

La Administración pública:

un enfoque desde
la teoría del Estado
y los derechos humanos

Alex Valle Franco
Coordinador



La Administración pública: un enfoque desde la teoría del Estado y los derechos humanos

Alex Valle Franco

Coordinador

351.09866

V181a

Valle Franco, Alex

La administración pública: un enfoque desde la teoría del Estado y los derechos humanos / Alex Valle Franco, autor y coordinador; Eduardo Valenzuela Nazate; Jhoel Escudero Solís; Juan Carlos Garcés Delgado; María del Carmen Ordóñez; María José Narváez Álvarez; Diego Jadán-Heredia; María Paulina Araujo Granda; Natalia Alejandra Mora Navarro .— 1.ª ed. — Quito: Editorial IAEN, 2020.
198 p.; 15 x 21 cm

ISBN electrónico: 978-9942-29-050-2

1. Administración Pública 2. Derecho Administrativo 3. Estado-Ecuador 4. Descentralización-Ecuador 5. Sector Público 6. Derechos de la Niñez y adolescencia-Ibarra-Ecuador 7. Junta de Protección de Derechos-Ibarra-Ecuador 8. Derechos Humanos-Ecuador 9. Delito de tráfico de influencias-Ecuador 10. Impunidad -Ecuador 11. Administración Pública-Delitos-Ecuador 12. Ecuador. I. TÍTULO

Este libro cumplió un proceso de revisión por pares (*peer review*) externo doble ciego.

Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN)

Escuela de Derechos y Justicia

Av. Amazonas N37-271 y Villalengua, esq.

Tel.: (593 2) 382 9900

Quito, Ecuador

www.iaen.edu.ec

Información: editorial@iaen.edu.ec

Dirección editorial: Bolívar Lucio Naranjo

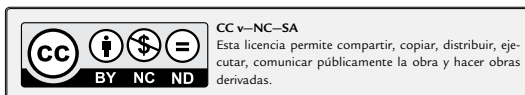
Coordinación de arbitraje científico: Javier Monroy Díaz

Corrección de estilo: David Chocair Herrera

Diseño de portada e interiores: Gabriel Cisneros Venegas

Foto portada: Cancillería del Ecuador

© IAEN, 2020



Índice

Sobre las autoras y los autores	9
Introducción	15

APARTADO I

Análisis de la Administración pública y el derecho administrativo

El Estado y la Administración pública	23
--	-----------

Alex Valle Franco y Jhoel Escudero Soliz

1. Introducción	23
2. Concepto, breves elementos del Estado y su desarrollo	24
3. La Administración pública: concepto, principios y organización ...	29
4. Tensiones entre administración y derechos	33
5. Descentralización, regiones y autonomía del estatal frente al centralismo	51
6. Conclusiones	54
7. Referencias bibliográficas	55

Los sistemas de reducción y control de la potestad discrecional en la Administración pública	61
---	-----------

María del Carmen Jácome Ordóñez

1. Introducción	61
2. La potestad discrecional de la Administración pública	62
3. Análisis del caso ecuatoriano	74
4. Conclusiones	76
5. Referencias bibliográficas	77

El principio de legalidad en el derecho administrativo sancionador: un principio compuesto	79
---	-----------

María José Narváez

1. Introducción	79
2. Transmutación del derecho penal hacia el derecho administrativo sancionador	80

3. Principio de legalidad y su relación con el derecho administrativo sancionador	88
4. Conclusiones.....	98
5. Referencias bibliográficas.....	99

APARTADO II

Análisis de los aspectos éticos en el servicio público y la Administración pública

Libertad de empresa y libertad de los consumidores: cómo conjugarlas en el momento en que se brinda un servicio público	103
--	------------

Diego Jadán-Heredia

1. Introducción.....	103
2. La interpretación contextual de la libertad	105
3. La libertad de empresa en la Constitución.....	109
4. Libertad y daño relevante	113
5. Libertad de empresa y derechos de las mujeres.....	116
6. Conclusiones	119
7. Referencias bibliográficas	123

Ética, sociedad y Administración pública. Desafíos hacia la consolidación del bienestar colectivo	125
--	------------

Natalia Mora Navarro

1. Introducción.....	125
2. Ética y espacio social	127
3. Los retos en la sociedad actual	130
4. Valores esenciales de la ética pública	133
5. Conclusiones	139
6. Referencias bibliográficas.....	140

APARTADO III

Análisis de casos: protección de niñez y delitos contra la Administración pública

Análisis del proceso de restitución de derechos de la niñez y adolescencia en la Junta de Protección del cantón Ibarra 145

Eduardo Valenzuela

1. Introducción.....	145
2. Análisis del proceso de restitución de derechos de la niñez y adolescencia.....	147
3. Análisis del caso: el servicio público de restitución de derechos de la Junta de Protección de Derechos del cantón Ibarra.....	153
4. Conclusiones.....	156
5. Referencias bibliográficas.....	158

Los delitos contra la eficiencia de la Administración pública: análisis crítico del delito de tráfico de influencias y su relación con el abuso de fondos públicos en Ecuador 161

María Paulina Araujo Granda

1. Introducción.....	161
2. La Administración pública, su eficiencia y la protección penal.....	163
3. El abuso de fondos públicos en Ecuador.....	166
4. Reforma normativa, favorabilidad e impunidad	169
5. Conclusiones	171
6. Referencia bibliográfica.....	172

Análisis de los delitos contra la eficiencia de la Administración pública en el Ecuador..... 175

Juan Carlos Garcés Delgado

1. Introducción	175
2. La responsabilidad penal del servidor público en el desempeño de sus labores.....	179
3. Tipos penales que protegen la Administración pública	180
4. Efectos de la corrupción en la administración de justicia en Ecuador y América Latina	192
5. Conclusiones.....	195
6. Referencias bibliográficas.....	197

Sobre las autoras y los autores

Eduardo Valenzuela Nazate

Estudió la maestría en gerencia de proyectos en la Universidad Técnica del Norte (UTN), es especialista en Gestión Pública por el Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN), además, posee un diplomado en Liderazgo y Gerencia (UTN). En el ámbito profesional, ha trabajado en funciones para la defensa y ejercicio de los derechos, en especial de la niñez y adolescencia en Plan International Inc., ONG de cooperación internacional, Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia (CNNA), Ministerio de Turismo en lucha de explotación sexual en actividades turísticas; y promoción de inclusión de grupos vulnerables en actividades productivas en el Programa del Buen Vivir Rural-Ministerio de Agricultura y Ganadería, a más de desarrollar procesos de formación y capacitación de derechos y sistema de protección integral de la niñez. Entre los logros relevantes está la implementación del Sistema de protección de la niñez en la provincia de Imbabura, mediante la creación y funcionamiento de los consejos cantonales de niñez y adolescencia y sus juntas cantonales de protección de derechos; como también la conformación de los primeros consejos consultivos de niños, niñas y adolescente.

Jhoel Escudero Soliz

Doctor en derecho (Ph. D.) en 2017, diploma en estudios avanzados en 2013 y máster en derecho con mención Constitucional en 2009, otorgados por la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador (UASB-E). Asimismo, se graduó de mediador en 2008, doctor en jurisprudencia y abogado en 2007; y, licenciado en Ciencias Públicas y Sociales en 2005, títulos otorgados por la Universidad Central del Ecuador (UCE). Es profesor del Instituto de Altos Estudios Nacionales, universidad en la que dicta las materias de procesos constitucionales. Es profesor invitado en otras universidades, imparte las

materias de argumentación jurídica, garantías constitucionales, interpretación y control constitucional para la UASB-E, la Universidad de Especialidades Espíritu Santo (UEES) y la Universidad Católica Santiago de Guayaquil (UCSG). Ha sido profesor de derecho constitucional y oratoria forense titular de la Universidad de las Américas (UDLA). Ha publicado libros como: *El emergente derecho a la verdad*, *Manual de derecho constitucional ecuatoriano y crisis bancaria*, *Verdad e impunidad*, entre otros. Sus líneas de investigación están vinculadas con poder, derechos y garantías constitucionales. Es autor de numerosas publicaciones en revistas y libros colectivos. Al momento es vicerrector del IAEN.

Juan Carlos Garcés Delgado

Es abogado de los tribunales y juzgados de la República, título obtenido en la Universidad Central del Ecuador en el año 2009. Especialista en Derecho Procesal Penal, título obtenido en la Universidad Técnica Particular de Loja en el año 2015. Magíster en Derecho, con mención en estudios judiciales, título obtenido en el Instituto de Altos Estudios Nacionales (IAEN), en el año 2019. Defensor público, docente universitario en derecho penal en la Universidad Autónoma de Quito, año 2010. Formador de formadores en técnicas de litigación oral, certificación emitida por la Barra del Colegio de Abogados de Estados Unidos de Norteamérica (American Bar Association Aba), año 2012. Capacitador en temas penales en el Consejo de la Judicatura, Fiscalía General del Estado, Defensoría Pública, Fuerzas Armadas, Policía Nacional, gremios de abogados, instituciones educativas, entre otras. Facilitador del Instituto Interamericano de Investigación y Publicaciones Jurídicas CIP-LEX. Miembro activo de Penalistas Ecuador. Al momento es abogado de la defensoría pública del Ecuador.

María del Carmen Jácome Ordóñez

Doctora en Jurisprudencia y abogada de los Tribunales de la República por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Especialista superior en Contratación Pública y Modernización del Estado por la Universidad Andina Simón Bolívar. Magíster en Derecho, con

mención en Derecho Administrativo por la Universidad Andina Simón Bolívar. Se ha desempeñado como secretaria relatora de la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia y Corte Nacional de Justicia y como jueza en el Tribunal Distrital de lo Contencioso Administrativo de Quito. Ha publicado artículos referidos al control de convencionalidad en obras colectivas como *Análisis y Actualidad del Derecho Administrativo* (2014) y en la *Revista Iberoamericana de Derecho Público y Administrativo* (2014). En imprenta se encuentra su obra titulada *El control judicial de la discrecionalidad administrativa*. Docente contratada en el Área de Derecho de la Universidad Andina Simón Bolívar y en la Universidad Regional Autónoma de los Andes. Conferencista en varias universidades del país. Abogada en libre ejercicio profesional en temáticas relativas al derecho administrativo, contratación pública y derecho procesal administrativo. Es la actualidad se desempeña como docente invitada del IAEN.

María José Narváez Álvarez

Abogada por la PUCE y magíster en Derecho con mención en Derecho Administrativo y candidata a Ph. D. (UASB). Sus áreas de investigación son: derecho administrativo con énfasis al estudio de la sede administrativa, derecho ambiental y derechos de la naturaleza. Miembro de la Red “Centralía, pensamiento jurídico popular”. Al momento es docente auxiliar del IAEN. Cuenta con publicaciones en los libros *Derecho ambiental en clave neoconstitucional* (2012); *Yasuní, zona de sacrificio* (2013); *La (re)apropiación del Estado y los nuevos estándares jurídico constitucionales en Ecuador y Bolivia* (2017); *Estudios sobre el Código Orgánico Administrativo, la potestad sancionadora en el código orgánico administrativo* (autora del capítulo) (2019); *Nuevas dinámicas del derecho procesal: la interpretación prejudicial del tribunal andino de justicia y su irradiación en los procedimientos administrativos locales* (2020). Cuenta con publicaciones en artículos: Modernidades, injusticia climática y enfoque alternativo (reflexiones sobre el entorno ambiental ecuatoriano) (2018); De la teorización a la praxis: los fundamentos de los derechos de la naturaleza que fueron considerados en la sentencia del río Atrato en Colombia (2018); La consulta previa, libre e informada en un contexto de fractura ideológico-política latinoamericana (2019).

Diego Jadán-Heredia

Profesor a tiempo completo de la Universidad del Azuay; candidato a doctor en Filosofía por la Universidad de Sevilla, España; máster en Filosofía Moderna por la misma Institución; magíster en Derecho Constitucional por la Universidad Andina Simón Bolívar, Ecuador; licenciado en Ciencias Políticas y Sociales y abogado por la Universidad de Cuenca. Investigador contratado por el IAEN para el proyecto el Servicio Público en el Ecuador, de la teoría a la práctica.

María Paulina Araujo Granda

Doctora (Ph. D.) en el área de Derecho Penal por la Universidad de Buenos Aires. Magíster en Derecho con mención en Estudios Judiciales por el IAEN. Máster en Derecho Penal Económico Internacional por la Universidad de Granada. Especialista en Docencia Universitaria por la Universidad Andina Simón Bolívar, M. H. especialista en Derechos Humanos por la Universidad Complutense de Madrid y abogada y licenciada en ciencias jurídicas por la Pontificia Universidad Católica del Ecuador. Exdecana de la Facultad de Ciencias Jurídicas de la Universidad Internacional SEK. Docente titular de Derecho Penal de la Facultad de Jurisprudencia de la PUCE, de Dogmática Penal y Derecho Penal empresarial de la Maestría de Derecho Penal y de la de Derecho con mención Derecho de la Empresa de la UEES y, profesora invitada de los cursos de Doctorado de la UBA y del Máster en Cultura Jurídica de la Universidad de Girona. Autora de varios libros y artículos relacionados al derecho penal (2006-2019), derecho médico (2015), filosofía del derecho penal aplicada a la estructuración de normas penales preceptivas (2020) e investigación jurídica en general (2010). Al momento es abogada en libre ejercicio.

Natalia Alejandra Mora Navarro

Abogada, investigadora y docente universitaria de Derecho Penal. Cuenta con un doctorado por la Universidad Pablo de Olavide. Sevilla, España. Máster en Criminología y ciencias forenses en la misma Universidad. Título propio de Experto universitario en

Pueblos indígenas, Derechos Humanos y Cooperación Internacional. Universidad Carlos III de Madrid, España. Estancia de investigación en el Max Planck Institute for Comparative and Public Law. Heidelberg, Alemania. Sus investigaciones se enfocan en temas relacionados con ética del servicio público, derecho penal, derechos humanos y pueblos indígenas. Algunas de sus publicaciones son: *La reforma constitucional en Ecuador y temas relevantes para los pueblos indígenas*, *Revista Pluriverso* (México, 2017); *Algunas particularidades sobre el encarcelamiento femenino* (Colombia, 2018); Los retos de los derechos humanos en sociedades multiculturales. Entrevista al profesor David Sánchez Rubio, *Revista Estado y Comunes* del IAEN (2020). Es docente e investigadora de la Escuela de Derechos y Justicia del Instituto de Altos Estudios Nacionales, universidad en la que imparte las asignaturas de Principios fundamentales y constitucionales del Servicio Público y Derecho Penal en la Maestría en Derecho con mención en Estudios Judiciales. Ha sido coordinadora de la Especialización en Derecho con mención en Abogacía del Estado desde el año 2017 hasta la actualidad. Ponente en eventos nacionales e internacionales. Al momento es docente auxiliar del IAEN.

Alex Valle Franco

Licenciado y abogado de la Pontificia Universidad Católica de Quito (2002). Realizó una especialidad en justicia indígena en la Uniandes (2006), una maestría en Derecho con mención en mecanismos de protección en la Universidad Andina Simón Bolívar Sede-Quito (2009) y una maestría en Sociología en Flacso (2012). Realizó su doctorado en derecho en la Universidad de Bremen-Alemania entre 2012-2016. Fue director jurídico del Conamu, intendente general de Policía de Tungurahua, asesor en la Asamblea Nacional, investigador en el Ministerio de Justicia y director de Escuela de la Función Judicial en 2019. Ha sido profesor e investigador de varias universidades, entre las que se destacan la PUCE, UASB, UEES, Uniandes, UNI Bremen. Sus áreas de interés de investigación son migración, derechos humanos, derecho internacional público, trata de personas, filosofía y sociología del derecho. Ha ejercido como abogado

en áreas de litigio penal, laboral, constitucional, civil y administrativo. En la actualidad trabaja como docente titular en el Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador. También es profesor titular a tiempo parcial de filosofía del derecho de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador-Quito. Es Miembro del Consejo editorial de las revistas: *Ruptura* (AED-PUCE), *NULLIUS* (UTM), *RFJ* (PUCE). Es partes de las redes de investigación y científicas: Centralia, RED ID Argentina.

Introducción

LA PRESENTE OBRA es fruto de un proyecto de investigación de fondos concursables otorgados por el IAEN en el año 2019 a un grupo de docentes de la Escuela de Derechos y Justicia. La investigación sobre la “Administración pública en el Ecuador, de la teoría a la práctica”, tuvo origen en la ausencia de un texto de consulta y estudio propio del IAEN, referente al servicio público ecuatoriano. Este hecho mostró que existe un vacío en el estudio de la Administración pública en Ecuador, sobre todo, un análisis que responda al actual contexto social y normativo. La presente obra contribuye con un texto diverso y actual, que servirá tanto de estudio en las aulas del mismo Instituto de Altos Estudios Nacionales del Ecuador como para el análisis del servidor público ecuatoriano.

El planteamiento y las propuestas del presente trabajo integran varios contenidos que surgen de distintos enfoques y temáticas teóricas y empíricas, que son sistematizados bajo el estudio común de la Administración pública en Ecuador. Esta amalgama de temas hace que la obra tenga un enfoque multidisciplinar que muestra que la Administración pública no está subsumida solo a materias como derecho público, finanzas públicas, entre otras, sino que su alcance irradia casi a todas las ramas teóricas de la administración, la economía, el servicio público, la política y el derecho. La formación académica y profesional de cada uno de las y los autores garantiza que la obra no solo tenga calidad teórica sino un pragmatismo que va destinado a la revisión de situaciones actuales y reales dentro de la Administración pública ecuatoriana y algunos aspectos relativos al ejercicio de derechos humanos. La combinación de experiencias entre docentes, investigadores y alumnos del IAEN también enriquece el trabajo, ya que el intercambio de opiniones y la retroalimentación de los aportes permitió un aprendizaje y fortalecimiento en los procesos de investigación apoyados por el IAEN. En ese sentido, el trabajo

conjunto de estudiantes graduados del IAEN como de docentes de la Escuela de Derechos y Justicia y de dos investigadores externos que colaboraron en el proyecto muestran una obra dividida en tres apartados bien definidos.

La primera parte de la obra monográfica hace un análisis profundo y detallado de los elementos del Estado, el origen, desarrollo y características de la Administración pública, además de su potestad de control y del principio de legalidad, así como del principio sancionador, lo que nos da las bases teóricas del servicio público en sus múltiples relaciones con el Estado y con los administrados. Aquí se encuentra el tema denominado “El Estado y la Administración pública”, escrito por Jhoel Escudero Soliz y Alex Valle Franco, quienes hacen un recorrido histórico, normativo, constitucional y sociológico de los elementos del Estado primigenio y su desarrollo. Los contenidos muestran el sentido moderno de la Administración pública en el Estado constitucional y las tensiones entre la Administración pública y sus administrados. Se hace un énfasis especial en la teoría del Estado en varias de sus etapas, desde un enfoque plural en América Latina. Los autores analizan al Estado y a la Administración pública como fuente de la organización y ejercicio del poder, no como un sistema aislado respecto de la globalización y la cultura, sino como un sistema que ha sido reconfigurado debido a la influencia del derecho internacional, de los derechos humanos, del derecho comunitario, de los derechos colectivos de los pueblos y de la movilidad humana. Sobre este último acápite, se hace énfasis en el desarrollo del concepto de ciudadanía como un constructo que permite el ejercicio de derechos frente al Estado. Un apartado especial tiene el análisis de la influencia internacional del derecho comunitario andino en el Estado y las constituciones respecto de sus rasgos comunes.

