumplir con el requisito de juridicidad establecido en el artículo 14 del COA.

4.2. Aplicación del COA como norma subsidiaria de la LORCPM

La aplicación del COA constituye la vía más adecuada para solventar el vacío normativo existente para el término de resolución por parte del órgano resolutorio CRPI en la notificación de la concentración económica informativa. Como se estudió, la LORCPM solo preceptúa el plazo del silencio administrativo positivo en la notificación obligatoria. No obstante, si la misma LORCPM no regula los supuestos de silencio administrativo positivo en las notificaciones informativas, se debe ajustar la interpretación recurriendo al espíritu de la misma ley. El espíritu oscuro de la ley podrá, basados en el artículo 18 del Código Civil, “ser ilustrados por medio de otras leyes, particularmente si versan sobre el mismo asunto”. El COA, a partir del artículo 207 y siguientes, regula el silencio administrativo positivo, por lo que es factible que este Código ilustre a la administración pública como al administrado en este vacío normativo.

Del mismo modo, la determinación de que el COA es aplicable no solo se fundamenta en la norma del Código Civil, sino que se encuentra reconocida por la misma LORCPM que regla en su Disposición General Primera: “En lo no previsto en esta Ley se estará a lo dispuesto en el Código de Procedimiento Civil, Código de Procedimiento Penal, Código de Comercio, Código Civil, Código Penal, Ley Orgánica de Servicio Público y las demás leyes y regulaciones aplicables”.

En virtud del margen temporal de la publicación de la LORCPM (2011) y el COA, publicada en el registro oficial en el año 2017, no es posible de manera fáctica que la LORCPM, al ser una norma anterior, determine dentro de sus disposiciones generales la supletoriedad

del COA. No obstante, esta vicisitud no impide la formulación del argumento que sostiene la aplicabilidad del COA en los supuestos analizados. A partir de la derogación del Código de Procedimiento Civil y posterior publicación del Código Orgánico General de Procesos (en adelante COGEP), la norma supletoria de la LORCPM es el COGEP. La disposición reformativa primera del COGEP dice que “en todas las disposiciones legales o reglamentarias vigentes, sustitúyase en lo que diga, “Código de Procedimiento Civil”; “Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa” y “Ley de Casación”, por “Código Orgánico General de Procesos”. En virtud de la posible existencia de confusiones y ambigüedades sobre la aplicabilidad el COA como norma supletoria de la LORCM, el Procurador General del Estado emitió un pronunciamiento vinculante contenido en el Oficio N.º 06578 de 11 de noviembre de 2019 que dice,

Por lo expuesto, [...] se concluye que, de conformidad con lo dispuesto en los Artículos 39 del CC y 3, numeral 1 de la LOGJCC, el COA no ha derogado, ni expresa ni tácitamente, las disposiciones previstas en la LORCPM concernientes al procedimiento sancionador especial y los recursos administrativos. En tal virtud, respecto de la segunda consulta se concluye que las condiciones, términos y plazos, causales y características del procedimiento sancionador especial establecido por la LORCPM se encuentran vigentes. Finalmente, de conformidad con la Disposición Transitoria Novena del COA, corresponde a la Asamblea Nacional la armonización y adecuación del ordenamiento jurídico, a fin de que la LORCPM sea compatible con las disposiciones contenidas en el COA. El presente pronunciamiento se limita a la inteligencia y aplicación general de normas jurídicas, siendo responsabilidad exclusiva de la entidad consultante su aplicación a casos particulares (2019, p 10).

Este pronunciamiento del Procurador se refiere a los términos y plazos del procedimiento administrativo sancionador, lo que no excluye la aplicación del COA que derogó la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. En conclusión, conforme el artículo 18 numeral 4 del Código Civil, el criterio del Procurador General del Estado, el COA y la Disposición General Primera, el término para la configuración material del requisito del acto administrativo, es decir, la resolución motivada sobre la petición del administrado a través de la notificación de concentración económica informativa, tiene que aplicarse lo establecido en el artículo 207 del COA de treinta días término.

5. La notificación de concentración económica informativa. Un acto administrativo presunto que goza de regularidad

El último requisito para que opere el silencio administrativo positivo requiere verificar la naturaleza jurídica de la notificación de concentración económica informativa y si es un acto administrativo presunto. Los requisitos sustanciales del acto administrativo se resumen en la regularidad del acto administrativo y las razones de extinción del acto administrativo presunto.

5.1 Sobre la regularidad y extinción del acto administrativo presunto

Conforme lo comentado, el silencio administrativo positivo en Ecuador da lugar a un acto administrativo presunto. La ex Corte Suprema de Justicia, mediante Resolución 414-07, fijó los parámetros del requisito material para que opere el silencio administrativo. La Corte determinó que es necesario que el acto presunto sea un acto regular que goza de la protección legal; estableciendo que un acto regular es aquel contra el cual no se puede sostener alguna causa de nulidad: “Por ejemplo, no son regulares, los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo que se entenderían expedidos por autoridad incompetente

o aquellos cuyo contenido se encuentre expresamente prohibido en la ley o que establezcan condiciones para su revocación”.