A posterior se encuentra el análisis sobre los “Sistemas de reducción y control de la potestad discrecional en la Administración pública”, en el que María del Carmen Jácome Ordóñez revisa la antigua doctrina del derecho administrativo sobre la discrecionalidad, en la que no se aplicaba el principio de legalidad, y su tratamiento en la actualidad en el derecho administrativo. Revisa, además, la

vigencia plena del principio de legalidad en todas las actuaciones de la Administración pública y la potestad discrecional en el ámbito de la actividad de la Administración pública.

Por su parte, María José Narváez, de forma complementaria y precisa, nos muestra “El Principio de legalidad en el derecho administrativo sancionador: un principio compuesto”, trabajo en el que aborda el principio de legalidad en el ámbito del derecho penal y del derecho administrativo sancionador, con la finalidad de mostrar que aun cuando el desarraigo del segundo respecto del primero está en debate, existe un sustento teórico que favorece a la modelación de un sistema sancionador administrativo autónomo. Se propone, como corolario, que la apropiación social de la juridicidad complementa el principio de legalidad en su noción clásica, en función de que el Estado pueda garantizar los derechos fundamentales.

El segundo acápite de la obra está compuesto por dos temas que recogen análisis de la ética en el servicio público y en la Administración pública. En primer término, Diego Jadán-Heredia habla de la “Libertad de empresa y libertad de los consumidores: cómo conjugarlas cuando se brinda un servicio público”. El autor analiza con especial interés el rol de las empresas privadas y la forma en la que su libertad puede entrar en colisión con los derechos de los consumidores en el momento en que su giro de negocios es un servicio público. En el trabajo se enmarcan la teoría política y el derecho constitucional y su relación con el ejercicio de la libre empresa, en particular las dedicadas a insumos de salud, desarrollando argumentos en torno a la relación entre libertad y su relación con la Constitución, libertad y daño relevante y su relación con los derechos de las mujeres.

A continuación, encontramos el tema de la “Ética, sociedad y Administración pública. Desafíos hacia la consolidación del bienestar colectivo”, de la autora Natalia Mora Navarro, quien se centra en la ética en el servicio público. El enfoque principal trata de las normas éticas como un elemento sustancial en la institucionalidad del Estado y fundamental para consolidar un cambio que genere bienestar común, para todos los integrantes de la sociedad. Se da importancia a

las actuaciones provistas de una orientación ética adecuada, porque fortalecen la confianza, la credibilidad en las instituciones y logran consolidar intereses colectivos que permitan alcanzar mejores condiciones de vida para todos.

El tercer acápite de la obra contiene tres casos, uno relacionado con los derechos de la niñez y adolescencia y dos sobre los delitos en contra de la Administración pública. Eduardo Valenzuela, graduado en el IAEN, presenta un análisis sobre “El proceso de restitución de derechos de la niñez y adolescencia en la junta de protección del cantón Ibarra”. Desde su experiencia práctica, el autor analiza el proceso de restitución de los derechos de la niñez a partir de la Constitución 2008. El enfoque se centra en los cambios normativos y legales necesarios para implementar procesos de restitución con el enfoque de la doctrina de protección integral, en el que el niño ciudadano sea sujeto de todos los derechos. El autor habla de la responsabilidad estatal y la garantía de los derechos, por medio de la junta cantonal de protección de derechos, como institución acreditada para realizar procesos administrativos de protección.

Por último, se exponen dos temas que cierran la obra desde el enfoque penal y la eficiencia de la Administración pública. Paulina Araujo y Juan Carlos Garcés, graduados en la Maestría en Estudios Judiciales, presentan un análisis técnico sobre el abuso de los fondos públicos y los delitos en contra de la Administración pública. Araujo evidencia que el tráfico de influencias no se muestra concordante con las directrices constitucionales encaminadas a evitar la impunidad de delitos conectados con el mal uso del dinero público, todo lo cual confluye en un blindaje normativo, que impide, al fin de cuentas, una adecuada tutela de la eficiencia de la Administración pública, como bien jurídico supraindividual. Por su parte, Garcés se centra en el análisis de la responsabilidad penal de los servidores públicos y los tipos de delitos tipificados en la legislación penal ecuatoriana, encaminados a sancionar las conductas típicas en contra de los bienes de la Administración pública y a mejorar la eficiencia en el desarrollo del servicio público ecuatoriano.

Como se puede apreciar, la obra contiene conceptos y lineamientos básicos de la Administración pública y sobre el servidor público, los principios aplicables en los actos de administración, sus límites éticos y legales, así como las sanciones aplicables en caso de inobservancia, por lo que podemos afirmar que es un estudio que abarca las diversas dimensiones de la Administración pública ecuatoriana, con lo cual su estudio, análisis y discusión se hace más que necesario, y no solo desde las aulas sino fuera de ellas, y desde una posición crítica que nos permita coadyuvar al mejor ejercicio de la Administración pública en Ecuador.

Por todas las características de la obra arriba destacadas, los invito a leerla, a releerla y a repensar el futuro de la Administración pública y su institucionalidad.

Dr. Alex Valle Franco
Docente titular del IAEN

APARTADO I

Análisis de la Administración pública y el derecho administrativo

El Estado y la Administración pública

Alex Valle Franco y Jhoel Escudero Soliz

1. Introducción

EL ANÁLISIS DE la Administración pública en el Ecuador es un campo muy poco abordado, en especial por autores ecuatorianos. Las exiguas obras que se encuentran sobre la Administración pública son bien de autores extranjeros o trabajos especializados en el servicio público desde una visión, de manera neta, económica o administrativa, dejando sin análisis alguno el ámbito del derecho y su necesaria relación con el ámbito del servicio público. En este sentido, el presente artículo tiene la intención de abordar temas de carácter general sobre la Administración pública para, de forma posterior, vincularlos con las características propias del Ecuador.

El análisis inicia con el concepto del Estado, pues sin entender esta entelequia en la cual se desarrolla el servicio público, mal se puede comprender los mecanismos de actuación y ejecución. Además, se abordan los elementos del Estado y su desarrollo en la historia humana hasta nuestros días. La necesaria descripción de lo que es la Administración pública, sus principios rectores y la forma de organización antes y después de la Constitución de 2008, se muestran en la obra, con lo cual el lector tendrá la posibilidad de valorar por sí mismo cuales han sido los cambios y novedades del nuevo Estado constitucional de derechos y justicia estipulado en la vigente Constitución.

A posterior, se analizan las tensiones entre administración y los derechos de los administrados, un tema de fundamental relevancia que muestra que la Administración pública puede cometer excesos que vulneran derechos y acarrear responsabilidades no solo personales sino de la misma Administración pública a nivel nacional e incluso internacional. Se hace un acápite especial sobre el análisis de la configuración del concepto de ciudadanía nacional como constructo

jurídico político necesario para el ejercicio de derechos frente al concepto propuesto por la actual Constitución de la República, que estipula la ciudadanía universal.

Respecto de la descentralización, regiones y autonomía del estatal frente al centralismo, se analizan los principales aspectos de las nuevas directrices constitucionales y sus efectos, en especial sobre los procesos que tienen mayores posibilidades de descentralizar el poder del Estado central, como los Gobiernos provinciales y municipales, en el ejercicio ordenado de sus competencias.

Con el abordaje técnico-dogmático de los temas detallados, el lector tendrá la oportunidad de conocer las principales características y elementos de la Administración pública y su desarrollo práctico y real dentro de la nueva propuesta de Estado constitucional de derechos y justicia y la real relación con la ciencia del derecho en las relaciones entre la administración y los administrados.

2. Concepto, breves elementos del Estado y su desarrollo

Antes de definir a la Administración pública, de hablar de sus elementos, funciones y objeto, se hace necesario hablar del ente central que da origen a dicha institución, el cual es denominado como “Estado”. El Estado, como un constructo jurídico-político, es una creación que no ha existido siempre, tiene su nacimiento en la evolución de la civilización, de los pueblos y de la sociedad que, conforme al aumento poblacional y complejidad social, necesitó de la creación de esta entelequia para la regulación de las relaciones sociales.

Según Kropotkin (2001), “el Estado es de origen reciente dentro de las naciones europeas, pues apenas si data del siglo XVI” (p. 3). En efecto, si nos remitimos a la histórica paz de Westfalia, firmada en el año de 1648, con la cual finalizó la Guerra de los Treinta Años (1618-1648), confirmaremos que el resultado fue el surgimiento de los principios de la soberanía nacional, la homogeneización del pueblo y su cultura, y la integridad territorial como elementos del naciente Estado nación.

Jellinek (2004), sobre los elementos del Estado, destaca al territorio como elemento material (geográfico); a la población como elemento sustancial del Estado; y al Gobierno, como el encargado en mantener una interacción directa entre los dos primeros, ya que es el que regula las relaciones entre individuos. Sobre el Gobierno, Jellinek (2004) resalta la importancia de los gobernantes dentro de un Estado, dado que estos son los que proporcionan el impulso para que un Estado se organice de forma social y política, mediante una idea de gobierno (p. 165-166). Para lo cual es necesario que los Gobiernos que administren un determinado Estado tengan interacción directa entre el territorio en cual ejercerán sus funciones y el pueblo, sobre el cual se aplicarán sus disposiciones.

En relación con la existencia misma del Estado como un ente producto de una construcción metafísica, Jellinek (2004) divide en tres las teorías. En primer término, están aquellas que consideran al Estado de un modo predominantemente objetivo. En segundo término se encuentran las teorías que consideran al Estado desde un aspecto predominantemente subjetivo; y, en tercer término, se citan las teorías de las doctrinas jurídicas acerca del Estado (considerado como concepto jurídico) (pp. 162-172).

Sobre las teorías que consideran al Estado desde un aspecto predominantemente **objetivo**, se debe decir que estas estudian el hecho fáctico de la esencia real de lo que constituye un Estado (como condición); es decir, los elementos arriba citados: tierra, pueblo y señor (soberano). En esta teoría, el territorio es el Estado y con él están los demás elementos. Con relación a la teoría objetiva, Jellinek (2004) considera que el Estado forma parte del mundo de los hechos y que, por tanto, encaja en el mundo de lo real; desde ese enfoque tiene un sentido objetivo, ya que tiene existencia fuera de nosotros y se desenvuelve en el tiempo y en el espacio, siendo necesario investigarlo con ayuda de la ciencia.

Respecto de las teorías que consideran al Estado desde un aspecto predominantemente **subjetivo**, tenemos que estas se basan en una concepción ético-espiritual, en la cual interviene la religión. En este caso, el Estado se presenta como la conformación de todos los miembros de la sociedad como un mismo cuerpo. La concepción del

Estado como unidad colectiva considera al hombre y la naturaleza dentro del Estado como uno solo ente. Jellinek (2004) sostiene que los medios con los que dispone la ciencia para investigar el Estado (pesar, medir, contar) se denominan hechos subjetivos (p. 169 ss.).

Por último, para concebir al Estado de **forma jurídica**, Jellinek (2004) afirma que el Estado es un objeto del derecho, aunque reflexiona sobre su dificultad, dado que todo objeto de derecho supone un sujeto y tal sujeto no puede ser sino el mismo sujeto que dirige el Estado (p. 179). Una segunda **forma jurídica** se verifica con la existencia de gobernantes y de gobernados, pero esta interpretación no es suficiente porque no toma otros aspectos del Estado como unidad (p. 179 ss.). Una tercera **forma jurídica** determina la concepción del Estado como sujeto de derecho. Esta forma se considerada como la más acertada, ya que Jellinek (2004) manifiesta que si el Estado es considerado como un sujeto de derecho, significa que se encuentra en el orden jurídico en una relación que está determinada por normas que regulan su naturaleza (p. 189).

Los aportes de Jellinek sobre el Estado se enfocan tanto en aspectos sociológicos como en aspectos jurídicos; de forma adicional se analiza cómo la religión ha influido en el transcurso de la historia, ya que, a base de la imposición del miedo en los ciudadanos, se ha impulsado ciertos criterios, *habitus*, que han servido de instrumento de dominación de los Estados. También existe una teoría de carácter psicológico, que dice que el Estado no existe fuera de los hombres, sino que más bien se lleva a cabo mediante las acciones de estos. Uno de los aportes a la teoría del Estado, distinta de la propuesta de la forma jurídica que configuró Jellinek, de la lógica normativa sin Estado de Kelsen, es la del decisionismo sin norma de Schmitt y del tipo ideal de Webber que no representa al Estado como una estructura objetiva sino como un ideal racional subjetivo (Heller, 2010, p. 93), que se expresan como un orden normativo y un poder sin normas. Al respecto, Heller (2010) considera que las teorías del Estado carecen de realidad y sociedad, a lo que denominó la función social del Estado, elemento que permite comprender la esencia del Estado. La función social consiste en el aseguramiento de la convivencia y de la cooperación entre seres humanos, es la clave inmediata para

comprender los fenómenos sociales como la soberanía, el territorio y el monopolio de la fuerza.

Sin duda, el Estado como formación social es algo que no se puede desligar de los seres humanos, tanto en lo individual como en lo colectivo, se trata de una conexión estructural de todos con el Estado. En ese sentido, constituye una descripción e interpretación del contenido estructural de nuestra realidad política. Así, para Heller, el Estado no puede concebirse solo como un orden racional normativo o una sujeción lógica temporal, que tiene la función de servir como medios para un fin, sino que se debe concebir al Estado como forma, como una conexión real que actúa en el mundo histórico y social.

El aporte de la realidad social en los fines del Estado de Heller aún persisten en la centralidad del Estado como estructura, de ahí que es pertinente revisar la propuesta de Haberle, quien considera que un elemento esencial del Estado, a más del pueblo, del territorio y la soberanía, es la Constitución, insertada como cultura en la sociedad. Siendo la Carta Magna un documento vivo y no estático, que solo da origen al Estado constituido, sino que vibra en todas las relaciones de la sociedad, el Estado y la globalización. Así, considera que habrá tanto Estado como se encuentre constituido en la Constitución, desde la consideración democrática y de derechos; esto significa, de manera simple, que se debe tomar en serio la Constitución (Haberle, 2003, p. 19), lo que implica la configuración de una realidad entre lo privado, lo público y lo estatal; a pesar de lo complejo de la relación, cada generación estará obligada a vivirla y configurarla una y otra vez, desde la protección de la intimidad a la configuración de las políticas públicas y a la preservación de las nuevas generaciones. Por tanto, la cultura considera que, como un cuarto elemento del Estado, siendo la Constitución pluralista, conlleva formas de diferenciación de la cultura y la apertura externa del Estado constitucional.

Así, la Constitución del pluralismo enfrenta tres desafíos especiales: 1) La nación frente al Estado constitucional, la doble faz de la comunidad internacional de la construcción de una ciudadanía por fuera de las fronteras. En la misma línea, la incidencia de la protección de los derechos realizada por organismos internacionales de protección de derechos humanos; 2) federalismo y regionalismo mediante las

autonomías, como principio de la estructura del Estado, en contraste con el Estado unitario centralista que está concluyendo su fase y no permite configurar un Estado constitucional fundado en los derechos humanos, la pluralidad cultural interna que reconozca todas sus manifestaciones que se pueden proteger de manera adecuada en formas federales o de regiones; y 3) la apertura del Estado constitucional a la comunidad de naciones o Estado constitucional cooperativo, que comprende la apertura a los tratados de derechos humanos, que en un sentido figurado debe estar preparado para la apertura a “la comunidad universal de los Estados constitucionales”.

Otro aspecto que, según Kropotkin (2001), se debe revisar es la confusión más frecuente que existe entre el término Estado y Gobierno, siendo el primero la existencia de un poder colocado muy por encima de la sociedad, sino también una concentración territorial y una concentración de muchas funciones de la vida de las sociedades entre las manos de algunos o hasta de todos, mientras que el Gobierno implica una organización y estructura administrativa-política que da movimiento al Estado determinado. El Estado como constructo no es perceptible sino por medio de sus representantes, encarnados en el Gobierno, en sus diferentes posiciones. Respecto de la permanencia, el Estado con su personería jurídica puede ser indefinido, mientras que un Gobierno tiene una permanencia definida de años, según se fije en cada Constitución. El Gobierno ejerce su fuerza y control sobre los súbditos a escala nacional y sus relaciones se dan de forma directa con ellos, mientras que el Estado se posiciona de cara al concierto internacional y a las relaciones que existen dentro de esta dimensión del derecho internacional público. Con respecto a los tipos de Estado, se reconocen los Estados unitarios y los Estados complejos, estos segundos a su vez pueden ser federales y regionales.

Según Joaquim Lleixa (2005), la palabra “gobierno” ha sido polisémica y ha traído más de una interpretación y confusión. El autor hace referencia al tercer libro de política de Aristóteles para representar las tres formas de gobierno de aquel entonces: monarquía, el gobierno de uno; aristocracia o el gobierno de pocos; y, la *política* o gobierno de los demás. De forma posterior, Lleixa (2005) hace referencia a la tradición anglosajona, vigente hasta la actualidad, y

su término *government*, como el conjunto de poderes públicos. Este último concepto es el que seguiremos para el análisis del servicio público, ya que el Gobierno, en sus diversas formas, ha establecido la organización institucional y administrativa del Estado. Siguiendo los trabajos de John Locke y en especial de Montesquieu en *El Espíritu de la Leyes*, de 1748, los Estados tradicionales occidentales han realizado una división constitucional del monopolio de la fuerza en tres grandes áreas: ejecutivo, legislativo y judicial. El objeto de esta división es establecer un sistema de contrapesos para evitar la concentración del poder, en especial por parte del representante de Gobierno, que es, por lo regular, el presidente en el sistema presidencial o el primer ministro en un sistema parlamentario. En términos generales, las tres funciones están separadas en forma administrativa y de organización, pero confluyen en la organización y buena marcha del Estado [...]. Dado el énfasis del presente artículo y libro, no entraremos a profundizar sobre los tipos de Gobierno o Estado, ni sus elementos, sino sobre la organización misma del Gobierno.

La actividad de un Gobierno, sea cual fuese su forma de organización, gira alrededor de una dirección político-administrativa de la sociedad, esa actividad está condicionada por el tipo de legitimidad y órganos políticos del Estado. La orientación de los Gobiernos y la ejecución de sus planes y propuestas se canalizan, de forma general, por medio de la Administración pública, este es el gran piñón que hace del Estado en la teoría organicista un sujeto vivo. En este sentido, en el siguiente acápite analizaremos el concepto, elementos, objeto y forma de organización de la Administración pública.

3. La Administración pública: concepto, principios y organización

La Administración pública, en su concepto etimológico, proviene del latín *ad* que significa “hacia”, en un sentido no estático y *ministrare* que significa traer, ofrecer. Es decir que su significado completo representa ofrecer algo por medio de una acción o actividad. Según la definición de Guzmán (1961), “es la dirección eficaz de las actividades y la colaboración de otras personas para obtener determinados resultados” (p. 14).

Para Max Weber (1921), la Administración pública “queda establecida como una forma de poder prácticamente inamovible” en la cual “los gobernados, por su parte, no pueden prescindir del aparato burocrático de autoridad, o reemplazarlo, cuando ya existe, puesto que esta burocracia se funda en una preparación especializada, una división funcional del trabajo, y una constelación de actitudes metódicamente integradas” (pp. 84, 85).

Por su parte, Woodrow Wilson, citado por Aguilera (2018), concibe a la Administración pública como un organismo que hace las cosas “de manera eficiente y al menor costo, de este modo la Administración pública es alejada de la política para convertirla en un asunto de carácter técnico y operativo que es congruente con la filosofía operativa de la visión empresarial y que tiene como objetivo último, el logro de la eficiencia, entendida como la utilización y el aprovechamiento de los recursos existentes” (p. 122). De esta manera, la dicotomía entre la política y la Administración pública indica que son elementos que deben analizarse de forma separada.