Sobre este punto, el profesor argentino Marienhoff expone que “la perfección del acto viene dada por la legitimidad (que engloba a los requisitos de validez) más la eficacia del acto” (1983, p. 485). Por este motivo, Marienhoff concluye que existen casos en que este acto administrativo no siendo perfecto, es decir, faltándole un requisito de validez, la “Administración Pública no puede extinguirlo en su propia sede” (1983, p. 485). En este supuesto, como bien lo expone el profesor Aguilar, la única forma de revocar el acto es mediante la acción de lesividad, la cual constituye una excepción al principio de autotutela administrativa. En sus palabras, “lo que se pretende, simplemente, es dejar en claro que la estabilidad, y no la revocabilidad, es la característica que debe considerarse como propia del acto administrativo” (2019, p. 232). Por lo tanto, el silencio administrativo positivo como un acto administrativo en una notificación de concentración económica es la presunción de estabilidad, el cual a través del tiempo, causa estado y brinda seguridad jurídica de conformidad al artículo 82 de la Constitución Política.

La Segunda Sala del Tribunal Contencioso Administrativo, en el juicio 3090, resolvió que “el órgano administrativo autor del acto, por regla general no se haya autorizado para revocarlo, sobre todo cuando el acto revocatorio conlleva perjuicio o lesiona derechos de terceros” (Rosa León Ambi y Elsa Flor Mora Vs Ministerio de Bienestar Social, 6 de abril de 1989). El mismo criterio fue sostenido por el entonces Tribunal Constitucional (Resolución 0975-2007 Registro Oficial, edición especial 50, de 30 de abril de 2008). En otras palabras, el “requisito sustantivo para que prospere la ejecución del silencio administrativo positivo, es que el acto administrativo presunto sea un acto administrativo regular, es decir, de aquellos que la Administración Pública no puede revocar en su propia sede y sin condiciones” (Moreta, 2020, p. 75).

Finalmente, si la notificación de concentración económica informativa no sería un acto administrativo presunto o regular, al existir un error de apreciación sobre la obligatoriedad de resolverla, no enerva la presunción de ejecutoriedad y legitimidad el acto administrativo presunto en virtud de la garantía constitucional de la seguridad jurídica. Sobre este punto, la jurisprudencia nacional se ha pronunciado al manifestar que inclusive opera el silencio administrativo positivo cuando exista alguna nulidad en la petición realizada. La Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia ecuatoriana sostuvo que

podría ocurrir, conforme alega la entidad edilicia, que una aprobación en tal sentido sería contraria a las normas legales y reglamentarias por no reunir el solicitante las condiciones exigidas en la ley y reglamento; más tal circunstancia no vicia de nulidad una resolución en la que se hubiere aceptado la petición, sino de ilegalidad, que bien pudo evitarse, dando oportuna contestación al pedimento, al negarlo por tal razón, o recurriendo a un recurso de lesividad, en caso de haberse concedido; para que tal concesión declarada ilegal no surta efecto. Lo anterior nos lleva a la conclusión de que el silencio administrativo en el caso originó la aprobación de lo solicitado por el accionante (Resolución N°183-06, 2007, p. 21, párrafo 6).

Además, la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia del Ecuador, Resolución 414-07, sentencia de 02 de octubre de 2007 de la Gaceta Judicial, concluyó que la falta de cumplimiento del acto administrativo presunto “no conlleva su extinción, pues aquello confunde la validez con la eficacia” (2007, p. 2034). Sobre este punto, la doctrina especializada sobre la materia afirma que

estas dos categorías se encuentran separadas en el COA, pues en la validez estamos frente a la legitimidad y, en la eficacia frente a la ejecutoriedad) Por lo que si la Administración conoce que dicho acto administrativo presunto es irregular, debe proceder a declarar su nulidad mediante la potestad de revisión de oficio conforme lo dispone el tercer inciso del artículo 209 del COA; o, si fuera regular pero no es conveniente cumplirlo, revocarlo a través de la acción de lesividad, todo lo cual evidentemente, siempre que el administrado no hubiera solicitado previamente la ejecución judicial del silencio administrativo, pues habrá perdido competencia y, así lo han reiterado las sentencias en el Ecuador (Moreta, 2020, p. 163).

Ello demuestra que la notificación de concentración informativa, al ser un ejercicio concreto del derecho de petición, es a un acto administrativo presunto, revestido de la característica de regularidad. Por ello, la SCPM no puede abrir un expediente de oficio sobre los mismos hechos alegados en la notificación informativa posterior al vencimiento del término para que opere el silencio. En este caso, el acto administrativo de la notificación informativa de la concentración económica, que se origina a través de la falta de atención o probidad por parte de la SCPM al no resolver la Comisión dentro del término legal analizado, no puede ser desconocido a posteriori por ella. Caso contrario, dicha actuación arbitraria viola el principio general *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* (nadie puede beneficiarse de su propio incumplimiento). Además, como bien lo manifiesta la doctrina, no es posible que la SCPM desconozca un acto administrativo de manera arbitraria cuando la SCPM no resolvió de forma motivada y dentro de los términos legales. Como bien lo afirma Moreta, la institución pública “ya perdió competencia, y dicho acto presunto solo puede ser retirado del mundo jurídico por una de las causales de extinción señaladas el artículo 103 del COA” (2020, p. 27).