El autor Jorge Fernández (2016) considera que la “administración se puede considerar también como un arte, por tratarse de una virtud, disposición o habilidad de servir bien” (p. 90). Respecto del fin, Fernández, citando a García, estima que la administración constituye el proceso de coordinación eficaz y eficiente de los recursos de un grupo para lograr la mejor productividad. Además, Fernández (2016) complementa el concepto al entender a la administración como técnica de empleo de recursos y procedimientos en la organización y funcionamiento de un servicio (p. 90). Para Galindo (2000), la Administración pública constituye “una ciencia social que tiene por objeto la actividad del órgano ejecutivo cuando se trata de la realización o de la prestación de servicios públicos en beneficio de la comunidad”, usando los medios más adecuados y racionales para obtener los resultados más favorables (p. 6).

La Administración pública también está definida en la Constitución ecuatoriana de 2008 en su artículo 227, la cual la cataloga como: “un servicio a la colectividad que se rige por los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización,

coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación”. Este concepto está ligado, de forma directa, con lo que es el derecho administrativo, ya que este es el que regirá el correcto desenvolvimiento del servicio público, en el marco de los principios rectores citados. Se debe destacar que los principios enumerados en la Constitución ecuatoriana son novedosos y particulares, ya que, en aspectos relativos a la eficacia, eficiencia y transparencia, están más enfocados en la finalidad del servicio con respecto al resultado obtenido por el administrado y no solo en los procesos organizacionales o de control, que se enfocan más en la misma Administración como ente orgánico.

Un elemento fundamental para tenerse en cuenta en el servicio público es el recurso humano que lo conforma, dado que este es el motor del movimiento del aparato estatal en su conjunto. Este recurso humano ha sido denominado como funcionario o servidor público, y según el artículo 229 de la Constitución de la República del Ecuador, se considera como tal a quienes “que en cualquier forma o a cualquier título trabajen, presten servicios o ejerzan un cargo, función o dignidad dentro del sector público”.

El ingreso, ascenso, carrera y promoción de los servidores públicos también está regulado tanto en la Constitución de la República como en la Ley Orgánica del Servicio Público. De hecho, la Constitución, en su artículo 228, establece que el ingreso al servicio público debe darse por medio de un “concurso de méritos y oposición, en la forma que determine la ley, con excepción de las servidoras y servidores públicos de elección popular o de libre nombramiento y remoción”. De hecho, su inobservancia provoca la destitución de la autoridad nominadora, por eso es fundamental que se observen todos los procesos. Como principales regulaciones de los y las servidoras públicas se establece, de manera legal, un organismo rector en materia de recursos humanos y remuneraciones para todo el sector público, que regulará el ingreso, ascenso, promoción, incentivos, régimen disciplinario, estabilidad, sistema de remuneración y cesación de funciones de sus servidores.

Las obreras y obreros del sector público estarán sujetos al Código de Trabajo. La remuneración de las servidoras y servidores públicos

será justa y equitativa, con relación a sus funciones, y valorará la profesionalización, capacitación, responsabilidad y experiencia. De forma adicional, la Constitución de la República del Ecuador establece ciertas prohibiciones en el ejercicio del cargo público; tales como: 1) desempeñar más de un cargo público de manera simultánea, a excepción de la docencia universitaria, siempre que su horario lo permita; 2) el nepotismo; y 3) las acciones de discriminación de cualquier tipo (art. 230).

Con relación a la ética y transparencia en el ejercicio del servicio público, la Constitución establece en su artículo 231 la obligación de las servidoras y servidores públicos, sin excepción, de presentar una declaración patrimonial jurada que incluye activos y pasivos, y la autorización para que, de ser necesario, se levante el sigilo de sus cuentas bancarias. Este hecho se justifica para la prevención del enriquecimiento ilícito. El artículo 232 de la Constitución prohíbe contratar a personas como servidores públicos en caso de conflicto de intereses. En estos casos, y en otros relacionados con la responsabilidad administrativa, civil, penal de los servidores públicos, se establecen fuertes sanciones e incluso se establece la imprescriptibilidad de los delitos en contra de la Administración pública (art. 233). Por último, como parte de incentivos para el servicio público, se estipula la capacitación continua de las servidoras y servidores públicos mediante las escuelas, institutos, academias y programas de formación (art. 234).

Como se puede apreciar en los párrafos anteriores, la Constitución ecuatoriana estipula una amplia gama de preceptos que regulan de forma completa varios aspectos relacionados al servicio público, que pasan por la selección, ejercicio, promoción, ascensos, destitución, sanciones e incentivos. Todas estas disposiciones de carácter general se encuentran desarrolladas de forma detallada en el Código Orgánico Administrativo y otros cuerpos legales de rango infraconstitucional, que permiten el adecuado funcionamiento del servicio público ecuatoriano en sus relaciones con los administrados y con el Estado, como ente central de decisiones normativas y de política pública. A continuación, se analizará un tema de relevancia, en el marco de las relaciones de la Administración pública que tiene que ver con las tensiones fruto del ejercicio de derechos de los administrados.

4. Tensiones entre administración y derechos

La teoría del Estado se ha estructurado en diferentes etapas, no siempre ha existido una coincidencia entre Administración pública y las formas del Estado, sea de derecho, social o plural constitucional, generando una tensión en cada transición o, como es el caso de los Estados en América Latina, una acumulación de modelos que ha afectado el funcionamiento de la Administración pública y el ejercicio de los derechos de las personas.

En efecto, se propone analizar de forma crítica la configuración del Estado y la Administración pública en Ecuador, considerando que las transformaciones políticas, como el reconocimiento de un Estado plurinacional, constitucional y social (CRE, art. 1) se enfrenta a la lentitud de la transformación jurídica de las instituciones en la administración. Para ello se usaron los criterios de Haberle sobre la triple configuración del Estado constitucional: a) la configuración del concepto de ciudadanía universal frente a la ciudadanía nacional; b) la tensión de una Administración pública centralista frente a la regionalización; y c) por último, la apertura de la Administración pública a la aplicación directa de los derechos humanos de las personas.

4.1. La configuración del concepto de ciudadanía nacional frente a la ciudadanía universal

Respecto al concepto de la ciudadanía como un constructo jurídico-político, es necesario indicar que no es reciente su apareamiento y que el mismo está ligado al apareamiento del Estado. La ciudadanía existió tanto en Grecia como en Roma y sirvió para identificar a las personas nacidas en determinada circunscripción territorial denominado Estado, este constructo de pertenencia de “nacionales de un Estado” les permitía un reconocimiento como sujetos plenos para el ejercicio de derechos, oponibles frente a terceros y contra el mismo Estado.

En Grecia, por ejemplo, no todos fueron considerados como ciudadanos, sino solo los hijos de padre y madre ateniense. No fueron considerados como ciudadanos los esclavos, extranjeros, mientras que las mujeres tenían una ciudadanía limitada, ya que no poseían derechos de carácter político (Saavedra, 2007). El sabio Aristóteles

fue el primero que formuló una tesis completa sobre la idea de ciudadanía y sobre el hombre como un *zoon politikon*, es decir, un animal cívico o político. Es por eso, que se afirma que las formas más importantes de comunidad son la familia y la ciudad (Horrach, 2009, p. 4-6). Por lo mencionado, Aristóteles fue un crítico de la ciudadanía limitada tanto en Grecia como en Esparta, siendo que este último Estado se derrumbó debido a los excesivos privilegios de unos frente a otros (Horrach, 2009).

En Roma ocurría lo propio, los esclavos no fueron considerados ciudadanos y se limitó el goce de ciudadanía a extranjeros y a las mujeres (*Ius Civitas*) mientras que solo el romano hombre gozaba de plena ciudadanía (*Ius Gentium*). De forma posterior, Tiberio y Cayo, quienes fueron los creadores del partido popular, realizaron reformas que permitieron la ampliación de la ciudadanía a los latinos que vivían en la misma península itálica o en las colonias (Horrach, 2009). El general Mario, nombrado cónsul el año 105 a. C., extendió la ciudadanía a todos los miembros del ejército, que eran de procedencias muy diversas. Posterior “a una sublevación del año 90, la condición de ciudadanía fue ampliada a todos los pueblos itálicos” (Horrach, 2009, 6). Por último, en el año 212 d. C. se extiende la ciudadanía romana a los habitantes libres, pero dentro de las fronteras del imperio, gracias al emperador Caracalla (Blanch, 2013).

La incidencia de Grecia y Roma en el ámbito de la ciudadanía estructuró en el Estado nación moderna la idea de este concepto con el “privilegio” al que accedían solo los ciudadanos. Es decir, que el acceso y ejercicio de todos los derechos correspondía a quienes habían nacido en las fronteras nacionales de un Estado (*Ius solli*) o a sus descendientes (*Ius sanguini*). Es menester indicar que después de la caída de los imperios citados, el estudio y desarrollo de la ciudadanía y de la democracia fueron reemplazados por sistemas nada igualitarios y violentos, en los que la decisión del monarca imperó sobre los derechos individuales. Según Horrach (2009), en la Edad Media se destacan las ciudades Estado independientes del norte de Italia, las cuales dieron la posibilidad de adquirir la ciudadanía por medio de la propiedad. De esta manera, cualquier persona nacida en otra ciudad podía convertirse en ciudadano. Este caso se replicó en los

cantones helvéticos de Suiza en el año 1291, destacando las repúblicas de Ginebra y de Berna.

A posterior, por el siglo XVIII inicia una serie de revoluciones y luchas sociales en pro de la democracia, la igualdad y la ciudadanía. Se atribuyen estas luchas al período de la Ilustración, y es así como se comienza a hablar de una época de derechos por sobre aquel reino de obligaciones determinadas por un monarca. En este período se destacan el pensamiento liberal y republicano como trasfondo de las revoluciones francesa (1789) y norteamericana (1776) (Horrach, 2009). Las revoluciones inglesas de 1648 y 1688, así como los escritos de pensadores como Montesquieu, Rousseau, Siéyès, Diderot y D'Alembert, influyeron en la Revolución francesa de 1789 (Vargas, 2007, p. 6). El “Espíritu de las leyes” de Montesquieu lideró la propuesta de “división de poderes” para equilibrar el poder del Estado (Montesquieu, 1758, p. 120). Rousseau, en su obra *El contrato social*, estableció los principios de los derechos políticos de las personas libres e iguales en una sociedad democrática (Rousseau, 2008).

Sin duda, estas revoluciones iniciaron una nueva época de reivindicación y ejercicio de derechos por parte de quienes habían sido invisibilizados a lo largo de siglos. En Francia, por ejemplo, en 1790, se eliminaron los títulos de rango social, posibilitando que todo el mundo sea un ciudadano (*citoyen*, al menos en la teoría) (Horrach, 2009). Por fin, se tomaron en cuenta a las minorías religiosas, como es el caso de los hugonotes, que obtuvieron algunos derechos civiles. También se discutió sobre los derechos políticos de los judíos, esclavos y mujeres. El cambio de Constitución se expresó, de forma clara, en la cuestión de la ciudadanía, aunque en la práctica poco se realizó (Horrach, 2009).

Las propuestas del liberalismo introdujeron las ideas de la libertad en diversas manifestaciones y la limitación del gobierno político. En consecuencia, el liberalismo provocó una ruptura en la clase dominante feudal, así como la aparición del Estado liberal, debido a la inconformidad con el régimen absolutista de esa época. Además, el liberalismo estableció las bases ideológicas para el desarrollo del capitalismo por parte de la burguesía emergente (Vargas, 2007, p. 68). El Estado liberal se fundó sobre los principios de la soberanía

popular, la separación de poderes, la igualdad de los ciudadanos ante la ley y la protección de las libertades más básicas de libertad. Un Estado que, de manera independiente de su forma de gobierno, funda un sistema político sobre la base de los principios mencionados, se describe a sí mismo como un Estado liberal.

Las aspiraciones morales y filosóficas del liberalismo se materializaron en la Declaración de los Derechos Humanos y Civiles de 1789 como una ley positiva (Benavides, 2012, p. 55). La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano fue un paso importante en la configuración de la primera Constitución francesa.¹ La Declaración contiene los principios del Estado moderno, tales como el principio de soberanía popular, que ha determinado al pueblo como el portador soberano del poder del Estado. Además, la ley proclama una “expresión de la voluntad general”; en consecuencia, “todos los ciudadanos tienen que participar en su configuración en persona o por medio de sus representantes” (Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y los Ciudadanos, 1789, art. 6). La igualdad de los ciudadanos ante la ley se estableció en el artículo 6 de la mencionada Declaración.

La Declaración contiene las disposiciones más importantes sobre el ejercicio del derecho a la libertad, la propiedad, la seguridad, la resistencia a la opresión y la libre expresión de opiniones y pensamientos (Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y los Ciudadanos, 1789, art. 2). Este catálogo de derechos sigue siendo el pilar de los derechos civiles introducido a escala nacional e internacional por las Constituciones y los convenios internacionales. Sobre esta base, se fundó la teoría liberal de los derechos humanos, basada en el hombre como titular de los derechos esenciales: libertad, vida, propiedad, únicos para cada individuo. Los derechos de los seres humanos se consideran universales porque son compartidos por todas las personas (Valle, 2017).

Como se puede observar, la relación entre ciudadanía y ejercicio de derechos ha sido y es de carácter directa. El ejercicio de derechos de las personas frente al ente estatal sin ninguna limitación

1 Según el art. 3 de la Declaración, “El origen de toda soberanía radica esencialmente en el pueblo”.

ha correspondido siempre a aquel privilegiado considerado como “ciudadano” por parte de un Estado, dejando de lado a quien no posee esa calidad, sea porque ha existido una ciudadanía censitaria o porque en la práctica han existido factores de hecho que no han permitido su ejercicio, como es el caso de un origen nacional distinto.

Respecto de primer caso, y en particular en el Ecuador, Ramiro Ávila (2012) tiene un estudio importante sobre el desarrollo de la ciudadanía en las Constituciones ecuatorianas. En el artículo Ávila destaca una primera etapa conservadora, durante todo el siglo XIX, que reconoció derechos de libertad, limitando los derechos políticos a sectores no propietarios, mujeres, no profesionales, analfabetos, entre otros (Ávila, 2012). De manera posterior, una segunda etapa, en la que se reconocen los derechos sociales, laborales, económicos y culturales; y, por último, una tercera etapa en que la Constitución y el Estado constitucional de derechos y justicia reconoce la diversidad cultural y la pluralidad (1998-2008).

Sobre el segundo caso, la posibilidad de que los extranjeros adquieran la nacionalidad/ciudadanía de un Estado determinado está restringida a requisitos complejos que mediante el acto administrativo de naturalización les permita, y aún en este caso, existe la exigencia de renunciar a la nacionalidad originaria, constituyéndose este pedido en un altísimo costo para los no nacionales que quieren acceder al ejercicio de derechos como “ciudadanos”.

En el marco de los problemas descritos, siempre ha estado el debate sobre la relación entre ciudadanía, nación y ejercicio de derechos. Horrach (2009) citando a Jürgen Habermas, asegura que “la ciudadanía no ha estado nunca ligada conceptualmente a la identidad nacional” y que fue a partir del siglo XVIII que comenzó a identificarse con nación, como el vínculo que le otorga el Estado (p. 13). Con el surgimiento del Estado nación en el siglo XVIII, la situación de las mujeres inmigrantes y las opiniones de los filósofos liberales sobre la universalidad de los derechos humanos cambiaron (Merle, 2002, p. 46), porque el ejercicio de los derechos de las personas se vinculó a la pertenencia de una persona a una comunidad política (López, 2000, p. 2).

Desde este enfoque, los Estados han implantado una corriente nacionalista, securitista basada tanto en la seguridad externa como interna de los Estados. De forma adicional, los defensores de este enfoque han argumentado que la inmigración constituye un peligro para la homogeneidad cultural de un país y a su sistema político. Es por ello que sus sistemas de control de fronteras y de concesión de la ciudadanía a terceros no nacionales ha sido la excepción y no la regla.

Frente al enfoque securitista del Estado nacional tradicional, surgen teorías menos restrictivas de una ciudadanía más cosmopolita y universal, y por ende de inclusión y ejercicio de derechos. En el marco de esta línea, Kant (2013), en su libro *La paz eterna*, concibió un derecho de hospitalidad para con todos los extranjeros para que estos no sean tratados de forma hostil o como enemigos (p. 25). Kant estableció una nueva visión del derecho a migrar y de la ciudadanía mundial en la sociedad moderna, basado en la ley natural clásica consideró al derecho a migrar como un derecho fundamental de la humanidad (Valle, 2017). Sobre este punto, el filólogo Andrea Albrecht (2011) es más cauto y plantea que el derecho de hospitalidad es un derecho condicional, ya que el anfitrión es quien determina la obligación del huésped en su hogar; en ese sentido el Estado, bajo la misma premisa, no permite la libre entrada de extranjeros sin verificación de los documentos de viaje.

En Ecuador, a lo largo de la historia republicana, las dos tendencias se han desarrollado en las normas y Constituciones. En el año de 1971 la legislación migratoria, por ejemplo, fue selectiva y se vinculó con la Doctrina de la Seguridad Nacional, de ahí que la norma era utilizada como un mecanismo de control y límite del flujo migratorio con la finalidad de prevenir la entrada de posibles individuos peligrosos al país. El principal matiz de aquello fue la aplicación de una política migratoria selectiva y restrictiva de la migración.

La mencionada ley de migración y extranjería permaneció vigente incluso hasta después de la aprobación de la Constitución de 2008, a pesar de que esta estipuló el principio de ciudadanía universal y el derecho a migrar, este hecho generó el rompimiento del esquema tradicional de control de fronteras y restricción de ingreso

a diferentes flujos migratorios, que antes se evidenciaba en la legislación migratoria.

Hay que tomar en cuenta que la corriente no securitista inicia con la Constitución de 2008, ya que estipula que el Ecuador es un Estado constitucional de derechos y de justicia; esto significa, en lo material, el cambio de un modelo legalista por uno de carácter constitucional en el que se respeten los derechos de las personas sin discriminación alguna. Es decir que “la protección y promoción los derechos fundamentales, al encontrarse en un rango constitucional, contienen un valor substancial a nivel normativo que da lugar a que todos los actos normativos y administrativos infraconstitucionales deban supeditarse, ser coherentes y concordantes con lo establecido por la Constitución e instrumentos internacionales de derechos humanos, con la finalidad de proteger y hacer progresivos estos derechos fundamentales”, señala Prieto Sanchís (2009), citado por Rosa Bolaños (2020; p. 54-55).

Bajo este nuevo esquema constitucional se empieza a desarrollar una estructura normativa que tiene como objetivo dar mayor protección y favorabilidad en el ejercicio de derechos fundamentales, según Grijalva (2012), citado por Bolaños (2020, p. 60-61). El artículo 9 de la Constitución, por ejemplo, sobre el principio de igualdad formal, establece que las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que los ecuatorianos; lo cual implica que no se puede limitar el acceso y ejercicio de derechos a una persona por su condición de nacionalidad (Constitución de la República del Ecuador, 2008; Art. 9). De manera adicional, en el artículo 11, numeral dos, se determina que todas personas son iguales y gozan de los mismos derechos, deberes y oportunidades, por ende, nadie podrá ser discriminado por cuestiones de condición migratoria, condición, sexual o cualquier otra distinción que tenga por objeto menoscabar el ejercicio de los derechos (Constitución de la República del Ecuador, 2008; art.11, numeral 2).