Por ende, se concluye que la notificación de concentración económica informativa es un acto administrativo pleno, que goza de regularidad y que puede ser factible de configuración del silencio administrativo positivo.

6. Conclusiones

La institución del silencio administrativo positivo en la legislación ecuatoriana nació con la Ley de Modernización del Estado de 1993, que generó un cambio sustancial en las consecuencias jurídicas derivadas del ejercicio del derecho constitucional de petición. Hoy en día, el silencio administrativo positivo es aplicable en cualquier solicitud basada en el derecho de petición, siempre que se cumplan cuatro requisitos esenciales para su configuración: naturaleza jurídica, interés legítimo, vencimiento del término para resolver y acto administrativo regular; a menos que de forma expresa una norma de rango legal la declare silencio administrativo negativo.

La LORCPM de 2011 innovó al crear la notificación de concentración económica, en vista de que la Decisión 608 de la Comunidad Andina de 2005 no regula esta figura. En referencia a la aplicación y plazo del silencio administrativo positivo de la notificación de concentración económica obligatoria, la LORCPM es clara y específica que la CRPI tiene la obligación de conocer y resolverla en el plazo legal tipificado de hasta 120 días término desde su presentación.

En cambio, la aplicación y plazo del silencio administrativo positivo de la notificación de concentración económica informativa requiere de un esfuerzo interpretativo. Este documento demuestra que la notificación informativa posee los requisitos de un acto administrativo regular, razón por la cual solo la CRPI posee la obligación de resolverla de forma

motivada en el plazo legal tipificado en el Artículo 207 del Código Orgánica Administrativo de treinta días término o si se beneficia el plazo a la SCPM es de hasta 120 días término al igual que la notificación obligatoria, de no hacerlo, es aplicable el silencio administrativo positivo. El no resolver motivadamente la notificación de carácter informativa en este plazo causa indefensión e inseguridad jurídica en el administrado notificante lo cual es inconstitucional.

Referencias bibliográficas

- Alvarado Verdezoto, J. F., Pérez Andrade, M. L. (2021). Ejecución del acto presunto por silencio administrativo según la legislación y la jurisprudencia ecuatoriana. *Revista Sociedad & Tecnología*, 4(S1), 13-28.
- Aguilar, JP. (2019). *Estudios Sobre el Código Orgánico Administrativo, Nulidad y Revocatoria de los Actos Administrativos*. Quito: Editorial Cevallos.
- Dromi, R. (1992). *Derecho Administrativo Tomo 1*. Buenos Aires: Editorial Astrea.
- Goldfarb, Mauricio. (2020). Silencio de la administración en los derechos uruguayo y argentino. *Revista de la Facultad de Derecho*, (49), e119. Epub 01 de noviembre de 2020. <https://doi.org/10.22187/rfd2020n49a19>.
- Guinard-Hernández, D. (2017). La 'regulación económica' como instrumento de dirección estatal de la economía. *Revista Digital De Derecho Administrativo*, (18), 177-224. <https://doi.org/10.18601/21452946.n18.09>
- Marienhoff, S (1983). *Tratado de Derecho Administrativo, Tomo II*. Abeledo Perrot, Tercera Edición.
- Moreta, A. (2020). *Silencio Administrativo en el COA*. Ediciones Legalité.
- Zumárraga, C. (2016). TOVAR ZVS SPINGARN. Noticias y publicaciones: Silencio Administrativo en el COA. Recursos naturales, energía e infraestructura. Obtenido de <https://www.tzvs.ec/noticiasdestacadas/silencio-administrativo-coa-2>.

Legislación

- Código Civil, Codificación. publicado en el Registro Oficial Suplemento 46 de 24 de junio de 2005.
- Código Orgánico Administrativo publicado en el Suplemento del Registro Oficial N°31 de 7 de julio de 2017.
- Código Orgánico General de Procesos, publicado en el Registro Oficial Suplemento 506 de 22 de mayo de 2015.
- Ley de Modernización del Estado publicada en el Registro Oficial 349 de 31 de diciembre de 1993.
- Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado publicada en el Registro Oficial N.º Registro Oficial Suplemento 555 de 13 de octubre de 2011.
- Ley para la Promoción de la Inversión y Participación Ciudadana, publicada en el Registro Oficial N° 144 de 18 de agosto de 2000.
- Procuraduría General del Estado. OF. PGE N.º , 11-11-2019. Consulta solicitada por la SCPM al Procurador General del Estado.
- Reglamento de la Ley Orgánica de Regulación y Control del Poder de Mercado publicado en el Registro Oficial 697 de 07-may.-2012.
- Resolución N.º SCPM-DS-012-2017 publicado en el Registro Oficial Edición Especial 998 de 07 de abril de 2017.

Resolución N.º DS-2019-62 de 25 de noviembre de 2022.

SCPM. Análisis de Concentraciones Económicas y Concentración Estructural en el Ecuador. Loja. 2016.

Sentencias

Corte Constitucional. Sentencia N.º 012-12-SIS-CC. de 03 de abril del 2012.

Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, sentencia de 02 de octubre de 2007, Resolución N.º 414-07, publicada en la Gaceta Judicial, Serie XVIII, número 5, año 2007-2008.

Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia, Resolución N.º 195-99, publicada en la Gaceta Judicial, Serie XVI N.º 15 de mayo-agosto de 1999, p. 4210, Otatti Cordero Vs. Municipio de Azogues.

Sala de lo Contencioso Administrativo de la Corte Nacional de Justicia del Ecuador, sentencia de 29 de agosto de 2012, Resolución N.º 252-2012 publicada en la Edición Jurídica N.º 36 del Registro Oficial de 5 de mayo de 2016.

Segunda Sala del Tribunal de lo Contencioso Administrativo, juicio 3090, Rosa León Ambi y Elsa Flor Mora versus Ministerio de Bienestar Social, 6 de abril de 1989, Boletín Oficial del Tribunal de lo Contencioso Administrativo.

SCPM. Precedentes Administrativos.

Expediente Administrativo N.º SCPM-CRPI-2015-005.

Expediente Administrativo N.º SCPM-CRPI-2015-021.

Expediente Administrativo SCPM-CRPI-2015-025.

Expediente Administrativo SCPM-CRPI-2015-070.

Expediente Administrativo N.º SCPM-CRPI-2015-074.

Expediente Administrativo N.º SCPM-CRPI-2015-078.

Expediente Administrativo SCPM-CRPI-021-2021.

Iuris Dictio

Entrevistas

Nº. 3 I, JUN. 2023

E-ISSN 2528-7834

Entrevistas.

ENTREVISTA A PAUL HANDAL¹
LOS EFECTOS DE LA INTELIGENCIA ARTIFICIAL EN EL EJERCICIO JURÍDICO
Interview with Paul Handal
The Effects of Artificial Intelligence on the Legal Practice

MIGUEL A VILLEGAS PÉREZ²

Universidad San Francisco de Quito, USFQ Legal Lab, Quito, Ecuador

Resumen

En esta entrevista, Paul Handal, abogado especializado en Legaltech, analiza, desde su experiencia, los efectos y posibilidades de la inteligencia artificial en el ejercicio jurídico. Para ello, investiga cómo esta tecnología ofrece grandes beneficios: procesamiento de grandes cantidades de información en cuestión de segundos, ahorro de tiempo y esfuerzo en la práctica jurídica, eficiencia y precisión, cercanía para los nuevos abogados. Sin embargo, Handal también señala cómo la implementación de la inteligencia artificial en el mundo jurídico tiene sus retos. En particular, las discusiones sobre sus limitaciones técnicas y económicas, la privacidad, la seguridad de los datos y los efectos en la toma de decisiones legales. Esta entrevista busca llamar a la reflexión sobre por qué la inteligencia artificial es una herramienta poderosa que puede ser una gran ventaja para el sistema legal desde consideraciones éticas y pragmáticas.

Palabras clave

Legaltech, Inteligencia Artificial, Blockchain, Automatización, Transformación digital.

Summary

In this interview, Paul Handal a lawyer specialized in Legaltech, analyzes the effects of artificial intelligence on legal practice. From his experience in the design, development, and implementation of new ways of providing legal services that integrate human talent, processes, data, and technology, Paul discusses the possibilities of the application of artificial intelligence in the legal world. In addition, he analyzes how this technology offers great benefits, especially in terms of efficiency and precision, but also Paul examines its challenges. He also explains how artificial intelligence can process large amounts of information in a matter of seconds, which can save a lot of time and effort in legal practice. However, Paul also points out how the implementation of artificial intelligence in the legal world has its challenges. In

¹ Paul Handal es abogado socio de legaltech de ECIIA, es especialista en el diseño, desarrollo e implementación de nuevas formas de prestar servicios jurídicos que integren talento humano, procesos, datos y tecnología. En 2020 fundó Revamp Law, una empresa de consultoría de implementación de tecnología y operaciones para departamentos jurídicos en la región de América Latina y España. Su práctica se centra en soluciones tecnológicas de CLM, facturación electrónica, gestión de asuntos jurídicos, automatización del razonamiento jurídico, análisis de contratos y documentos legales mediante inteligencia artificial. Es licenciado en Derecho por la Universidad de Navarra y Máster en Legal Tech por el IE Law School. Paul tiene estudios en Tecnología y Operaciones Jurídicas en la Bucerius Law School, Hamburgo, Alemania, y cuenta con varias acreditaciones profesionales en innovación e inteligencia artificial. Con más de 15 años de experiencia en la abogacía y una amplia trayectoria internacional, Paul Handal ha sido reconocido durante varios años consecutivos por Chambers & Partners y Who's Who Legal (WWL) como abogado destacado en derecho corporativo, de la competencia y fiscal. Paul, además, es profesor de Tecnología Jurídica en IE Law School y también codirector del Legal Tech Lab de la Universidad de Valencia.

² Abogado por la Universidad San Francisco de Quito. Socio en Equity Corporate Law, Director del área de Legaltech y fundador de USFQ Legal Lab. Correo electrónico: mvillegas1@protonmail.com.



particular, discussions about privacy, data security, and how artificial intelligence could affect legal decision-making. Finally, He identifies the reasons why artificial intelligence is a powerful tool that can be a great advantage for lawyers and the legal system in general, as long as it is implemented with caution and ethics.

Keywords

Legaltech, Artificial Intelligence, Blockchain, Automation, Digital Transformation.