Bajo estos principios de igualdad y de no discriminación se propugna en adición el principio de ciudadanía universal como una paradoja al principio de ciudadanía nacional del Estado nación. En ese sentido, todas las personas al llegar a un país receptor tienen los

mismos derechos que le son inherentes a los nacionales. Este precepto sin duda es un cuestionamiento a la noción de ciudadanía tradicional, entendida como “el estatus jurídico-político dado por el Estado para el acceso y ejercicio de derechos políticos y civiles”, precisan Rodríguez y Navarro (2012) citados por Bolaños (2020, p. 55). El principal cuestionamiento al referido principio es la realización material del mismo, para ello debemos entender que se trata de un principio de abstracción complejo, que no puede ser ejecutado de manera directa como en el caso de los derechos. Sin embargo, tampoco podemos negar que sirve para el desarrollo progresivo en materia de ciudadanía y migración.

Al respecto, debemos tener claro que la Constitución del 2008 establece este principio como un precepto para las relaciones internacionales en cuanto a la promoción y protección de derechos de los migrantes en la comunidad internacional. En ese sentido, existe la propuesta de una desnacionalización del concepto de “ciudadanía”, con la finalidad de garantizar el acceso y ejercicio de derechos, independiente del estatus migratorio o de los requisitos y condiciones establecidos por los Estados. Al respecto, Boaventura de Sousa (2004) observa que se produce una suerte de desterritorialización del Estado nación, cuyo objeto es el de estructurar una convivencia más igualitaria con base en la dignidad humana de todas las personas (p.214).

Sobre este último aspecto, autores como Rainer Bauböck (2006) expresan que no se trata de utopías irrealizables, pues el caso de la Unión Europea es el vivo ejemplo de la desterritorialización y del tratamiento igualitario en materia de derechos mediante la ciudadanía “extendida” europea, que nos muestra que la equiparación de derechos de los nacionales de varios países es posible si hay voluntad política que lo permita. De esta manera se deja de lado el anquilosado concepto “inflexible” de la nacionalidad relacionada solo con el Estado nación y el territorio.

Sobre esta base, el autor plantea la teoría de la “ciudadanía transnacional” como un nuevo concepto y paradigma frente al concepto clásico de ciudadanía según el Estado de origen, generando así un

espacio mundial de ejercicio de derechos por parte de los migrantes en cualquier país de destino que se haya seleccionado (Bauböck, 2006; pp. 21-22). En el mismo sentido, Wagbau (2012), citado por Bolaños (2020), dice que la ciudadanía es una categoría que puede ser susceptible de reforma, “con la finalidad de que se construya una política y ordenamiento jurídico de integración, ya que a partir de este principio no es que se genera la ideología de un control migratorio inexistente, o una apertura de fronteras absoluta” (p. 120).

Por todo lo mencionado, el Estado ecuatoriano, enmarcado en el constitucionalismo, debe construir una política migratoria encaminada a superar el concepto tradicional de la ciudadanía, en miras a reconocer la existencia de derechos fundamentales hacia la población migrante como mecanismo de optimización del principio de ciudadanía universal.

4.2. El derecho comunitario internacional en contraste con el Estado unitario centralista

La triple dimensionalidad del ordenamiento jurídico que se construye alrededor de la Constitución, relacionada con el proceso de vaciamiento de la Constitución y distribución de poderes en sentido vertical, parte de la transferencias o cesión de competencias al derecho comunitario en el espacio internacional, mientras que en lo local se prevé la asignación de competencias a las autonomías y regiones territoriales para que se organice el Gobierno y la Administración pública, acercándola a la ciudadanía.

En contraposición a este modelo, sea por debilidad institucional de esa distribución de poderes o debido al débil desarrollo de estos procesos de descentralización, se prevé la concentración del poder del Gobierno central, que impide, en lo comunitario, el fortalecimiento del comercio internacional; y en lo local, el fortalecimiento de la democracia constitucional fundada en los derechos humanos y la pluralidad cultural interna, que reconozca todas sus manifestaciones que se pueden proteger de manera adecuada en forma de autonomía o de regiones.

4.3. Influencia internacional del derecho comunitario andino en el Estado y las constituciones

Las Constituciones, en general, poseen los siguientes rasgos comunes: a) principios que legitiman el orden constitucional que se establece en torno a la soberanía popular, comprendiéndose como un instrumento orgánico y procedimental, como la organización de funciones del Estado y las garantías de los derechos que la posibilitan y aseguran; b) Constitución material, fuente primigenia del ordenamiento jurídico y suministradora de elementos organizativos necesarios para que pueda surgir y subsistir el orden unitario que concreta e identifica el Estado; c) los derechos fundamentales o constitucionales, que son preceptos superiores en cuanto se configuran como normas de reconocimiento del orden jurídico. Se reconocen derechos si un orden jurídico determina la invalidez de otras normas o la ilegitimidad de los actos judiciales, afirmando que los derechos exigen de su cumplimiento material. De ahí que, si se afecta un derecho, se afecta el ordenamiento jurídico a sus principios y estructura normativa; y, d) Constitución formal, son límites normativos de carácter formal o procedimental —seguridad jurídica— (De Cabo, 2003, p. 42). Estas características establecen que la vigencia y validez de los derechos, las garantías y los procesos constitucionales dependen de forma exclusiva de la Constitución. Sin embargo, la mencionada exclusividad se relativiza en ciertas materias, ya que las propias Constituciones prevén una vía de escape de sus competencias, por medio de la transferencia, cesión o la delegación.

La transferencia de competencias implica la pérdida de las mismas, es decir que una vez que estas se han enviado, mediante tratado internacional, no podrán ser controladas, de forma jurídica, desde la Constitución, sino desde el sistema de integración. Por su parte, la cesión, supone, de manera simple y llana, ceder el poder o la soberanía del Estado a un ente, la organización supranacional, para que sea ese ente el que administre el poder cedido con todo lo que ello implica. A partir de la cesión de la soberanía, los límites que la condicionan son los de la organización supranacional (Trempe, 2004, p. 145). Por último, la delegación es una forma de cooperación, que

permite una concurrencia de la soberanía nacional y de la influencia del tratado internacional en la regulación de competencia, es decir, el control de la competencia entre el nivel nacional y el internacional.

En efecto, para comprobar si se trata de una cooperación, cesión o una transferencia de competencias en los países de la Comunidad Andina de Naciones (CAN), es necesario observar las normas de las Constituciones de los países miembros, como son Colombia, Ecuador, Perú y Bolivia; si su regulación es uniforme se podría identificar con mayor facilidad si existe o no control del Estado del derecho del ordenamiento jurídico comunitario, situación que se complicaría si cada Estado tuviese una configuración propia que podría afectar el desarrollo del derecho comunitario.

Estas fórmulas constitucionales, habilitantes para el proceso supranacional de la integración de los países miembros de la CAN, tienen diferentes acepciones sobre la integración. La variada índole de normas constitucionales son la manifestación de la intención del titular de la soberanía —el pueblo—, que desde el punto de vista de la jurisprudencia colombiana se la ha conceptualizado así:

La integración latinoamericana responde y se afianza sobre la concepción moderna de soberanía relativa, que ya no la reconoce como un poder supremo absoluto e ilimitado del Estado, sino como algo limitado y restringido por la integración, lo cual obviamente implica la restricción de específicas competencias de los Estados en organismos comunitarios, con el fin de hacer viables los procesos de integración (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. C228-1995).

Como señala Rubio Llorente, “cláusulas de apertura a la integración” parten de una base constitucional (1996, p. 18), aceptando que la propia Constitución y la configuración del Estado se va a ver afectada de manera profunda con un proceso de integración (Pérez, 1994, p. 145). En primer lugar, porque la finalidad inmediata de la integración implica una reducción de soberanía que debe estar dotada de una base constitucional, explícita o implícita, adecuada a los cambios que genera la integración, que es inexcusable para el Estado; caso contrario, la propia legitimidad de la integración quedaría en entredicho si se lleva a cabo el proceso al margen o en contra de ella. En segundo lugar,

y con la finalidad de dotar de validez interna al derecho comunitario, es necesario que su aplicación cuente con el apoyo de la Constitución, que es su fuente de vinculación (Pizzolo, 2004 p. 797).

Las denominadas cláusulas de apertura funcionan como cláusulas de habilitación genérica, que van especializándose a medida que se desarrolla el derecho comunitario originario. En esa medida, el Estado se desprende de competencias mantenidas bajo su órbita e influencia. Es de notar que las cláusulas habilitantes no mantienen una redacción uniforme en los textos constitucionales de los países miembros de la CAN, por ello es necesario agruparles en categorías que son propias del estudio de las Constituciones, como son las Constituciones flexibles y rígidas, según su grado. Al respecto, como sostiene James Bryce, toda Constitución escrita tiene un grado de rigidez, mientras que las que no son escritas son flexibles, como es el caso de Inglaterra (2015, p. 59). Esto se debe a que la rigidez se desprende de las regulaciones constitucionales que prevé su reforma o modificación, que se regulan de manera diferente a las modificación de una ley; si mayor es el grado de complejidad, como la concurrencia de una votación calificada por las maría parlamentaria y un proceso de consulta popular, será más rígida porque está garantizando de forma más fuerte la vigencia del texto constitucional.

Para el caso del derecho comunitario, la rigidez se mide por la apertura que la Constitución posee en relación con las atribución o competencias que envía al derecho comunitario. Así, de un lado, las fórmulas habilitantes pueden funcionar como un cerrojo que preserva las competencias y el cual se abre en específicas y determinadas circunstancias; o bien, pueden ser flexibles, estas funcionan como un amplio pasillo que conecta al derecho interno con el derecho comunitario en un desplazamiento constante de competencias. Pudiendo señalar que la máxima rigidez en materia comunitaria es en el momento en que encontramos en el mandato constituyente mayor precisión de la competencia que se transfiere al órgano de la integración, incluso se prevé la necesidad de reforma constitucional para ampliar las competencias que requiere la integración (Constitución de la República del Ecuador, 2008, arts. 416 y 417).

Por su parte, las Constituciones que no imponen barreras ni límites a la salida de competencias para la integración, desde la órbita estatal, deben considerar los efectos de la integración sobre los derechos constitucionales durante el proceso de creación y desarrollo del órgano de integración, que, dependiendo de su consolidación, hará efectivo el derecho comunitario sobre el nacional. Sin embargo, no en todos los procesos existe una madurez de los sistemas de forma homogénea. El constituyente de cada país miembro de la CAN ha reconocido un nivel intermedio de rigidez para enviar competencias al Sistema Andino de Integración, como lo explica la siguiente tabla:

Tabla 1
Normas constitucionales de los países de la CAN
para configurar el Derecho Comunitario Andino

País	Constitución	Apertura a la integración	Límites y formulas
Bolivia	Arts. 226, 257, 258, 260 y 266 de la CPRB	Permite la integración mediante la cesión de competencias.	Límites materiales y formales. Fórmula rígida.
Colombia	Arts. 150.16 y 227, CP	Transfiere de forma parcial competencias mediante delegación.	Límites materiales equidad, igualdad, reciprocidad y conveniencia nacional. Fórmula rígida.
Ecuador	Arts. 416, 417, 420, 422 y 423 (objetivo estratégico la integración) CRE	Cesión de competencias para la integración política y económica.	Existen límites materiales, en el arbitraje internacional, la no restricción de derechos y el acceso a los medicamentos. Fórmula rígida.
Perú	Art. 44. CP	Promover la integración latinoamericana.	No prevé límites expresos para la integración, por tanto, estos derivan de la lectura integral de la Constitución. Por lo que su fórmula es semirrígida.

Elaboración: propia (2020).

Como se ha verificado desde las Constituciones de los países miembros de la CAN, no hay homogeneidad en cuanto a las normas de transferencia de competencias (es de notar que todas las

Constituciones han sido reformadas con posterioridad al Tratado de Cartagena, sin que exista unidad en ese sentido), afectando al proceso de integración como tal, ya que desde las normativas nacionales el constituyente envía las competencias de diferentes formas repercutiendo en la actividad de los organismos de la CAN, así como en los sistemas jurídicos internos.

Ahora bien, el proceso de integración es paulatino y se demuestra desde la visibilidad de los órganos y su presencia con producción jurídica autónoma cada vez más activa y demostrando su presencia en los países miembros. En el caso de la CAN es aún débil, lo que también permite afirmar que la CAN está en un proceso de integración o que aún no llega a ser un proceso comunitario maduro, debido a que su presencia aun no vincula a los países miembros ni a sus pueblos; en ese sentido se ha mantenido como un proceso de cooperación internacional.

El caso colombiano es más claro en este aspecto; así, la Corte Constitucional sobre el papel de la jurisdicción nacional y supranacional, ha dicho lo siguiente:

Con respecto a la cooperación jurisdiccional mutua entre las jurisdicciones de los Estados miembros y el Tribunal de Justicia del Acuerdo de Cartagena, es ilustrativo el criterio del magistrado de dicho tribunal, doctor Roberto Salazar Manrique, expuesto de la siguiente manera: (e)l sistema judicial comunitario no se compone solo por el Tribunal del Acuerdo de Cartagena, sino que conforma un concepto de mayor alcance, compresivo tanto de las jurisdicciones de los Estados miembros como del Tribunal de Justicia. El Tribunal no es el único que tiene jurisdicción comunitaria en cuanto a la aplicación del derecho se refiere, por lo cual debe compartir sus funciones con las justicias nacionales sin afectar la autonomía judicial en los Estados miembros. Una vez que entra en vigor el acuerdo que crea el tribunal supranacional, su primer efecto es el de ampliar el ámbito de competencias de las justicias nacionales de los Estados miembros al conjunto de las controversias en la que se discute la aplicación del ordenamiento jurídico de la Comunidad (Corte Constitucional de Colombia, Sentencia No. 228-95).

Entonces queda claro que la jurisdicción comunitaria de la CAN no desplaza de manera completa a la interna sino que mantiene una

relación de cooperación que también es patente en la aplicación del derecho que, en el caso comunitario, el que está revestido del principio de aplicación directa, en caso de ser irrespetado debe presentarse ante el Tribunal Comunitario una acción de incumplimiento del Estado, es decir que la relación jurídica es del Estado con la Comunidad, no de manera directa del ciudadano con la CAN.

En Ecuador, la jurisprudencia sobre el derecho comunitario afirma que es aplicable la concepción de cooperación de los tratados internacionales, es decir que estos forman parte del ordenamiento jurídico interno y tiene el valor de ley y están bajo la Constitución, solo que cuentan con la particularidad de aplicación directa de sus normas y en casos relacionados con derechos constitucionales ha dicho que le corresponde su protección al órgano constitucional.

En esa línea, el ex Tribunal Constitucional del Ecuador, mediante Resolución No. 026-2006-TC, declaró la inconstitucionalidad de un enunciado normativo de la Ley de propiedad intelectual, tomando como parámetro para el control y la Decisión Comunitaria No. 351 (sobre propiedad intelectual), asumiendo que se encuentra bajo la Constitución. En 2009, la Corte Constitucional se ha pronunciado respecto de temas de propiedad intelectual considerando que existe un espacio constitucional admisible para la protección de derechos constitucionales, lo que demuestra la identificación de su competencia en el caso concreto. En consecuencia, consideró que la Constitución prohíbe los monopolios y procedió a la protección de derechos.

También, existen 42 amparos constitucionales resueltos por el ex Tribunal Constitucional, en los que se sostienen dos tesis: 1) se acepta el amparo constitucional a partir de la consideración de que los derechos de autor están consagrados en el Acuerdo de Cartagena, instrumento jurídico que forma parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano y prevalece sobre las demás leyes de conformidad a la Constitución; y 2) es que en razón del pago indebido de aranceles no le corresponde pronunciarse al ex Tribunal Constitucional, sino al Tribunal Contencioso Administrativo, no mencionando nada acerca del Tribunal Andino de Justicia. Elementos por considerar respecto del papel de la CAN en el derecho interno, que en los casos enunciados no cumpliría ninguna función.

Con estos elementos se demuestra que los países miembros de la CAN asumen un nivel de integración subsidiaria y no autónoma. Es evidente también la falta de relación directa de la Comunidad con los ciudadanos, pues sanciona a los Estados como si se tratara de un nivel intermedio de organización internacional similar a la de la OEA, es decir que no es de aplicación directa, como ocurre con otras integraciones, como es el caso de la Unión Europea (UE).

En el mismo sentido, se debe observar a la CAN y su actividad como receptor de competencias, ya que su desarrollo marcará el ritmo del proceso integracionista, el cual destaca diversos imperativos, a saber: a) cualidad jurídica para la integración (transferencia, delegación “restrictivo revocable entrega parcial de competencias”, atribuciones); b) su contenido lo habilita (competencias derechos soberanos); y c) sus límites formales y materiales, condición de reciprocidad, o bien la cualidad de sujeto beneficiario de la acción, es decir, de las competencias. Podríamos afirmar que, a mayor profundidad del proceso de integración, dependiendo de la flexibilidad de las normas de apertura a la integración, se afectan las constituciones de los Estados miembros.

Es importante señalar que el Estado y la Administración pública podrían verse afectados debido a la incompatibilidad de los modelos: 1) las Constituciones de los países miembros de la CAN mantienen la fórmula “Estado social de derecho”, con particularidades de Ecuador y Bolivia, que prevén procesos plurales y multiculturales; y 2) la integración comunitaria posee un modelo de mercado, con objetivos distintos, en su totalidad, de los previstos por las Constituciones estatales, es así que las competencias que pierden los Estados al ser controlados por el órgano comunitario son reconducidas a objetivos de mercado, lo que implica, de manera potencial, una limitación de los derechos desde esa perspectiva, como ha ocurrido en la Comunidad Europea, que obligó a reducir los presupuestos en ámbitos sociales para responder a la crisis financiera global de 2008 (Tremps, 1994, p. 65).

El proceso de integración de la CAN es débil debido al nivel de cooperación y a que las Constituciones prevén distintas formas de

integración, lo que repercute en el proceso comunitario e impide su desarrollo; este hecho, que no permite analizar la incidencia del mercado sobre las cláusulas sociales nacionales, o la afectación directa a los ciudadanos, como ha ocurrido en Europa, de todas formas, es un aspecto para tomar en cuenta en la configuración del Estado actual en relación con la dimensión internacional.

4.4. La apertura del Estado constitucional y la Administración pública a los tratados internacionales de derechos humanos

Si la constitucionalización de la Administración pública es un reto por los límites que supone el principio de legalidad en el derecho público, se puede hacer solo lo que está previsto en la ley y nada más, queda aún más lejana la relación entre Administración pública y aplicación de los derechos humanos, reconocidos en tratados internacionales.

Si bien, la consideración de *soft law* de los derechos humanos marcan la distancia entre la aplicación del derecho interno y los servicios públicos, la falta de legislación que adecue la Administración pública al reconocimiento de esos derechos requiere de un arduo trabajo legislativo que no siempre coincide con las exigencias sociales. Lo que se muestra como una tensión entre los derechos humanos y el argumento de aplicación de la ley, sin contexto, realidad y tiempo, que la Administración pública usa como justificación de sus decisiones, para ese modelo de decisión todos los casos deben decidirse desde la lógica formal en la aplicación de la norma al caso, sino no hay norma, el caso no existe y se procede a negar el servicio público.

Para una mejor comprensión resulta importante configurar la Constitución de Ecuador, que a diferencia de otras de la región, se trata de una norma abierta que prevé el principio de aplicación directa de la Constitución y de los derechos reconocidos en los Tratados Internacionales de Derechos humanos para que los funcionarios públicos y los jueces puedan aplicar a los casos concretos, sin embargo, esta configuración no ocurre debido al referencialismo al principio de legalidad y al temor de las auditorías públicas que consideran la aplicación de la letra de la ley como la única posibilidad de resolver los casos de la ciudadanía. En efecto, un caso que demuestra esta

tensión es el reconocimiento del matrimonio entre personas del mismo sexo en Ecuador, debido a que la regulación del Código Civil y la Ley Orgánica de registro de Datos Públicos establece que el matrimonio debe ocurrir entre un hombre y una mujer; antes de la sentencia de la Corte Constitucional del Ecuador, el caso resulta interesante porque los peticionarios habrían solicitado al Registro Civil del Ecuador la aplicación de la Opinión Consultiva 24/17 que interpretó el artículo 17 de la Convención Americana de Derechos Humanos, determinando que el matrimonio entre parejas del mismo sexo se ajusta a la Convención, exhortando a los países miembros de la OEA a que adecuen sus ordenamientos a esta interpretación.