Miguel Villegas Pérez (M.V.P.) En su amplia trayectoria como especialista en diseño, desarrollo e implementación de nuevas formas de proporcionar servicios legales que integren el talento humano, los procesos, los datos y la tecnología ¿cómo definiría la palabra Legaltech y cuáles son sus implicaciones.

Paul Handal (P.H.) Legaltech es un término que cuando empezó a utilizarse, presentaba algunas confusiones en cuanto a sus alcances, puesto que se ligaba a los aspectos legales que derivan del uso de ciertas tecnologías, principalmente, de nuevas tecnologías como blockchain e inteligencia artificial. Sin embargo, el concepto como tal hace referencia únicamente a la tecnología en el uso del ejercicio de la profesión. Así como existen términos como Fintech e Insurtech, Legaltech hace referencia al impacto de las nuevas tecnologías en el desarrollo de la profesión jurídica.

En inglés existen dos términos que ayudan a entender mejor este concepto: *Law for Tech* y *Tech for law*. El primero está ligado a las implicaciones legales y jurídicas de la tecnología, y el segundo es lo que puede hacer la tecnología en el ejercicio de la profesión. Dicho esto, *Legaltech* representa este segundo caso.

El *Legaltech*, actualmente, está modificando la forma en que los abogados trabajamos en cuanto a la forma en que gestionamos un volumen alto de asuntos legales, contratos u otro tipo de documentos jurídicos. Así, el *Legaltech* está teniendo un impacto a pesar de que los abogados hemos sido históricamente reuentes a utilizar tecnología, pues nuestra profesión ha sido la que menos ha recibido impacto de las tecnologías en comparación de las otras profesiones. Sin embargo, los abogados jóvenes y estudiantes de derecho que están en la universidad van a ser testigos del mayor cambio y transformación de la profesión jurídica en la historia. Cada generación va presenciando cambios, pero el que viene ahora va a tener la ventaja, el honor y la dicha de ver mucha transformación digital que otorgará muchas oportunidades.

(M.V.P.) En su opinión, ¿cómo cree que la inteligencia artificial afectará a los abogados y a la práctica del derecho en general?

(P.H.) Al hablar de Legaltech es importante tener ciertas delimitaciones claras pues este concepto no es siempre sinónimo de inteligencia artificial o blockchain, sino que incluye herramientas tecnológicas que no necesariamente deben ser tan complejas. De hecho, ya contamos con algunos ejemplos de Legaltech en la actualidad: un sistema de gestión de contratos; la digitalización en el ingreso de solicitudes ante la administración pública; la automatización de procesos para el impulso de oficio de todos estos trámites administrativos; un sistema para gestión de asuntos legales o el poder presentar una demanda ante los tribunales de forma telemática, por mencionar algunos. Todos de estos ejemplos están transformando la práctica del derecho, principalmente, automatizando procesos, documentos y dotando a los abogados de KPI, métricas y otros indicadores de desempeño con los que antes no se contaba.

Esta implementación de herramientas tecnológicas, para hacer todo de forma telemática y automatizada, seguiría operando dentro de un sistema jurídico que no variaría su forma de trabajar. Sin embargo, los resultados serían mucho más eficaces, eficientes y digitalizados.

Dicho lo anterior, hay que resaltar que la inteligencia artificial, por el componente tecnológico que tiene, es capaz de transformar radicalmente una industria, y no solamente hacerla más eficiente. No obstante, existe una barrera natural de la inteligencia artificial en el mundo jurídico y es el simple hecho de que las computadoras pueden procesar con números, pero no tan fácilmente con palabras. Más aun, el mundo jurídico se encuentra repleto de conceptos abiertos a múltiples interpretaciones, así como de construcciones legislativas que emplean una muy compleja estructura sintáctica, lo que dificulta aún más su procesamiento por la inteligencia artificial. Esta barrera natural ha impedido que esta tecnología impacte el mundo jurídico como lo ha hecho respecto de otras industrias.

En los últimos años hemos presenciado muchos avances en técnicas de inteligencia artificial para el procesamiento de lenguaje natural. Sin embargo, pasar de letras a números y no ser capaces de entender los conceptos hace que se pierda precisión.

Por lo tanto, y hasta el momento, un sistema de inteligencia artificial no es capaz de entender los conceptos y las reglas que están detrás de un sistema jurídico. Únicamente, y por momentos, se pueden reconocer cierto tipo de patrones del lenguaje utilizado para así poder extraer determinado tipo de información y clasificar documentos, pero jamás entender claramente de lo que se está hablando.

Considero que esta es una limitante muy importante que todavía existe, a pesar de la aparición de tecnologías tan nuevas como *ChatGPT* que, en definitiva, no deja de ser un modelo de lenguaje. En conclusión, el limitante de la inteligencia artificial en la industria legal es que no logre captar o entender las reglas aplicables al mundo jurídico y, por tanto, un impedimento que todavía existe para poder llegar a niveles de automatización más allá de simples tareas.

(M.V.P.) En sus últimas publicaciones como el “Hype Cycle” de Legal Today menciona que existe el peligro de sobredimensionar los beneficios de cierto tipo de herramientas tecnológicas, ¿considera que la inteligencia artificial puede entrar dentro de este espectro?

(P.H.) Yo creo que sí. Últimamente se ha hablado de la inteligencia artificial desde una perspectiva muy futurista y comercial sin tener en cuenta sus inconvenientes. Estos modelos tienen mucho poder, pero, asimismo, muchas limitaciones, tanto técnicas como económicas. En lo referente a lo técnico, como mencioné, no existe todavía un algoritmo o un modelo que logre extraer de un texto jurídico las reglas por lo que la “comprensión” se queda por encima del texto. En cuanto a las limitaciones económicas cabe señalar que no es barato desarrollar un modelo de inteligencia artificial. Ambas limitantes se vuelven determinantes en la implementación de estas tecnologías al mundo jurídico.

Por otro lado, existe un término que se llama *Black box* y que señala que la inteligencia artificial basada en datos aplica algoritmos tan complejos que pueden producir una respuesta que incluso puede ser correcta, pero en la cual no se puede saber cómo el modelo llegó a la misma. Es decir, no se puede auditar. En la mayoría de los algoritmos que tienen un buen desempeño existen *black boxes*, en el sentido que quien está creando el modelo no logra determinar cómo y por qué ese modelo llegó a esa respuesta. Son algoritmos demasiado complejos y esta es un limitante en el mundo legal porque se necesita de esa explicación de la respuesta.

Cuando se efectúa una respuesta jurídica generada por estos sistemas, por ejemplo, determinar si una persona está en posición de poder demandar o no a otra, no sólo basta con

dar una respuesta (aunque termine siendo correcta) sino que, en el mundo legal, toda respuesta debe ir acompañada de una justificación del porqué. Un modelo de inteligencia artificial entrenado con base en muchos datos no podría darle al usuario una explicación entendible en términos legales del porqué ha brindado una respuesta o la otra. Los usuarios en el mundo jurídico necesitan saber el porqué de las cosas.

(M.V.P.) En su amplia experiencia como socio de tecnología legal, ¿considera que la inteligencia artificial puede ayudar a los abogados a ser más eficientes?

(P.H.) Existen tareas legales complejas, como definir la estrategia de una demanda, y otras menos complejas, como buscar cierta información en contratos. La inteligencia artificial, como tecnología, podría encargarse de automatizar esas tareas menos complejas para librar al abogado de ellas, y que estos puedan dedicar más tiempo a lo que realmente requiere su intervención. Lo cierto es que los abogados hacemos muchas cosas durante el día que no agregan valor (buscar un correo, preparar un reporte, consolidar los cambios a contratos objeto de negociación, preparar documentos repetitivos, etc.). Con herramientas *Legaltech* menos sofisticadas, podemos automatizar aquellas tareas más mecánicas. Con herramientas *Legaltech* que incluyen tecnología de inteligencia artificial podríamos llegar a automatizar tareas no solo mecánicas, sino que impliquen algún grado moderado cognitivo.

A modo de ejemplo, existe un ahorro significativo de tiempo en la generación o revisión de contratos u otros documentos legales. Preparar un contrato de forma manual de una longitud media podría requerir alrededor 3 horas. Hacerlo de forma automatizada podría solamente requerir 30 minutos. Si firmamos 500 contratos de estos al año, el ahorro de tiempo es bastante significativo (más de 1200 horas). Hoy en día existen asesorías jurídicas que no solamente automatizan contratos, sino que también actas societarias, poderes, notificaciones, escritos administrativos y judiciales, auditorías, reportes, entre otras cosas. Con la automatización de estas tareas menos complejas se va ahorrando tiempo entre una tarea y otra que, finalmente, permite al abogado llegar a su oficina y dedicarse directamente a lo importante.

Yo creo que la eficiencia es la meta principal o el enfoque correcto que se debe tener por el momento respecto a la inteligencia artificial y no el reemplazo del abogado como hay veces se plantea en conversaciones poco aterrizadas a la realidad actual. En un plano teórico, alguien quiere automatizar el análisis y la preparación de tareas complejas, llegará un día en que se puedan hacer. Pero hoy por hoy, el enfoque correcto para sacarle el máximo provecho a la inteligencia artificial es atacar esas tareas de alto volumen y baja o mediana complejidad.

(M.V.P.) Actualmente, en varios ordenamientos, se utilizan sistemas que aplican la inteligencia artificial en materia legal. Por ejemplo, en Estados Unidos, el sistema compas para el procesamiento criminal o en España un sistema para la decisión de casos judiciales menores. En su opinión, ¿considera que la inteligencia artificial podría cambiar la forma en que los jueces toman decisiones en casos legales?

(P.H.) Creo que la inteligencia artificial podría servir como una herramienta de guía para el juez. La sociedad hoy en día todavía no está lista para permitir que un algoritmo tome una decisión judicial y determine un derecho o la restricción de ese derecho de una persona, por ejemplo, su libertad.

Se ha demostrado muchas veces que la inteligencia artificial puede tener mejor desempeño que los jueces humanos en ciertos casos. Sin embargo, esto plantea muchas cuestiones éticas y también culturales. Personalmente, creo que todavía no estamos listos para ese

escenario. Considero que sí que llegará el momento en donde se determinen más cosas por la inteligencia artificial de forma automatizada. Y en ese momento habrá que pensar y debatir en torno a una cuestión: ¿hasta qué punto puede una inteligencia artificial sustituir a una persona?