En Ecuador, en el año 2017, la Dirección General de Registro Civil (DGRC) negó a R. Salazar y C. Verdezoto la posibilidad de contraer matrimonio civil, basados en artículo 67 de la Constitución y 81 del Código Civil, normas que regulan el matrimonio de manera exclusiva para parejas heterosexuales y, en su lugar, reconoce a la unión de hecho como un medio para legalizar las relaciones entre parejas homosexuales, conforme lo previsto en el artículo 68 de la Constitución.

Este hecho, impulsó a Salazar y Verdezoto, apoyados por organizaciones sociales LGTBI y ONG, a presentar una acción de protección contra la Dirección General de Registro Civil, por trato discriminatorio y por desconocer la Opinión Consultiva 024/17 de la Corte IDH. En agosto de 2018, la jueza de primer nivel Gabriela Lemos, siguiendo lo previsto en el artículo 428 de la Constitución y las exigencias de la sentencia constitucional 001-13-SCN-CC, remitió el proceso en consulta ante la Corte Constitucional, petición que la sustentó en la prohibición de trato discriminatorio y la aplicación directa de la Opinión Consultiva 24/2017, la cual se pronunció sobre identidad de género y no discriminación a las parejas homosexuales, instrumento que, a su vez, interpretó los artículos 1, 24 y 17.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Así, la Corte orientó su opinión para que todos los países miembros de la OEA, sea que hayan o no ratificado la competencia contenciosa de la Corte IDH (ut supra), se abstengan de establecer instituciones jurídicas diferentes para situaciones jurídicas similares, como es el caso del matrimonio, puede ocurrir tanto

entre parejas homosexuales como en heterosexuales, considerando que de acuerdo con un escrutinio estricto de igualdad, las diferencias basadas en las orientaciones sexuales de las personas es un acto discriminatorio, y por tanto, incompatible con la Convención.

La Corte Constitucional, mediante el caso No. 10-18-CN, del Juez Lozada, propone analizar la protección del núcleo esencial de los derechos y el test de ponderación, inclinando el peso de la balanza al reconocimiento de los derechos a la igualdad y al libre desarrollo de la personalidad de las parejas del mismo sexo por sobre el principio democrático.

En un caso similar que fue resuelto por el juez ponente Ramiro Ávila, quien concentró sus esfuerzos hermenéuticos e interpretativos en definir el valor de los instrumentos internacionales en el momento en que reconocen derechos más favorables a las personas que el ordenamiento interno, decidió aplicar de manera directa la Opinión Consultiva 024/17 y proteger el derecho al matrimonio entre parejas del mismo sexo.

Los dos casos permiten adecuar el ordenamiento jurídico al derecho a la igualdad de las minorías y al reconocimiento de una Administración pública más ligada a los tratados internacionales de derechos humanos, tema que resulta fértil para iniciar un debate sobre el rol de la Administración pública en la protección de los derechos humanos, como ocurre en los casos de las minorías sexuales.

5. Descentralización, regiones y autonomía del estatal frente al centralismo

De vuelta en lo local, el pluralismo jurídico, la plurinacional y el multiculturalismo plantean una reconfiguración del origen del poder y la soberanía estatal, pues si bien la democracia representativa mediante el voto concentraba este complejo orden en una forma única de construcción del poder político y de organización estatal; es claro que, a partir de la ampliación de derechos y reconfiguración del Estado más cercano a la población, las organizaciones comunitarias y las prácticas ancestrales también son mecanismos de ejercicio de la

soberanía en una dimensión plurinacional que se les reconoce a los pueblos indígenas, afros y campesinos, lo que rompe con la premisa de la centralidad y el voto como únicas fuentes del poder del Estado.

En cuanto a la democratización del poder y la adecuación de una Administración pública más cercana a la ciudadanía, la descentralización, las regiones y la autonomía prometen mejores servicios públicos y la participación ciudadana en su configuración. Por ello, es importante que estas dimensiones de poder se ajusten a una adecuada ingeniería constitucional partiendo de la forma de Estado y de su estructura organizacional (Sartori, 1999, p. 97), claves para evitar acumulación de competencias y concentración de poder a la carta, es decir que el error de las Constituciones sería concentrar aquellas facultades que desequilibran el poder y enviar a lo local funciones residuales que no tienen impacto en el ejercicio del poder y los derechos de la ciudadanía.

En el caso de Ecuador, la Constitución de 2008 prevé como forma de Estado el presidencialismo, caracterizado por la manera de elección y el conjunto de competencias que resaltan por el poder de veto que tiene el presidente como colegislador (Sartori, 1999, p. 98), a más de las interesantes dimensiones territoriales de ejercicio del poder, correspondiendo al rol del Estado en su carácter unitario, que no es distinta a las anteriores configuraciones constitucionales, la defensa, la seguridad, las relaciones internacionales, la migración, los recursos naturales, la biodiversidad, el plan de desarrollo, entre otras (Ortiz, 2008, p. 219).

La autonomía, entendida como un concepto flexible que abarca la política, las finanzas y la Administración pública, para el desarrollo de los gobiernos autónomos descentralizados, estos podrán expedir sus normas en el marco de sus competencias y conforme lo previsto en las leyes creadas para el efecto, pudiendo ejercer funciones ejecutivas, legislativas y administrativas, limitadas por la ley y la Constitución.

La región es el nivel más alto de organización autonómica de un territorio, por el alto nivel de competencias que las provincias y los

municipios, considerando que el Estatuto, que es el documento en el que se contendría las competencias constitucionales, pasa por un proceso legislativo, de control constitucional y de consulta popular. Esta entidad posee competencias ejecutivas y legislativas, en relación con el ordenamiento territorial, económico, cuencas hidrográficas y vías (Ortiz, 2008, p. 219). Al evidenciarse un vacío debido a la falta de iniciativas de las provincias colindantes que podría haber propuesto desde hace diez años este modelo autonómico, no es posible que se descentralice la organización estatal, lo que permanece concentrado en el Gobierno central, en el caso de los gobiernos autónomos descentralizados, consejos regionales, provinciales y municipales, y ciertos concejos metropolitanos, y las juntas parroquiales rurales (Art. 238), así como, regímenes territoriales ambientales, étnico-culturales y demográficos (Grijalva, 2012, p. 35).

De otro lado, la Constitución, como se indicó, fortalece la influencia del Estado central con la planificación y la influencia en el control de la economía nacional y el conjunto de competencias previstas en el artículo 261, que expande la presencia del Gobierno central en las políticas públicas de defensa, seguridad y relaciones internacionales o la gestión de los sectores estratégicos y la presencia de las empresas públicas. Esta forma de organización puede generar tensiones con las competencias asignadas y esa contradicción puede solventarse por el órgano que mayor influencia de poder tenga o en su defecto que no se cumplan porque están inmersas en conflictos positivos y negativos de competencias. Es decir, que si el Estado central y el gobierno local no logran definir qué le corresponde realizar a cada nivel, pretendiendo los dos cumplir el mismo objetivo estatal configurando un conflicto positivo, no se cumpliría la competencia, en sentido contrario, si los dos niveles no consideran que deben cumplir con la atribución constitucional provocarían conflictos negativos, causando que la ciudadanía, en los dos casos, no reciba el servicio público.

Del mismo modo como ocurre en el sistema jurídico, definir qué norma es la aplicable considerando la jerarquía o el principio de competencias, como lo prevé el artículo 425 de la Constitución, situación que involucra varios aspectos a definir si es aplicable un

decreto presidencial o una ordenanza, elección que podría tender al centralismo o a la autonomía, dependiendo del criterio aplicado, con lo que, de forma evidente, está en juego la organización de Estado, el valor de la democracia y la validez del derecho, de ahí que los funcionarios públicos y operadores de justicia deben justificar sus decisiones a fin de no menguar la organización estatal y desmantelarla con decisiones que tiendan a centralizar el poder.

6. Conclusiones

La noción de Estado, ciudadanía, nación, desde su origen hasta la actualidad, han generado un vínculo jurídico de pertenencia que incide en el ejercicio de derechos y la observancia de obligaciones por parte de los Estados con sus administrados.

El ejercicio de derechos por parte de quienes han sido considerados ciudadanos ha dependido de la mayor ampliación del concepto de “ciudadanía”, pues la historia del Ecuador ha mostrado que ha existido una ciudadanía censitaria o privilegiada, que ha relegado el ejercicio de derechos a minorías o a grupos que no pertenecen a ciertas élites. Sin embargo, de ello, la sociedad es cambiante y ha exigido el reconocimiento de derechos y de la ciudadanía de todas las personas, es así como al menos, de manera formal, hoy todos somos considerados ciudadanos y podemos ejercer nuestros derechos.

El Estado y la Administración pública están destinadas a adecuarse a los contextos de la cultura y la globalización, mantenerse estática frente a la influencia de estos elementos que hasta cierto punto pueden ser contradictorios, genera un aislamiento en lo internacional y una concentración de poder en lo local. Además, que dicho anquilosamiento no responderá a las necesidades de los administrados, lo cual torna a la Administración pública como ineficiente, eso distorsionaría la razón de ser del Estado.

Por lo mencionado con anterioridad, existen en la actualidad conceptos que deben ser vistos desde una nueva óptica, como es el caso de la “ciudadanía universal”, la cual no se limita a las fronteras nacionales de un país, sino que tiene un carácter regional, como en el caso

de la Unión Europea, y que permite un mayor ejercicio de derechos que el constructo tradicional.

El estudio identifica que el derecho comunitario en el campo del mercado influencia en las Constituciones y en el Estado, generando una tensión con las aspiraciones regionales de un mercado común y los fines sociales de los Estados en las constituciones locales. Del mismo modo, el estudio revela la forma en la que el avance en el reconocimiento de los derechos humanos ha incidido de manera determinante en el avance del reconocimiento de los derechos de las minorías, como es el caso del matrimonio igualitario.

Por su parte, la cultura y los derechos colectivos han menguado la configuración del poder del Estado unitario, permitiendo que se acerque la ciudadanía al Estado, a partir de la racionalidad del sistema para reconocer derechos y organizaciones del ejercicio de poder plural que, en un sentido histórico, ha sido desconocido y desplazado.

La Constitución, como forma de organización del poder, ha previsto diferentes mecanismos de descentralización y autonomía para acercar el poder al pueblo. En ese sentido, las regiones y la autonomía son los procesos que tienen mayores posibilidades de descentralizar el poder del Estado central, en menor grado los gobiernos provinciales y municipales, en el ejercicio ordenado de sus competencias. Hasta el momento, no se han constituido las autonomías regionales por falta de organización y cooperación de los gobiernos autónomos descentralizados; en ese sentido el poder continúa centralizado y la Administración pública, dependiendo, de forma exclusiva, de las directrices del poder central.

7. Referencias bibliográficas

- Aguilera, R. (2018). *Lo público de la Administración Pública en la visión norteamericana*. Ciudad de México: UNAM, p. 105-138.
- Ávila, R. (2012). *Evolución de los derechos fundamentales en el constitucionalismo ecuatoriano*. Montecristi: UASB-Sede Ecuador, p. 1-51.
- Albrecht, A. (2011). Aufklärung für das kommende Jahrhundert. Lessing, Habermas und Derrida über Toleranz und Gastfreundschaft. In Weiershausen, Romana, Wilke, Insa & Gülcher, Nina (Hrsg.), *Aufgeklärte Zeiten? Religiöse Toleranz und Literatur*, Berlin S. 37 f.
- Benavides, J. (2012). Los derechos humanos como norma y decisión. Una lectura desde la filosofía política. *Crítica y derecho* n.º 6, 115.
- Blanch, J. M. (2013). *Dignidad personal y libertad: libertad y ciudadanía en la antigua roma*. Madrid. pp. 163-182.
- Bolaños, R. (2020). *Derecho a migrar, conflictos jurídicos y tensiones en la política migratoria ecuatoriana. Caso Venezuela 2017-2018* (Tesis de grado). PUCE, Quito.
- Bryce, J. (2015). *Constituciones rígidas y Constituciones flexibles*. (Traductor P. Berdú). Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Corte Constitucional colombiana, Sentencia n.º C-228-1995.
- Corte IDH, OC.24-2017. Identidad de género, e igualdad y no discriminación a parejas del mismo sexo. San José de Costa Rica: de 24 de noviembre de 2017. Serie A No. 24.
- Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y los Ciudadanos (1789). art. 6. Recuperado de https://www.conseil-constitutionnel.fr/sites/default/files/as/root/bank_mm/espagnol/es_ddhc.pdf
- De Cabo, A. (2003). El fin del garantismo: la actualidad en EE. UU. en 2002. En M. Criado (Ed.), *Teoría y Realidad Constitucional*. España.
- De Sousa Santos, B. (2004). *Democracia de Alta Intensidad. Apuntes para democratizar la democracia*, Bolivia, S. 12.
- Derecho Constitucional (2009). p. 797.

- de Cabo Martínez, C. (2003). *La Reforma Constitucional en la perspectiva de las fuentes del derecho*. Madrid: Trotta, p. 42.
- Fernández, J. (2016). *Derecho administrativo*. México: Secretaría de Gobernación, Secretaría de Cultura, IneHrM, UNAM, Instituto de investigaciones Jurídicas. Recuperado de <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/9/4455/16.pdf>
- Galindo, M. (2000). *Teoría de la Administración Pública*. México: Porrúa. Recuperado de <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/12816/TEORIA%20DE%20LA%20ADMINISTRACION%20PUBLICA.pdf?sequence=1>
- Guzmán, I (1961). *Teorías Políticas de la Administración Pública*. Ed. Tecnos, México. En Pizzolo C., *Constitución nacional y procesos de integración regional en el desarrollo del problema de la soberanía*. Lima, Memorias del X Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, septiembre de 2004.
- Grijalva, A. (2012). *Constitucionalismo en Ecuador*. Quito: Corte Constitucional de Ecuador/Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional.
- Heller, H. (2010). *Teoría del Estado, Edición y Estudio Preliminar. La teoría político-jurídica de Hermann Heller*, a cargo de José Luis Monereo Pérez, Comares, Granada, 2004, XLIX, 328 p.
- Häberle, P. (2003). *El estado constitucional*. Traducción de Diego Vadaléz. Fondo Editorial de la Pontifica Universidad Católica del Perú. pp. 23.
- Horrach, J. (2009). Sobre el concepto de ciudadanía: historia y modelos. *Factótum* 6. Miralles Universidad de las Islas Baleares, pp. 1-22. Recuperado de <http://www.revistafactotum.com>.
- Jellinek, G. (2004). *Teoría General del Estado*. México: FCE.
- Kant, I. (2013). *Zum ewigen Frieden. Ein philosophischer Entwurf* (Erstdruck 1795), Berlin 2013, S. 25.
- Kropotkin, P. (2001). *El Estado*. Difunde la Idea. CGT, España. Recuperado de https://www.inventati.org/ingobernables/textos/anarquistas/kropotkin_elestado.pdf

- López, A. (2000). Inmigración, *Ciudadanía y Derechos Liberales*. Instituto de Filosofía CSIC, Madrid S. 12. Recuperado de http://sirio.ua.es/documentos/pdf/legislacion_politicas/inmigracion%20ciudadania.pdf
- Lleixa, J. (2005). El Conservadurismo. *Manual de Ciencia Política de Manuel Caminal Badía*. España: Tecnos, pp.106-122.
- Merle, J. (2002). Liberalismo y derecho a la inmigración. Sobre una contradicción y un dilema de la teoría liberal contemporánea, *Revista Isegoría* n.º 26, S. 46.
- Montesquieu, Ch. (1758). *El espíritu de las leyes*. Traducido por Siro García del Mazo. Madrid: Librería Victoriano Suárez.
- Ortiz, S. (2008). La nueva Constitución y la organización territorial. *La tendencia, La Nueva Constitución*. Quito: La Tendencia.
- Pérez, T. (1994). *Constitución Española y Comunidad Europea*, Madrid: Civitas, Cuadernos de estudios europeos, p. 62.
- Rainer, B. (2006). Citizenship and Migration - Concepts and Controversies. In R. Bauböck, *Migration and Citizenship. Legal Status, Rights and Political Participation*, Amsterdam, S. 16.
- Rousseau, J. (2008). *El Contrato Social*. Traducción de Fernando de los Ríos. España: Austral, Ciencias y Humanidades.
- Rubio, L. (1966), El constitucionalismo de los Estados integrados de Europa, *Revista española de derecho constitucional del Centro de Estudios Constitucionales*, Madrid n.º 48, p 18.
- Saavedra, J. (2007). Las ideas sobre el hombre en la Grecia antigua. *Revista Facultad de Ciencias Económicas*. Universidad Militar Nueva Granada: Investigación y Reflexión, vol. XV, núm. 2, Colombia, pp. 213-234.
- Sartori, G. (1999). *Ingeniería constitucional comparada*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Tremps, P (2004). Constitución e integración, Quito. *Fortalecimiento de la justicia constitucional en el Ecuador*, serie 7, p. 145
- Valle, A. (2017). *Universelle Staatsbürgerschaft und progressive Gleichberechtigung*. WVB, Berlin.
- Vargas, J. (2007) *Derecho y Economía del Siglo XXI*. UVM, México. Recuperado de www.uv.mx.

Weber, M. (1921). *Qué es la Burocracia*. Recuperado de https://ucema.edu.ar/~ame/Weber_burocracia.pdf

Tratados y Constituciones

CAN, Acuerdo de Cartagena, 1969.

ONU, Carta de Derechos Humanos de San Francisco, 1945.

CAN, Decisión Comunitaria n.º 439 y 510.

República de Bolivia, Constitución de Bolivia, 2009.

República de Colombia, Constitución de Colombia, 1991.

República del Ecuador, Constitución de Ecuador, 2008.

República del Perú, Constitución de Perú, 1995

Corte Constitucional colombiana, Sentencia n.º C-228-1995.

Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia 024-09-SEP-CC, caso 0009-09-EP-CC.

Tribunal Constitucional del Ecuador, 026-2006-TC.

Tribunal Constitucional del Ecuador, Recursos de amparo n.º 151-03-RA, 318-2003-RA, 453-2003-RA.

Tribuna Andino de Justicia, Resolución n.º 2-IA-997.

Los sistemas de reducción y control de la potestad discrecional en la Administración pública

María del Carmen Jácome Ordóñez

1. Introducción

EL PRESENTE ESTUDIO pretende abarcar una temática poco analizada en nuestro medio, pero que resulta de vital importancia en la actividad que debe desarrollar la Administración pública a diario, puesto que esta se conforma por servidores públicos, quienes, en el ejercicio de sus funciones, deben tomar decisiones dentro del marco de la legalidad; y, por lo tanto, no deberían escudarse en una mal entendida potestad discrecional de la administración para tomar decisiones arbitrarias. Tal situación se genera debido a que se ha creído, de forma errónea y durante muchos años, que toda la actividad que se ejerce en virtud de la potestad discrecional de la Administración pública no es susceptible de control. Esto porque durante años nuestro sistema legal excluyó del control judicial la actividad discrecional de la administración.

Al efecto, debemos recordar que nuestra antigua Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa de 1968 exceptuó de control jurisdiccional los actos dictados en ejercicio de la potestad discrecional de la administración, lo que generaba un marco de arbitrariedad en las decisiones de la Administración pública con el argumento de que eran actos administrativos discrecionales. Tal situación procuró revertirse mediante criterios jurisdiccionales emitidos por la ex Corte Suprema de Justicia, que poco a poco procuró que quienes conforman la Administración pública comprendan que todas sus actuaciones deben sujetarse al principio de legalidad y que podrían ser controladas por los órganos de justicia.