En principio se tendería a pensar que los resultados se tienen que garantizar al ciento por ciento para responder a esta cuestión. Sin embargo, los jueces actualmente no están dando resultados al ciento por ciento e igualmente comenten errores. Mientras un modelo tome decisiones, igual o un poco mejor que los jueces, ya deberíamos empezar a cambiar de pensamiento. Por ejemplo, si un vehículo autónomo causa un accidente fatal a una persona las consecuencias serían enormes. Pero si se sustituyese a todas las personas conduciendo por un tipo de conducción autónoma, seguramente la tasa de accidentes sería mucho menor que la que tenemos hoy. Lo que sucede es que estamos acostumbrados a permitir que un humano cometa una imprudencia, pero no a que sea una máquina la que se equivoque. Sucede mismo con reemplazar a jueces en la toma de decisiones. Creo que no estamos listos todavía y actualmente la inteligencia artificial debería servir únicamente como un sistema de apoyo a los jueces.

(M.V.P.) En Ecuador, la regulación del uso de la inteligencia artificial todavía se encuentra en proceso, por no decir que es prácticamente inexistente. Solo existen ciertas menciones, como la nueva Ley Orgánica de Protección de Datos Personales, que en el artículo 20 reconoce el derecho a no ser objeto de decisiones basadas única o parcialmente en valoraciones automatizadas. En su amplia trayectoria y experiencia en España, ¿considera que la inteligencia artificial podría ser utilizada para mejorar la accesibilidad de la justicia para las personas en países de vías de desarrollo?

(P.H.) Sí. Pero, repito, no hace falta inteligencia artificial para mejorar la accesibilidad de la justicia. Esto puede lograrse en gran medida con herramientas *Legaltech* más simples. Por ejemplo, permitir a los usuarios que ingresen escritos de forma telemática, sin necesidad de desplazarse físicamente al tribunal respectivo tendría un impacto positivo en la accesibilidad de la justicia, y no requiere de inteligencia artificial.

En cuanto a la inteligencia artificial en concreto, esta puede ser utilizada para automatizar cierto tipo de tareas accesorias a la administración de justicia (y no para impartir justicia directamente). Si se puede reducir el tiempo que toma a un juez fallar un caso, el beneficio a la sociedad sería tremendo.

La inteligencia artificial, en tanto no produzca resultados con una fiabilidad aceptable, siempre deberá ser supervisada por humanos. Este enfoque se conoce como “*human-in-the-loop*”. Así, toda respuesta de la inteligencia artificial es validada por un humano antes de utilizarse. Aunque no se automatiza al 100% una tarea, se pueden llegar a reducir drásticamente los tiempos.

(M.V.P.) En su opinión, ¿cómo cree que la inteligencia artificial podría afectar a la ética y a la responsabilidad legal?

(P.H.) Toda tecnología, especialmente cuando es disruptiva, tiene sus beneficios; pero siempre hay otra cara que hay que considerar. Una cara de la moneda no tiene riesgos y beneficia a mucha gente, pero tal vez la otra cara excluye a otro montón de personas. El uso responsable de la inteligencia artificial es un elemento que tiene que estar regulado y que tiene que ser revisado porque se podrían causar muchos daños y muchas discriminaciones. Existe un debate de estos puntos que has mencionado en todos los países, pero hay que saber que esto no solamente existe con temas de inteligencia artificial. Toda nueva tecnología como el Internet, en su momento, necesitó en un inicio de un análisis en cuanto a sus beneficios y riesgos, y

de una regulación sobre su uso. Por ejemplo, los servicios bancarios aquí en España se hacen cada vez más por vía electrónica, lo cual para la mayoría de las personas es muy conveniente. No obstante, esto ha tenido como consecuencia que los bancos poco a poco hayan cerrado sucursales físicas. ¿Qué pasa con esas personas mayores que no tienen conocimientos sobre cómo realizar estas operaciones de forma digital? Cada vez tienen menos opciones de agencias bancarias a las que acudir para hacer sus operaciones, con lo cual, para ellos, la digitalización de la banca les afecta negativamente. En el mundo jurídico esos temas éticos y de responsabilidad existe en todo tipo de tecnología, en todos los sectores y en todos los países.

(M.V.P.) En Ecuador en los últimos años se produjo una filtración de información confidencial de datos personales y financieros donde se robaron cerca de 18 millones de datos de ecuatorianos. Este se considera uno de los mayores ataques a la privacidad de las personas en el país. ¿Considera que la inteligencia artificial podría afectar a la privacidad y la protección de datos personales?

(P.H.) Los ataques de este tipo se producen en todos los países, y son muy difícil evitarlos al 100%. El enfoque que se tiene para estos casos es que se deben tomar una serie de medidas de prevención y, al producirse un ataque, tomar una serie de acciones para minimizar su impacto.

Respecto a la inteligencia artificial, esta suele requerir de muchos datos para su entrenamiento. El uso de estos datos por parte de compañías de inteligencia artificial para entrenar sus modelos podría estar restringido y requerir de autorización de las personas a quienes los datos se refieren. Esto hace que sea necesaria una regulación que brinde claridad a las personas respecto de los límites existentes. Existen muchos casos controvertidos en donde compañías han hecho uso de bases de datos para entrenar sus modelos y no está muy claro si podían hacerlo, por ejemplo, Google y más recientemente OpenAI con ChatGPT.

Existen voces que dicen que el beneficio que podría dar la inteligencia artificial a la humanidad es tan grande que no se debía limitar el entrenamiento de modelos por temas de privacidad de datos en ciertos aspectos. Por ejemplo, se podría entrenar un modelo inteligencia artificial para que logre pronosticar tempranamente el cáncer, pero necesitaría acceso a muchos de los datos de los pacientes y su consentimiento, algo que en la práctica se vuelve muy difícil de conseguir.

(M.V.P.) Actualmente, la mayoría de los sistemas de inteligencia artificial requieren un entendimiento avanzado de ciertas materias como ciencia de datos, programación y redes neuronales. Esto ha hecho que estos se hayan desarrollado principalmente en países desarrollados. ¿Considera que la predominancia de los países desarrollados en el proceso de desarrollo, control, implementación de sistemas de inteligencia artificial en el derecho pueden afectar o limitar a los países en vía de desarrollo como Ecuador?

(P.H.) Los modelos de inteligencia artificial son procesos bastante caros. El dinero que se invirtió en *ChatGPT* es absurdamente costoso. Sin embargo, el mecanismo que utilizan estas empresas de inteligencia artificial es que una vez que crean un modelo se lo pone a disposición de forma muy accesible para las personas. Por ejemplo, hace diez años si un despacho necesitaba o quería desarrollar sistemas de inteligencia artificial tenía que contratar científicos de datos e ingenieros para hacer un diseño de los algoritmos y la programación de todo. Ahora, empresas como *OpenAI*, *Google* o *Amazon Web Services* tienen a disposición de los usuarios modelos preestablecidos para que se puedan entrenar sin tanta inversión.

Actualmente, se podría entrenar un modelo con inteligencia artificial que logre interpretar contratos de arrendamiento al estilo que se necesite en el Ecuador. Estas compañías otorgan un modelo preentrenado y luego una persona puede entrenarlos en una etapa final con datos propios.

Antes la brecha era mayor; en la actualidad, y con el paso del tiempo, esta se está reduciendo. Considero que la tendencia será a democratizar la inteligencia artificial, como lo hemos visto en algunos casos. *ChatGPT* actualmente cuenta con una versión gratis y muy accesible para todo mundo. Yo creo que esta es la tendencia que se viene ahora. Antes no era así, pero ahora ha evolucionado y considero que va a seguir así por lo que no lo veo como un problema tan grave.

(M.V.P.) En su experiencia en la academia en España, ¿qué modelos de cooperación considera que son los adecuados para los países en vía desarrollo?

(P.H.) Las universidades han jugado y pueden jugar un papel importantísimo en todo el mundo, no solo en el tema de inteligencia artificial, sino en otros ámbitos. Yo creo que, en un país como Ecuador, o cualquier otro país de Latinoamérica un buen punto de inicio para poder empezar a hacer uso y beneficiarse de estas nuevas tecnologías es a través de programas universitarios, de centros de investigación y centros de desarrollo de este tipo de conceptos. No para que inviertan en desarrollar un modelo que compita con *OpenAI*, pero sí para primero hacer mucha divulgación y difusión con todos los diferentes sectores a los que puedan interesar estos temas. Los beneficios de un centro de investigación radican en tener un punto de encuentro con los diferentes actores: *stakeholders*, gobierno, bufetes, administración de justicia, empresarios y las universidades para que exista una conversación en torno a cuál debería ser la política de Ecuador respecto al uso e implementación de la inteligencia artificial. Asimismo, proyectos como laboratorios legales pueden generar talento humano, que es lo más importante. Actualmente, hay pocas personas que sepan utilizar, implementar y regular la inteligencia artificial. Por más recursos económicos que se tenga, sin talento humano no se puede hacer nada.

(M.V.P.) A manera de conclusión, ¿cómo cree que la inteligencia artificial podría ser utilizada para mejorar la justicia? ¿Cómo ve el futuro de la inteligencia artificial y las consecuencias próximas en el derecho?

(P.H.) Automatizar la administración de justicia mediante inteligencia artificial siempre va a ser un punto delicado debido a los valores y los intereses sociales. Por el momento y en los años venideros la inteligencia artificial será utilizada únicamente como ayuda al juez, mas no para sustituirlo. Quizás pueda usarse para extraer información y ese tipo de actividades más auxiliares. Sin embargo, siempre va a existir un juez humano que termine tomando las decisiones. Ahora bien, ¿se podría beneficiar la administración de justicia de la inteligencia artificial? Yo creo que muchísimo.

La inteligencia artificial es la joya de la Corona. Sin embargo, debería ser lo último que se implementará, solo después de una transformación digital completa y holística en la administración de justicia.

A manera de cierre cito una frase que escuché recientemente y resume, en gran parte, esta entrevista: “la tecnología no va a reemplazar a los abogados, pero los abogados que utilicen tecnología sí reemplazarán aquellos que no hagan uso de ella”.

FECHA DE PUBLICACIÓN

Este número de la revista se publicó en el dominio web <http://revistas.usfq.edu.ec/index.php/iurisdictio/index> el día 15 de junio de 2023.