Por lo tanto, el sistema legal ecuatoriano, hasta la derogatoria de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa por la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos (2016), amparaba actuaciones exentas de control, lo cual es contrario a la vigencia de un Estado constitucional de derechos y justicia, que propugna la sujeción de toda la actividad estatal al marco constitucional y legal. Por otra parte, también cabe señalar que el Código Orgánico Administrativo aclara que el ejercicio de la potestad discrecional debe sujetarse a la ley. Por lo tanto, en la actualidad la normativa es clara, pero resulta necesario profundizar en lo que consiste la potestad discrecional de la Administración pública, para evitar decisiones abusivas que podrían vulnerar los derechos de los ciudadanos.

Por tal situación, en este artículo conceptualizaremos a la potestad discrecional de la Administración pública, la diferenciaremos de la potestad reglada y explicaremos que la arbitrariedad es la antítesis de la legalidad. Luego, estudiaremos los mecanismos que propone la doctrina y jurisprudencia internacionales para lograr reducir y controlar la actividad discrecional de la administración, con la finalidad de lograr la sujeción a la ley por parte de la Administración pública y salvaguardar su correcto desempeño.

2. La potestad discrecional de la Administración pública

La discrecionalidad se genera en el momento en que el ordenamiento jurídico le otorga al funcionario público cierta libertad para elegir entre una u opción, apreciando la “oportunidad o conveniencia de la medida a tomarse” (Brewer, 2005, p. 27). Dependiendo de las circunstancias políticas, económicas o sociales, por eso es que su control resulta tan problemático. El profesor argentino Rafael Bielsa define al poder discrecional como el conjunto de facultades que la autoridad ejerce sin que ninguna regla positiva de derecho le trace el camino que debe seguir en cada caso (Bielsa, 1966, p. 152). En sentido contrario a lo que ocurre con la potestad reglada de la administración, en la que el camino se encuentra trazado por la ley; y, el servidor público solo puede hacer lo establecido en aquella.

La discrecionalidad constituye, en esencia, una libertad de elección entre alternativas de igual forma justas, que se dejan al criterio subjetivo del administrador.¹ De allí la necesidad de la existencia de un buen administrador, capacitado para elegir el momento de la acción. A decir de Dromi (1992), en este aspecto la discrecionalidad expresa la actividad de razón y buen juicio de la administración (p. 543).

Al dejar la posibilidad de apreciación al administrador, no implica que este actúe al margen de la ley, por el contrario, la norma jurídica traza el camino y establece el límite a la actuación discrecional. La ley lo que hace es señalar cuál es el interés colectivo a satisfacerse, en tanto que el administrador es el encargado de su realización práctica. Pero la libertad que se deja en manos de la administración no es del todo amplia, como señala Dromi (1992), al definir la discrecionalidad, en el sentido de que es una libertad más o menos limitada, que el orden jurídico da a la Administración para que esta elija, de forma oportuna y eficaz, los medios y el momento de su actividad dentro de los fines indicados por la ley. (p. 544). Debiendo recordar que siempre la finalidad será de orden público en aras de la satisfacción del bien común.

Cabe señalar, además, que, en la actualidad, no es posible hablar de actos administrativos discrecionales puros, ya que todo acto administrativo al someterse al principio de legalidad tiene elementos reglados. Por eso la doctrina manifiesta que existen actos administrativos más o menos discrecionales o más o menos reglados (García de Enterría, 1995, p. 26). No hay pues decisión administrativa que sea discrecional de maera completa, puesto que siempre existirá un parámetro reglamentario que observar previo a la emisión de la decisión administrativa.

En cuanto a la justificación de su existencia, la discrecionalidad administrativa ha sido, es y seguirá siendo uno de los grandes problemas del Derecho Público (Bacigalupo, 1997, p. 21). Y es que la

1 Al efecto, los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández manifiestan que “el ejercicio de las potestades discrecionales de la Administración comporta un elemento sustancialmente diferente: la inclusión en el proceso aplicativo de la Ley de una estimación subjetiva de la propia administración con la que se completa el cuadro legal que condiciona el ejercicio de la potestad o su contenido particular...”.

potestad discrecional de la administración es indispensable para que esta última sea capaz de realizar sus funciones, toda vez que la Ley no puede regular las múltiples, cambiantes y complejas relaciones sociales (Brewer, 1996, p. 11). De allí que el legislador no esté en capacidad de prever las circunstancias cambiantes que ocurren en la Administración pública. Resulta imposible que toda la actividad se encuentre detallada en la ley de forma minuciosa.

Por consiguiente, la potestad discrecional es ineludible para el funcionamiento de la actividad administrativa (García de Enterría, 1995, p. 461), como lo es la necesidad de apreciar las circunstancias singulares, de estimar la oportunidad concreta en el ejercicio del poder público (Brewer, 1996, p. 12). El legislador no puede conocer de antemano todos los motivos de oportunidad y conveniencia que habrán de influir en una decisión administrativa como para regularla de manera minuciosa. Por eso, y debido a las cambiantes situaciones que se pueden generar en la actividad de la Administración pública, es que resulta necesaria la potestad discrecional de la administración, con la finalidad de que quienes la conforman puedan tomar las mejores decisiones en el momento oportuno y con cierto margen de libertad, sin olvidar que el límite a sus actuaciones siempre será la ley.

2.1. Discrecionalidad y arbitrariedad

Como es conocido, la doctrina del derecho administrativo tiene su origen en la Revolución francesa. Antes de este importante acontecimiento, la humanidad vivía el sistema absolutista, entonces el monarca concentraba para sí las tres funciones del Estado y por lo tanto imponía su voluntad sin que nadie lo contradiga, de allí que se confunda la facultad discrecional de la administración con la arbitrariedad. La discrecionalidad está rodeada de juridicidad, es decir, se trata de un acto legítimo, en tanto que la arbitrariedad está rodeada de antijuridicidad, es decir, se trata de un acto ilegítimo.

La arbitrariedad es definida por Guillermo Cabanellas en su *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual* como el “acto, conducta, proceder contrario a lo justo, razonable o legal, inspirado solo por la voluntad, el capricho o un propósito maligno, con abuso de poder,

fuerza, facultades o influjos” (Cabanellas, 1979, p. 431). Tanto la discrecionalidad como la arbitrariedad implican una idea de ejercicio de libertad, la primera es una libertad limitada por el fin a que debe responder el acto, en tanto que la segunda es una libertad desenfrenada y mal orientada, como dice Marienhoff (2001, p. 431), de allí que insista el mismo autor en que la desviación de poder tiene su origen en un acto arbitrario de la administración.²

La libertad de apreciación conferida al administrador en ejercicio de la potestad discrecional no puede ser confundida con arbitrariedad, ya que se desnaturalizaría en su totalidad la razón de ser de la administración.

Al respecto resulta interesante comentar que la Constitución española ha consagrado el principio de “la interdicción de la arbitrariedad”, de esta manera ningún poder público puede actuar de forma arbitraria (art. 9.3). Basado en este importante presupuesto constitucional, el Tribunal Supremo Español, en varias sentencias, ha manifestado que arbitrariedad y discrecionalidad son conceptos antagónicos. Al efecto, vale la pena citar una sentencia del mencionado órgano de justicia del 17 de junio de 1989, en la que sostiene, de manera textual, que:

Las consecuencias que impone el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos aspiran a evitar que se traspasen los límites racionales de la discrecionalidad y que se convierta esta en fuente de decisiones que no resulten justificadas.

Por lo tanto, el principio de interdicción de la arbitrariedad sirve como un límite al ejercicio de las potestades discrecionales y es así como lo ha concebido el Código Orgánico Administrativo al prescribir en su artículo 18 que:

2 Según Dromi, existe desviación de poder en el momento en que el órgano estatal actúa con una finalidad distinta o diversa de la perseguida por la ley, excediéndose de este modo en los poderes que le han sido otorgados. *Óp. cit.* p. 549. Ver también el Art. 300 del Código Orgánico General de Procesos, en el cual se establece como objeto de la jurisdicción contencioso tributaria y administrativa la desviación de poder, la cual es un límite a la potestad discrecional de la administración y bien podría servir de argumento de control en una contienda judicial contencioso administrativa.

Los organismos que conforman el sector público deberán emitir sus actos conforme a los principios de juridicidad e igualdad y no podrán realizar interpretaciones arbitrarias.

El ejercicio de las potestades discrecionales, observará los derechos individuales, el deber de motivación y la debida razonabilidad.

Norma que va a tono con la doctrina, puesto que el primer criterio de deslinde entre lo discrecional y lo arbitrario es la exigencia de motivación, ya que si se carece de esta, el único apoyo de la decisión será la sola voluntad de quien la adopta (Fernández, 1994, p. 82), situación que es del todo reprochable dentro de un Estado constitucional de derechos y justicia, puesto que si la administración no establece, de manera clara, los motivos que le condujeron a actuar de una determinada manera, se está despojando al acto administrativo de una de sus esenciales condiciones: la motivación, lo que generaría la nulidad del acto.

Sin embargo, de lo cual, como dice Francisco González Navarro, en ocasiones nos podemos encontrar con decisiones que, por lo estricto de su motivación o por la vaguedad de términos de esta, podrían considerarse como arbitrarias e inclusive ilegales, pero que resulten ni lo uno ni lo otro y el tribunal las declare como válidas. Esto porque en ocasiones la motivación puede resultar muy difícil y por ende escueta, pero no por ello se puede considerar que el acto sea arbitrario (Navarro, 1997). De lo anterior, se desprende que la motivación no debe ser del todo agotadora, sino que dependerá de las circunstancias, ya que en ocasiones se podrá realizar una motivación total y en otras no será posible, pero lo fundamental es que entiendan los administradores que toda decisión que expidan debe contar con los presupuestos de derecho y las circunstancias de hecho que dieron origen a su actuación.³

3 Al efecto resulta importante recordar que la Corte Constitucional ha desarrollado el test de motivación aplicable no solo a sentencias sino a todas las actuaciones de la Administración pública en los siguientes términos: “Para que determinada resolución se halle correctamente motivada, es necesario que la autoridad que tome la decisión exponga las razones que el derecho le ofrece para adoptarla. Dicha exposición debe hacérsela de manera razonable, lógica y comprensible, así como mostrar cómo los enunciados normativos se adecúan a los deseos de solucionar los conflictos presentados. Una decisión razonable es aquella fundada

2.2. Sistemas de reducción y control de la discrecionalidad administrativa

Limitado el campo discrecional en esencia, la doctrina moderna ha establecido una serie de técnicas para el control de la discrecionalidad por parte del juez, originadas de forma inicial en la extraordinaria jurisprudencia del Consejo de Estado Francés y ampliadas por las jurisprudencias española, italiana y alemana.

En este orden de ideas, Eduardo García de Enterría, en su célebre conferencia dictada en la Universidad de Barcelona el 2 de marzo de 1962, dentro del curso “El poder y el Derecho” y que ha sido difundida en el opúsculo intitulado *La lucha contra las inmunidades de poder*, que se ha convertido ya en un clásico del derecho administrativo, enuncia cuatro técnicas de control de la discrecionalidad, reconocidas hoy por la doctrina. Estas son: a) el control de los elementos reglados y en especial el control del fin y la desviación de poder; b) el control de los hechos determinantes; c) el control de los principios generales de derecho; y, d) el control de la inequidad manifiesta. Nos referimos, de forma breve, a cada uno de ellos.

a) El control de los elementos reglados

El primer parámetro de control de la discrecionalidad es mediante los elementos reglados del acto, partiendo de la noción de que, en todo acto dictado en ejercicio de facultades discrecionales, existen elementos reglados, ya que como se ha demostrado a lo largo del presente estudio, ningún acto es, de forma completa, reglado ni tampoco puede serlo discrecional a plenitud. Como bien manifiesta la Sala de lo Contencioso Administrativo de la ex Corte Suprema de Justicia en sentencia dictada el 25 de julio de 2002 dentro del juicio seguido por Jaime Izurieta Maldonado contra el Municipio de Quito:

en los principios constitucionales. La decisión lógica, por su lado, implica coherencia entre las premisas y la conclusión, así como entre esta y la decisión. Una decisión comprensible, por último, debe gozar de claridad en el lenguaje, con miras a su fiscalización por parte del gran auditorio social, más allá de las partes en conflicto”. Para profundizar ver: Corte Constitucional del Ecuador para el Período de Transición, Sentencia No. 227-12-SEP-CC, caso 121-11-EP de 21 de junio de 2012.

[...]sin embargo es de toda evidencia que el aumento de la actividad reglada en lo administrativo, que responde a la aplicación del principio de legalidad, fundamento jurídico base del Estado de Derecho, constituye sin duda alguna un mejor nivel de perfeccionamiento del Estado, en tanto en cuanto se aumenta el campo de sus actividades que se hallan sujetas al control judicial. (Registro Oficial No. 671, 26 de septiembre de 2002).

El acto dictado en ejercicio de facultades discrecionales como todo acto jurídico es un sistema, es decir, un conjunto de elementos interrelacionados como son competencia del órgano, formas y procedimiento, fin perseguido, etc., los cuales, como se comprenderá, son controlables a la perfección en lo jurídico.

El hecho de que ese control tenga que ser más especializado y sutil, no quiere decir que se deba alterar la regla de control judicial pleno de los actos dictados en ejercicio de la facultad discrecional.

Al efecto, el profesor español Francisco González Navarro (1997) manifiesta que los elementos reglados sobre los cuales se puede efectuar un control son de dos tipos: necesarios y contingentes, a continuación, su detalle (p. 436):

a. Elementos reglados necesarios:

- Existencia misma de la potestad;
- Extensión de la potestad, que es imposible que sea indeterminada en su totalidad;
- Atribución de la potestad a una organización, la cual queda así investida de la necesaria capacidad de ejercer la potestad de que se trata;
- Atribución de la competencia para ejercer esa potestad a un determinado órgano de la administración;
- Fin perseguido de interés general.

b. Elementos reglados contingentes:

- Tiempo u ocasión en que puede ser ejercitada
- Lugar en el que puede ejercerse
- Forma, procesal o material de ejercicio
- Destinatarios de la potestad
- Otros condicionamientos (cuantitativos, por ejemplo)

Con referencia a estos elementos reglados que contiene todo acto dictado en ejercicio de potestades discrecionales, se puede realizar un control pleno. En este orden de ideas, conviene hacer referencia a la técnica de desviación de poder que es básica en el control del elemento reglado fin, como ya se manifestó con anterioridad. Dicha técnica tiene su origen en las resoluciones del Consejo de Estado Francés, llevando el nombre de *détournement de pouvoir*. Al respecto el profesor Georges Vedel dice que hace ya mucho tiempo el juez del exceso de poder se ha asegurado un control total de la legalidad externa de los actos administrativos; en cambio el problema de la legalidad interna hace referencia directa a la facultad discrecional (Vedel, 1980, pp. 513-514).

A raíz de esto último surge el llamado “control mínimo”, expresión utilizada para designar el poder del juez para censurar la inexactitud material, el error de derecho, el error manifiesto o de apreciación y la desviación de poder, de lo que se desprende que el juez está en capacidad plena de juzgar los elementos reglados o, por decirlo de otra manera, externos del acto dictado en ejercicio de facultades discrecionales. Esta técnica ha sido utilizada también de manera muy similar en Italia, por medio de la interposición del recurso por *sviamento de potere*, en precautela del cumplimiento del fin que ha perseguido la ley, coincidiendo Trivarone con la doctrina francesa de que la desviación de poder consiste en el uso de la facultad discrecional para fines no consentidos por la Ley (Álvarez, 1977, p. 214).

En España, en cambio, el Art. 70 de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Española, en su numeral segundo, establece con toda claridad que la sentencia aceptará al recurso contencioso administrativo en el momento en que la disposición, la actuación o el acto incurrieran en cualquier infracción del ordenamiento jurídico, incluso la desviación de poder. Definiendo a este último como el ejercicio de potestades administrativas para fines distintos de los fijados por el ordenamiento jurídico. Texto este muy similar al de la Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa Española de 1956, evidenciándose de esta manera la antigüedad de la técnica de control del fin por medio del recurso de desviación de poder.

Con respecto al control de la discrecionalidad por el fin, existe una sustancial coincidencia de la legislación francesa, italiana y española, que, como manifiesta Ramón Parada (1998), se efectiviza analizándose si ha existido una indebida aplicación del derecho o una desviación de poder, es decir, una utilización subjetiva y por ello inmoral de la potestad administrativa (p. 105). A los órganos administrativos se les otorgó por ley la facultad de elegir de entre varias la solución más justa, subjetividad que no puede ser juzgada por los jueces y tribunales en el fondo sino por la forma, es decir, por lo externo, de allí que lo primero en sugerirse haya sido el control de los elementos reglados del acto.

Apreciar la discrecionalidad de los actos administrativos implica el salirse de las funciones que le están conferidas al juez, su labor es por el contrario realizar un examen jurídico de dichos actos y el control en derecho, como lo hacen los tribunales administrativos alemanes, austríacos y suizos (Álvarez, 1997, p. 215). La técnica de la desviación de poder, a decir de los profesores Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, ha sufrido una decadencia, no por pérdida de confianza en las posibilidades de tal técnica sino por el hallazgo de otras dotadas de mayor efectividad que serán estudiadas a continuación.

b) El control de los hechos determinantes

El segundo sistema de control de la discrecionalidad surge mediante los hechos determinantes de la actuación administrativa. Así, toda potestad se apoya en la existencia de unos determinados presupuestos de hecho contemplados de manera genérica, sin cuya presencia no puede ser ejercitada.

A manera de ejemplo, el profesor Villar (1993) sostiene que para el nombramiento de un funcionario se necesita, de forma previa, que exista una vacante; de igual modo, la adjudicación de un contrato administrativo requiere la aprobación previa del gasto correspondiente.

Es decir que, para tomar una decisión, la administración debe analizar antes si existen los hechos que configuren una determinada situación de derecho. Una vez más juega un papel muy importante la

capacidad del administrador para decidir si conviene o no su actuación frente al caso. Si no existen los presupuestos de hecho contemplados en la norma, no cabe el ejercicio válido de potestad alguna. Al efecto, se manifiesta que el elemento fáctico es el que le da fundamento real a la decisión administrativa, situación que no puede ser desconocida por la administración en ningún momento, ni antes de dictar el acto ni aún después por desaparecer la causa que lo originó.

La administración debe considerar los hechos tal como se presentan, guardando fidelidad absoluta con la realidad, solo así se podrá lograr el cumplimiento de los fines propuestos por la administración para conseguir la satisfacción de los intereses colectivos.

Para determinar los presupuestos de hecho, el profesor Allan Brewer-Carías (2005) manifiesta que se deben tomar en cuenta tres condiciones:

1. Comprobar los hechos;
2. Los hechos deben ser exactos;
3. Los hechos han de ser calificados de manera concreta.

De esta manera se deduce, con claridad, que la administración debe actuar una vez que ha comprobado los presupuestos de hecho existentes, es decir, se realiza una adaptación del hecho al derecho; en el momento en que esto no sucede, el acto estaría viciado y sería susceptible de control. Queda claro entonces que no por tratarse de un acto dictado en ejercicio de facultades discrecionales se pueda omitir los presupuestos de hecho que configuran su accionar, evitando de esta manera una vez más el caer en arbitrariedad.

De allí que Eduardo García de Enterría en su obra *La Lucha contra las inmunidades de poder* establezca con claridad que la realidad es una, no puede ser y no ser al mismo tiempo o ser de forma simultánea de una manera y de otra (1995). El que se haya producido o no el hecho y cómo ya no es objeto de una facultad discrecional, no pudiendo quedar por tanto a criterio de la administración tal situación. La realidad no puede ser alterada jamás so pretexto del ejercicio de una facultad discrecional, por el contrario, esta siempre debe ser conforme a los hechos.

Entonces si los hechos no existieran o no fueran ciertos los tenidos en cuenta, tal actuación es revisable, pudiendo por tanto solicitarse la práctica de las pruebas necesarias para llegar al establecimiento de la verdad. Por medio de este segundo sistema de control se propone la revisión de los hechos constantes en el expediente administrativo, a fin de establecer si se ha hecho o no un correcto uso de las facultades discrecionales conferidas a la administración.

c) Control de los principios generales de derecho

Los principios generales de derecho, según el *Diccionario Jurídico Espasa* (1999) son los: “Criterios fundamentales que informan el origen y desenvolvimiento de una determinada legislación que, expresados en reglas y aforismos, tienen virtualidad y eficacia propias con independencia de las normas formuladas en el plano positivo”.

Por lo tanto, los principios generales de derecho son, sin lugar a dudas, un parámetro fundamental al cual debe adecuarse toda actuación jurídica, más aún si se presentan como un medio de control del ejercicio de la facultad discrecional.

Como bien manifiesta Manuel Clavero Arévalo (1992), los principios generales de derecho constituyen un límite exterior que no puede ser violado por el contenido de los actos discrecionales, ya que en este sentido se produciría un desbordamiento de la facultad discrecional, invadiendo la esfera de la potestad reglada, cuya norma la constituyen los preceptos administrativos y en su defecto los principios generales de derecho. Entonces este límite exterior deberá ser siempre respetado sin invadir competencias ajenas. Al tomar como parámetro de control de la discrecionalidad los principios generales de derecho, hace al juez administrativo convertirse en defensor del orden jurídico y garante de estos principios que por una parte son universales y por otra inalienables.

Ahora bien, conviene establecer la diferencia existente entre los principios generales de derecho y el elemento reglado fin, ambos, sistemas de control de la discrecionalidad. El fin supone la aspiración a que se quiere llegar con la ley; en tanto que los principios son los

lineamientos generales que ha establecido el legislador para la consecución del fin propuesto por la ley. La diferencia radica en que la violación del fin puede dar lugar a un recurso objetivo; mientras que la violación de los principios generales de derecho da lugar al recurso contencioso administrativo en sus dos modalidades a saber: subjetivo si el principio infringido lesiona un derecho subjetivo del administrado, u objetivo si se vulnera un principio normativo.

Al efecto, el profesor Eduardo García de Enterría (1995), en su obra *La lucha contra las inmunidades de poder*, manifiesta que las posibilidades de un control judicial de los poderes discrecionales por los principios generales de derecho son muy extensas. Esto en vista de la cantidad de aquellos que existen en todo el ordenamiento y son fuente supletoria a la ley y a la costumbre como se sabe. Los principios más utilizados son: igualdad de trato, proporcionalidad de los medios con los fines, racionalidad, buena fe, seguridad jurídica, equidad manifiesta, etc.

La administración no puede, con el pretexto de ejercer sus facultades discrecionales, transgredir los principios generales de derecho, por cuanto constituyen una base fundamental del ordenamiento jurídico y por ende se les debe respeto para que las garantías, en aquellos establecidas, funcionen. Como bien manifiesta el profesor Villar (1993), el control mediante los principios generales de derecho es una especie de autodefensa del sistema frente a la abrumadora proliferación de normas.

d) El control de la inequidad manifiesta

Fuera de las técnicas señaladas por García de Enterría, creo necesario resaltar el gran valor que tiene, como complemento de las anteriores, la técnica del balance del costo-beneficio, utilizada por la jurisprudencia francesa a partir de 1971 (Arret Ville Nouvelle Est), que se basa en el principio de la proporcionalidad, exigiendo un gran sentido de racionalidad a la utilización de las facultades discrecionales por parte de la administración.

3. Análisis del caso ecuatoriano

Luego del análisis doctrinario, corresponde revisar la situación específica en el Ecuador respecto de la potestad discrecional de la administración. En el último medio siglo, el régimen legal del control judicial de la discrecionalidad administrativa en el Ecuador ha evolucionado de manera drástica. Comenzando con la Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa de 1968, que establecía en su artículo 6:

No corresponden a la jurisdicción contencioso-administrativa:

a) Las cuestiones que, por la naturaleza de los actos de los cuales procede o de la materia sobre que verse, se refieren a la potestad discrecional de la administración.

Y luego en el artículo 7 se prescribía:

Corresponde, de manera especial, a la potestad discrecional:

a) Las disposiciones de carácter general relativas a la salud e higiene públicas, sin perjuicio del derecho a las indemnizaciones a que puedan dar lugar tales disposiciones.

b) Las resoluciones sobre concesiones que se solicitaren de la administración, salvo las que versaren sobre concesiones regladas por la ley.

c) Las decisiones que nieguen o regulen gratificaciones o emolumentos no prefijados por una ley o reglamento, a los funcionarios públicos que presten servicios especiales.

De acuerdo con la doctrina, se trató no de una simple exclusión competencial de la jurisdicción contencioso-administrativa, sino del establecimiento de un ámbito inmune de control judicial, contrario a los principios fundamentales de universalidad, globalidad o plenitud del control de la justicia administrativa, así como al derecho constitucional a la tutela judicial efectiva (Jácome, 2014). La exclusión del control judicial de la discrecionalidad se mantuvo hasta la expedición del Código Orgánico General de Procesos en su disposición derogatoria tercera, que derogó de manera expresa la vetusta Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa. Si bien la nueva normativa

no se refiere de forma expresa a la potestad discrecional de la administración, al menos no la excluye de su ámbito de control, lo cual de suyo constituye un avance. No obstante, el mayor avance se generará al momento de la expedición del Código Orgánico Administrativo, norma que, a pesar de no ser de aplicación jurisdiccional, sí regula el tema del control de la discrecionalidad administrativa, mediante los siguientes principios de obligatoria aplicación para la Administración pública ecuatoriana:

Art. 14.- Principio de juridicidad. La actuación administrativa se somete a la Constitución, a los instrumentos internacionales, a la ley, a los principios, a la jurisprudencia aplicable y al presente Código.

La potestad discrecional se utilizará conforme a Derecho.

Art. 16.- Principio de proporcionalidad. Las decisiones administrativas se adecúan al fin previsto en el ordenamiento jurídico y se adoptan en un marco del justo equilibrio entre los diferentes intereses.

No se limitará el ejercicio de los derechos de las personas mediante la imposición de cargas o gravámenes que resulten desmedidos, en relación con el objetivo previsto en el ordenamiento jurídico.

Art. 18.- Principio de interdicción de la arbitrariedad. Los organismos que conforman el sector público, deberán emitir sus actos conforme a los principios de juridicidad e igualdad y no podrán realizar interpretaciones arbitrarias.

El ejercicio de las potestades discrecionales, observará los derechos individuales, el deber de motivación y la debida razonabilidad.

Principios estos de juridicidad, proporcionalidad e interdicción de la arbitrariedad, que a su vez vienen a ser complementados con el de control prescrito en el Art. 20 del Código Orgánico Administrativo. El examen concatenado de tales preceptos evidencia que se trata de la inclusión expresa, no solo del control de la discrecionalidad administrativa sobre la base de la necesaria adecuación a derecho de esta última, sino de la moderna concepción del principio de proporcionalidad como parámetro general de revisión de la actividad administrativa, conforme a la doctrina moderna.

4. Conclusiones

Este estudio pretende poner en evidencia que, a pesar de las deficiencias normativas existentes, con la vigencia de un Estado constitucional de derechos y justicia no puede existir actividad alguna de la administración excluida de control. Bajo esta premisa se pretende alertar a quienes forman parte de la Administración pública respecto de que las decisiones discrecionales no se las toma contra ley, sino, por contrario, dentro de su ámbito de protección y siempre respetando el derecho de los ciudadanos, por lo que no se puede aceptar arbitrariedad de ningún tipo.

La Administración pública en Ecuador tiene normas y principios reglados que tienen por objeto la regulación adecuada de la Administración pública, sin embargo, los efectos de los actos administrativos pueden causar algún tipo de vulneración que tarde o temprano signifique un reclamo a la administración por daño objetivo o subjetivo, por eso, es necesario que la discrecionalidad se reduzca al mínimo, para que sus actos no perjudiquen al administrado y se enmarquen no solo en la estricta legalidad sino también en la legitimidad.

También se pretende recordar la importancia del control de toda la actividad administrativa y se proponen sistemas de reducción y control de la discrecionalidad desarrollados por la doctrina, bajo la premisa de que siempre será necesaria la existencia de facultades discrecionales a cargo de la Administración pública.

Las decisiones en la administración pública deben ser bien motivadas y cualquier margen de discrecionalidad limitado a las normas, y principios vigentes. La labor de interpretación de los administradores públicos no puede ir más allá de la labor del legislador. En ese sentido, se debe evitar la subjetividad, en especial si se trata de ejercicio de derechos, pues las vulneraciones pueden causar responsabilidad de la Administración pública.

Los principios de derecho administrativo no pueden analizarse de forma aislada, pues entre sí constituyen preceptos que evitan la arbitrariedad en materia administrativa. Además, como fuente del derecho deben apoyar en la adecuada interpretación de la ley, la cual, muchas de las veces, no es clara y precisa respecto de lo que manda, prohíbe o permite.

5. Referencias bibliográficas

- Álvarez, G. (1977). *Tratado General de Derecho Administrativo*, Tomo IV. Bosch: Barcelona.
- Bielsa, R. (2005). *Derecho Administrativo*, Buenos Aires: La Ley.
- Brewer, A. (2007). *Derecho Administrativo*, Tomo I. Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.
- _____. (2003). Los límites del poder discrecional de las autoridades administrativas. *Revista de la Facultad de Derecho de la Universidad Católica Andrés Bello*. Caracas.
- Bacigalupo, M. (1997). *La discrecionalidad administrativa*. Madrid: Marcial Pons, Ediciones jurídicas y sociales S. A.
- Cabanellas, G. (1979). *Diccionario Jurídico*. Bogotá: Ed. Heliasta.
- Clavero, M. (1992). *Estudios de Derecho Administrativo*. Madrid: Civitas.
- Dromi, R. (1992). *Derecho Administrativo*, Tomo I. Buenos Aires: Astrea.
- Espasa (1999). *Diccionario Jurídico*. Madrid: Espasa Calpe.
- Fernández, R. (1994). *De la arbitrariedad de la Administración*. Madrid: Civitas.
- García de Enterría, E., y Fernández, R. (2001). *Tratado de Derecho Administrativo*, Tomo I. Madrid: Civitas, Décima Edición.
- García de Enterría, E. (1995). *La lucha contra las inmunidades del poder*, Reimpresión de la 3.º edición. Cuadernos Civitas. Madrid: Editorial Civitas.
- _____. (1962). *Curso Poder y Derecho*. Barcelona.
- Fernández, R. (1994). *De la arbitrariedad de la administración*. Madrid: Civitas.
- González, N. (1997). *Derecho Administrativo Español*. UPamplona: Universidad de Navarra, Pamplona.
- Jácome, M. (2014). El Control de Convencionalidad. *Análisis y Actualidad del Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Navarro, F. (1997). *Derecho Administrativo Español*. Pamplona: Universidad de Navarra, Pamplona.
- Marienhoff, M. (2001). *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo II, Cuarta Edición. Buenos Aires: Abeledo Perrot.

Parada, R. (1998). *Derecho Administrativo*. Tomo I, Ediciones Jurídicas y Sociales, Décima Edición. Madrid.

Ramírez, E. (2007), *El principio de proporcionalidad en el Derecho Administrativo. Un análisis jurídico desde el Derecho español*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

Vedel, G. (1980). *Derecho Administrativo*. Madrid: Biblioteca Jurídica Aguilar.

Villar, P., & Villar, E. (1993). *Principios de Derecho Administrativo*. Madrid.

Normas:

Ley de la Jurisdicción Contencioso-Administrativa, 1968.

Ley de la Jurisdicción Contencioso Administrativa por la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos (Cogep), 2016.

El principio de legalidad en el derecho administrativo sancionador: un principio compuesto

María José Narváez

1. Introducción

EL AUTOR MONTESQUIEU, en *El espíritu de las leyes* (1758), planteó que el Estado se constituya con base en tres poderes: uno encargado de emitir las normas, otro de gobernar y hacer cumplir las normas, y el tercero, de castigar los crímenes y juzgar los pleitos entre los particulares. A posterior, el desarrollo teórico cambió la denominación de poder por función, bajo la comprensión de que el poder estatal deviene de la soberanía y es único.

En lo relativo a la Función Ejecutiva, encargada de administrar la cosa pública y de velar por el cumplimiento del orden instituido por medio de las normas, el Estado ejerce el poder coercitivo para hacer cumplir sus decisiones y resoluciones, en el marco de la Constitución, sus principios y los derechos fundamentales, habilitándose a interferir e introducir restricciones a los derechos de los ciudadanos, a fin de garantizar el orden administrativo, es decir, en el momento en que el ejercicio del poder está dirigido a concretar que la sociedad alcance los valores y metas programáticas previstos en la Constitución de un Estado, se pone de manifiesto que la Función Ejecutiva asuma la Administración pública en función de la cohesión social.

Por otra parte, la función administrativa que cumple el Estado consiste en prestar servicios públicos eficientes y eficaces, para satisfacer las necesidades que la sociedad demanda, mediante la planificación, organización y gestión de proyectos en función del desarrollo del país, concomitante al ejercicio de la potestad sancionadora que

permite hacer prevalecer el orden administrativo en el evento de que los administrados lo infrinjan, en el marco del principio de legalidad, entendido como el límite al poder estatal. La innovación radica en mostrar que el principio de legalidad es objeto de una (re)conceptualización, que insta comprender que tiene una doble dimensión: por una parte, en el momento en que se emplaza en el derecho penal y el delito, y, de otra parte, cuando lo hace en el derecho administrativo sancionador y las infracciones, a cuenta de que este no es una derivación del derecho penal, sino una expresión del derecho administrativo, con particularidades y elementos propios, como se verá en forma más amplia en el desarrollo del texto.

De la propuesta, se infiere que el orden administrativo no se sostiene sin un compromiso, tanto de la Administración pública como de los administrados, de respeto al ordenamiento jurídico; pero, además, si la primera encuentra sus límites en la Constitución y los derechos fundamentales, los administrados no han de ignorar el respeto a los derechos de sus conciudadanos al ejercer los propios. De lo expuesto se deriva que el principio de legalidad es un principio compuesto, porque irradia a la actuación administrativa y a la actuación de los administrados. Este aserto connota la apropiación social de la juridicidad desde la perspectiva de la ductilidad del derecho.

El abordaje de esta problemática está sujeto a una metodología analítica —sintética, que consiste en una referencia teórico— doctrinaria pertinente, en el desagregamiento de dos manifestaciones del principio de legalidad (la reserva legal y la tipificación), y de los elementos de configuración del delito, contrastándolos con los de la infracción administrativa, para observar la doble naturaleza del principio en su emplazamiento en el derecho penal y en el derecho administrativo sancionador.

2. Transmutación del derecho penal hacia el derecho administrativo sancionador

Existe una tradición jurídica sobre la potestad sancionadora del Estado —que no por haberse perpetuado en el tiempo significa que es una buena tradición— que procura atribuir al derecho administrativo

sancionador las características y elementos del derecho penal. Sin duda, entre las potestades y prerrogativas que deben encauzar la actuación de la Administración pública se encuentra la sancionadora, no obstante, el fundamento del derecho administrativo sancionador es distinto a aquel que deviene de las servidumbres tradicionales impuestas por el derecho penal, de forma particular, en cuanto a los elementos normativos que concurren en el principio de legalidad que lo reviste: la reserva legal y la tipificación de las conductas.

En más de un ordenamiento jurídico administrativo local se pueden encontrar disposiciones que prevén que en el ejercicio de la potestad sancionadora, la Administración pública puede imponer sanciones a los administrados y sujetos de control por las transgresiones a normas de rango legal, que tipifican determinados presupuestos de hecho como infracción administrativa. Dicha facultad se otorga a la Administración para que prevenga y, en su caso, reprima las vulneraciones del ordenamiento jurídico en aquellos ámbitos de la realidad cuya intervención y cuidado le han sido encomendados con antelación (Cano, 1995).

El caso ecuatoriano no queda excluido de esta transmutación de la órbita penal hacia la administrativa; de hecho, la inclusión del principio de tipicidad en el artículo 29 del Código Orgánico Administrativo,¹ que entró en vigencia en el mes de julio del año 2018, limita el disparador de la potestad sancionadora a las conductas tipificadas como infracciones administrativas por normas con rango de Ley (Narváez, 2019), generando una suerte de derecho penal administrativo que desarraiga a la potestad sancionadora del fin último del *ius puniendi* administrativo y atándolo al fundamento político del principio de legalidad, al que me referiré más adelante.

Esta noción de legalidad puede remontarse a los basamentos de la Revolución francesa. Basta un breve recorrido por la historia de la emersión del derecho administrativo de corte francés para evidenciar

1 Según la referida disposición, son infracciones administrativas las acciones u omisiones previstas en la ley. A cada infracción le corresponde una sanción administrativa. Las normas que prevén infracciones y sanciones no son susceptibles de aplicación analógica, tampoco de interpretación extensiva.

que la separación de los poderes, la reserva de ley y la seguridad jurídica, si bien se constituyeron como una medida de restricción al abuso y opresión a los ciudadanos desde el poder político, a la par tiene el efecto de debilitarlo y limitarlo.

Montesquieu teorizó la división de poderes de los frenos y contrapesos, diferenciando las competencias atribuibles a cada función del Estado, esto es, la medida de las actividades que corresponden a cada uno, de acuerdo con el orden instituido en lo jurídico, y restringiendo a los jueces ordinarios el conocimiento de los conflictos en que la administración fuera parte, con lo que se apartó del esquema inglés de unidad de jurisdicción y de norma, toda vez que, en Francia, quien resolvía los conflictos entre la administración y los particulares era la propia administración, por intermedio del Ministro.

Esta estructura institucional para la solución de conflictos entre los administrados y la administración justifica su razón de ser en la actividad del Estado, que tiene por fin la defensa del buen orden de la cosa pública, mediante los recursos del poder de la autoridad contra las perturbaciones que las existencias individuales pueden ocasionar. (Pérez, 2014). Luego, con el tiempo, se crea el Consejo de Regencia, conformado por funcionarios que opinaban acerca de qué resolución debía adoptar la administración en relación con los conflictos que esta tenía con los ciudadanos. A posterior emerge el Consejo de Estado Francés, el cual se plasma en la Constitución francesa como el único órgano que resuelve los conflictos entre administración y particulares, que estaba separado de la función judicial.

Este Consejo aplicaba normas de derecho que fueron creándose al compás del poder político. Siendo el derecho como es, una ficción emergida de la racionalidad hegemónica que se instrumentaliza, el derecho administrativo en sus inicios se gestó por vía jurisprudencial sintetizando la dialéctica entre la defensa de las garantías individuales y el adecuado desarrollo del poder administrador (Ascárate, 2013), dando paso a un sistema en el que convergieron normas que respondían a naturalezas jurídicas distintas, unas previstas para la relación entre los particulares entre sí, que arrebataban sus conflictos ante los órganos jurisdiccionales y en autonomía de su voluntad, y

otras para la relación entre el Estado y los particulares, que en el momento en que entraban en conflicto lo resolvían ante el Consejo de Estado bajo ciertas prerrogativas derivadas del poder de imperio que reviste la tutela del interés colectivo o general.

De lo expuesto, se evidencia que el derecho administrativo tiene por finalidad dos cuestiones a saber: el establecimiento del orden público y el encauzamiento del desorden hacia el orden. De esta segunda se deriva la potestad sancionadora, que a su vez da paso a una bifurcación ontológica sobre el principio de legalidad, que será analizado en el siguiente acápite de esta investigación, no sin antes referir lo que diferentes autores han dicho sobre este principio.

Enrique Rojas Franco (2007), sostiene que el derecho es el instrumento más importante del Estado moderno por el cual impone obligaciones y deberes, a la vez que reconoce y concede derechos a los ciudadanos, y que el ordenamiento jurídico constituye una auto-limitación a la actividad pública en dos sentidos: como condición de validez y legitimidad de las actuaciones estatales, y como garantía social contra la arbitrariedad del poder público. Si bien esta premisa sustenta la tesis de que en el derecho público solo se puede ejecutar lo que esté expresamente previsto en la norma de forma expresa y todo lo demás está prohibido, el mismo autor aclara que el principio de legalidad trasciende a las normas con rango de ley, pues el ordenamiento jurídico no se limita a estas.

En una línea similar, Roberto Bergalli señala que el principio de legalidad es un fundamento ineludible de la organización política indivisible de la modernidad jurídica, que trasciende en la noción de legitimidad de las actuaciones administrativas de dos formas: una que entiende que el poder es legítimo según se ejercite de acuerdo a reglas prefijadas y convenidas, y otra que atiende al origen del poder derivado de un justo título para su ejercicio (Bergalli, 1999).

Miguel López Olvera, al referirse a los procedimientos administrativos amplía aún más el ámbito del principio de legalidad al señalar que las actuaciones administrativas no solo deben atender al ordenamiento jurídico, sino a los principios generales del derecho. (Lopez Olvera, 2008) El autor asume lo dicho por José Tapia Tovar en su

libro *El buen derecho* para señalar que hay principios que sirvieron de base al legislador para elaborar la ley, y que están en la ley, pero que hay otros que, sin estarlo, sirven al juzgador para decidir conforme a buen derecho. En el ámbito ecuatoriano, Efraín Pérez, señala que el principio de legalidad se manifiesta en el deber de la Administración de respetar la “reserva de ley”, debiendo intervenir en tales asuntos como la libertad, la propiedad, la tributación, las penas, solo conforme a la ley, dentro del ámbito “de la zona denominada de reserva legal” (Pérez, 2014).

De hecho, es el término “reserva de ley” el que enerva la transmutación del derecho penal hacia el derecho administrativo sancionador. La reserva de ley postula que, conforme a la Constitución, hay materias que solo pueden ser reguladas por una ley en sentido formal y material, radicando el monopolio de la producción jurídica de estas materias en el legislador. López Olvera (2008) manifiesta que el principio de reserva de ley deviene de la necesidad de preservar los bienes jurídicos de mayor valía de los gobernados, y en el caso ecuatoriano, el constituyente generó una reserva de ley a la tipificación de infracciones penales, administrativas o de otra naturaleza.²

No obstante el texto constitucional, la transmutación se genera en el momento en que el legislador asume que el derecho administrativo Sancionador se cimienta sobre la construcción de un catálogo de infracciones administrativas que se asimila a la tipificación taxativa penal, dejando de lado sus propias debilidades, como es, por ejemplo, su capacidad imaginativa de crear tantas infracciones administrativas como conductas antijurídicas puedan existir en cada uno de los sectores que componen la gestión pública, que además peca de anomia, porque las regulaciones administrativas, son, entre otras cosas, dispersas, difusas y confusas.

2 Respecto a esto, revisar la Constitución de la República del Ecuador. Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: 3. Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley. Sólo se podrá juzgar a una persona ante un juez o autoridad competente y con observancia del trámite propio de cada procedimiento.

Si bien el número de infracciones administrativas en el ordenamiento jurídico es inconmensurable, porque la cantidad de deberes que impone la administración genera la percepción de que el Estado actúa con arbitrariedad y en franca intromisión en el ámbito privado de sus administrados, más aún si tiene serias restricciones para sancionar a todos los ciudadanos que infringen el orden administrativo y la potestad sancionadora aparece como una suerte de lotería, la tipificación taxativa de infracciones administrativas tiene como efecto que el administrado pueda actuar de forma contraria a los deberes instituidos sin ser sancionado si estas conductas no fueron tipificadas como infracciones por el legislador.

Otra cuestión que deja de lado el legislador es que en una sociedad como la actual existen tantos riesgos en tantos ámbitos: sanitario, eléctrico, ambiental, financiero, urbanístico, minero, telecomunicacional, educativo, etc., que obligan a que el Estado anticipe sus intervenciones por razones de oportunidad y eficacia mediante la administración, o, en palabras de Alejandro Nieto, una sociedad de riesgo exige la presencia de un Estado gestor del riesgo y, de forma eventual, de un derecho reductor del mismo (Nieto, 2008), trastocando la vieja regla de que el derecho punitivo debe ser un derecho legalizado y judicializado. Esa regla que aparece como esencial se rompe. Ascárate, resume el problema de la siguiente forma:

Buena parte de la jurisprudencia y los académicos han debatido desde hace siglos sobre una supuesta identidad ontológica o esencial entre delito e infracción con la finalidad de desentrañar la esencia de esta última. Mientras que otros, o saltean esas disquisiciones y se limitan a construir pautas para delinear su régimen jurídico, o elaboran un concepto útil para fines que generalmente exceden lo estrictamente jurídico: deslegitimar o convalidar el poder sancionatorio de la administración. (Ascárate, 2013, págs. 1098-1099).

James Goldschmidt (2010), quien incluyó el término derecho penal administrativo, señala que el derecho penal se ocupa de la delimitación de las esferas individuales, de los hombres como individuos, en tanto que el bien público, que sobrepasa lo individual, es una cuestión que incumbe al orden administrativo del Estado. Esta

línea no es compartida por la investigadora porque equivaldría a sostener que no podrían tipificarse delitos cuyo bien jurídico tutelado este radicado sobre el interés general, como los delitos ambientales, por ejemplo, y el derecho penal administrativo se configuraría en: “el conjunto de aquellas disposiciones, mediante las cuales, la administración estatal encargada de favorecer el bienestar público estatal vincula a la transgresión de una disposición administrativa como supuesto de hecho, una pena como consecuencia administrativa.” (Pinzón, 1985, p. 287).

La particularidad de esta postura es la de identificar el derecho con la ley, de modo que no hay más derecho fuera de aquél determinado en la ley positiva, y esta ley, por sí misma, tiene fuerza jurídica, de manera independiente de su contenido. Además, con el agravio de que queda a arbitrio del legislador definir las conductas ilícitas y cuáles de ellas se constituyen en tipos penales y tipos administrativos, obviando que el derecho administrativo sancionador no requiere tipificar una conducta para mover el aparataje administrativo que restituya el orden establecido, en tanto basta con imponer deberes a los administrados, que, al contravenirse, por definición se constituyen en infracción administrativa. No se ha de dejar por fuera que la evolución actual de las relaciones entre el derecho penal y el administrativo sancionador se produce en el emplazamiento del Estado social, sea como prestador de servicios públicos o mero garante de la prestación de estos servicios por parte de un tercero que no es la administración pública. En este contexto, el principio de legalidad se torna en una moneda con dos caras. De un lado, la administración está obligada a actuar en franco respeto al derecho positivo y a los derechos de los administrados; y de otro lado, los administrados están obligados a ejercer sus derechos sin vulnerar el Derecho positivo y los derechos de otros ciudadanos.

Visto así el principio de legalidad, como un principio compuesto, como una lanza con dos puntas, permite comprender que el rol del Estado en el control social se está decantando hacia la prevención y la restitución del orden público, y las causas de este desplazamiento derivan de la incertidumbre de la centralidad, de la idea del riesgo. La vida social se desenvuelve en la percepción del riesgo y el Estado se

ve obligado a garantizar a los ciudadanos que no ocurran situaciones de perturbación social, esto en un ambiente de desorden global, en el que la seguridad se encuentra amenazada.

En las relaciones entre el derecho administrativo sancionador y el derecho penal, lo que singulariza al primero de otras ramas del derecho es que está construido por y para la ejecución, no solo de la ley, sino para una ejecución sistemática y por un sujeto establecido a tal fin, de tal manera que esa ejecución precisa que para que pueda cumplir el cometido que las normas presupongan y programen la actuación del sujeto encargado de la ejecución, es decir, la administrativización de un sector de la realidad, requiere de un sistema, un mecanismo, erigido sobre el derecho administrativo, que tiene por objeto la dirección y control social (Nieto, 2008).

Pero el control social deviene del orden instituido que ha de ser asumido, acatado y respetado por los ciudadanos. Resulta relevante mencionar que existe un sector de la doctrina que percibe la actividad estatal como un factor que modifica y afecta los derechos subjetivos de los ciudadanos, obviando que, en el Estado moderno, la potestad de control y sanción es, como todas las demás actividades administrativas, sometida al régimen de derecho (Pérez, 2014). Un ejemplo normativo de esta premisa es el artículo 40 del Código Orgánico Administrativo, que impone a los administrados la obligación de abstenerse de actuar con conductas abusivas del derecho, trasladándoles la responsabilidad de la prudencia que amerita la armónica convivencia social frente al ejercicio de sus derechos. De ahí que el instrumento de la sanción deba verse desde esta perspectiva, por ello que la diferenciación entre pena y sanción, trasciende al mero órgano emisor —el juez o la administración pública—, no obstante que la construcción dinámica de los Estados acredita que la elección entre la administrativización, el control y la sanción de un sector de la realidad, o, la entrega de la vida social y el establecimiento de límites penales, es una decisión política.

3. Principio de legalidad y su relación con el derecho administrativo sancionador

3.1. Principio de legalidad, Convención Americana de Derechos Humanos y potestad sancionadora

Como se ha mencionado en el acápite anterior, el principio de legalidad, en estricto sentido, aparece para limitar a la Administración pública, irradiada del “poder de imperio”, que le faculta incluso al uso legítimo de la fuerza para obligar a los administrados a acatar su voluntad y modelar el escenario en el que la actuación administrativa es legítima o arbitraria.

En el ámbito sancionador, el artículo 9 de la Convención Americana de Derechos Humanos (en adelante CADH) recoge el principio de legalidad: “Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. [...]” (Organización de Estados Americanos, 1969).

Del análisis de este artículo se desprenden tres cuestiones a saber: a) La CADH identifica *prima facie* al principio de legalidad con el derecho penal. No obstante, el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha hecho extensivo a todos aquellos procedimientos no penales que se deriven del derecho sancionatorio y a todas las formas en que se manifiesta el poder público (Caso Baena Ricardo y otros frente a Panamá. Sentencia del 02 de febrero de 2001) b) Las conductas que irrumpen contra el orden instituido deben ser consideradas como tales en el ordenamiento jurídico; c) El ejercicio del *ius puniendi* del Estado está subordinado al imperio de la ley como condición *sine qua non* para la imposición de sanciones. Estos elementos dan cuenta de que la CADH, en el marco de la potestad sancionadora del Estado, asume el principio de legalidad en su noción clásica de límite al poder público a favor de los derechos de los ciudadanos, en el que están inmersas dos manifestaciones concretas: la reserva de ley y la tipificación de los delitos, que en sentido más amplio se asumen como infracciones.³

3 Quedan por fuera de este trabajo el análisis de las dos manifestaciones restantes que son el bis in ídem y la irretroactividad.

Si bien esta concepción sobre el principio de legalidad ha determinado el desarrollo del derecho administrativo sancionador, la rigidez del principio se ha flexibilizado con los derechos humanos y la constitucionalización del derecho administrativo, lo que implica también la ductilidad del derecho, que no es una restricción a la garantía de los derechos sino que viabiliza su ampliación en función de su tutela y eficacia, es decir, ya no es el orden jurídico positivista el único criterio que legitima la gestión del Estado, sino la consecución de los derechos, habida cuenta que el ejercicio de la potestad sancionadora de la Administración pública, como toda potestad en el contexto de un Estado de derecho, está condicionada, en cuanto a su propia validez, por la Constitución, los principios constitucionales y la observancia de los derechos fundamentales.

En esta línea, el principio de legalidad se refuerza en la legitimidad del orden instituido en el ordenamiento jurídico, pero no solo, sino además en el aval social, que supera el ámbito formal y material de la norma, so pena de que una sociedad esté regida por normas retóricas, simbólicas e ineficaces, lo que conlleva que el principio de legalidad, en sentido amplio, también irradie sobre el ejercicio de los derechos de los ciudadanos. La investigadora nomina a este fenómeno como “apropiación social de la juridicidad”.⁴

4 Para que haya apropiación social de esta problemática es indispensable el conocimiento de la realidad socio – jurídico y política ya desarrollada. En este sentido se asume que la apropiación social de la juridicidad implica tener conocimiento de la problemática y para ello metodológicamente ha de abrirse el camino de la conciencia social. La conciencia tiene como característica esencial que es el reflejo de la realidad, por tanto, también es la característica del proceso de conocimiento del mundo objetivo por el ser humano. El conocimiento es la medida de la conciencia, si no tiene conocimiento, el ser humano no tiene medida de conciencia, el modo como existe la conciencia y la realidad es el conocimiento. En la coincidencia del conocimiento y la conciencia radica la esencia gnoseológica de la conciencia. El conocimiento humano tiene lugar en diversas formas de las cuales la sensación es la primera y elemental. La realidad empieza a conocerse por las sensaciones y las percepciones de los objetos y fenómenos del mundo exterior. Aunque la conciencia como capacidad de reflejo específicamente humano, se ha originado en el proceso evolutivo del mundo orgánico, más tarde que la capacidad de sentir ese mundo, la sensación, sin embargo, se convierte en el factor de la conciencia que proporciona todos los datos para una penetración más profunda de la realidad objetiva, determinando así todo el contenido de la conciencia. Para profundizar ver a Shorojova, 1963.

Siendo la legalidad, entendida como el principio que instituye el orden social y la garantía para el disfrute armónico de los derechos, no sólo atañe a la administración pública, sino que ha de ser asumida por los administrados como una experiencia jurídica y fundamento de todo fenómeno jurídico. Esto resulta del pacto social que garantiza una pacífica convivencia entre los sujetos que habitan un Estado y que habilita que ese Estado genere mecanismos que neutralicen las perturbaciones que las existencias individuales pueden ocasionar a los otros, y entre esos mecanismos aparece la potestad sancionadora, la cual ha de ser ejercitada por el Estado en sus distintas instancias administrativas, con sujeción al derecho y en el marco del principio de legalidad, pero en el sentido amplio que involucra a la administración pública y a los administrados, y no solo desde la perspectiva de límite para la actuación estatal.

En este mismo sentido, Alejandro Nieto afirma que el derecho administrativo sancionador se erige sobre una decidida colaboración social que altera los planteamientos tradicionales del principio de legalidad. Señala el autor, que el ejercicio eficaz de la potestad sancionadora no ha de ser visto desde la perspectiva del Estado contra los ciudadanos, sino del Estado junto con los ciudadanos contra los infractores (Nieto, 2008).

3.2. *Sustratum* de la culpabilidad, la tipicidad y la antijuridicidad en el ámbito administrativo sancionador

Hablar del *ius puniendi* es hablar de la capacidad del Estado para sancionar, y esa capacidad se materializa en dos ámbitos, en el derecho penal y en el derecho administrativo sancionador. Se dice que el derecho administrativo sancionador es una rama joven que surge a raíz del derecho penal porque muchas de sus instituciones las recoge de este, con seguridad por la tradición y la precedencia del derecho penal, pero el *sustratum* de esas instituciones no es el mismo. Así pues, desde una perspectiva orgánica, cuando se menciona que el Estado puede castigar en el derecho penal, es un tema competencialmente privativo del poder judicial, mientras que el derecho administrativo sancionador es un ámbito exclusivo de la administración pública. Asimismo, los límites para el legislador es que las penas privativas

de la libertad están restringidas a la órbita penal, mientras que una sanción administrativa no puede dar lugar a una medida privativa de libertad. Pero existen otras diferencias.

En el párrafo 106 de la Sentencia expedida el 2 de febrero de 2001 con la que se resolvió el caso Baena Ricardo y otros frente a Panamá, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH) analiza el principio de legalidad en el marco de los hechos que suscitaron el proceso, y señaló, de forma textual, que:

[...] En relación con lo anterior, conviene analizar si el artículo 9 de la Convención es aplicable a la materia sancionatoria administrativa, además de serlo, evidentemente, a la penal. Los términos utilizados en dicho precepto parecen referirse exclusivamente a esta última. Sin embargo, es preciso tomar en cuenta que las sanciones administrativas son, como las penales, una expresión del poder punitivo del Estado y que tienen, en ocasiones, naturaleza similar a la de estas. Unas y otras implican menoscabo, privación o alteración de los derechos de las personas, como consecuencia de una conducta ilícita. Por lo tanto, en un sistema democrático es preciso extremar las precauciones para que dichas medidas se adopten con estricto respeto a los derechos básicos de las personas y previa una cuidadosa verificación de la efectiva existencia de la conducta ilícita. Asimismo, en aras de la seguridad jurídica es indispensable que la norma punitiva, sea penal o administrativa, exista y resulte conocida, o pueda serlo, antes de que ocurran la acción o la omisión que la contravienen y que se pretende sancionar. La calificación de un hecho como ilícito y la fijación de sus efectos jurídicos deben ser preexistentes a la conducta del sujeto al que se considera infractor. De lo contrario, los particulares no podrían orientar su comportamiento conforme a un orden jurídico vigente y cierto, en el que se expresan el reproche social y las consecuencias de este. Estos son los fundamentos de los principios de legalidad y de irretroactividad desfavorable de una norma punitiva. (Corte IDH, Baena Ricardo y otros contra Panamá, 2001).

Este párrafo de la sentencia puede ser analizado desde dos perspectivas, una más cercana a la noción clásica del principio de legalidad, y otra más afín a las características del nascente derecho administrativo sancionador alejado de los influjos del derecho penal, que es la línea que sigue esta investigación. En relación con la reserva de ley, tanto el artículo 9 de la CADH como la sentencia, coinciden en

manifestar que la conducta que se imputa como infracción, y que ameritaría una sanción, debe estar prevista en el derecho aplicable (CADH) o en el orden jurídico vigente y cierto (Sentencia), pero, al parecer, solo la sentencia hace referencia a que la conducta antijurídica deba estar calificada como tal en la norma positiva, cuando se refiere al hecho ilícito.

Esta interpretación de la Corte IDH parecería ser menos rigurosa que la previsión del artículo 76.3 de la Constitución ecuatoriana que dice: “Nadie podrá ser juzgado ni sancionado por un acto u omisión que, al momento de cometerse, no esté tipificado en la ley como infracción penal, administrativa o de otra naturaleza; ni se le aplicará una sanción no prevista por la Constitución o la ley [...]”, porque la Carta Magna, de manera expresa, prevé que las infracciones y sanciones han de estar presentes en una norma con rango de ley, mientras que la Corte IDH hace referencia a la “norma punitiva, sea penal o administrativa”, que bien podría ubicarse en un rango infra legal, salvo que se asumiera que al referirse al “hecho ilícito” se trata de hechos contrarios a la ley, de manera específica.

Conviene ahora abordar los elementos configuradores de un delito penal, y confrontarlos con los de la infracción administrativa, a fin de identificar sus coincidencias y diferencias, y visualizar como se emplazan en la noción de legalidad propuesta y no clásica.

La doctrina penal erige la teoría del delito sobre tres pilares: la culpabilidad penal, entendida como una categoría de valorización sobre la persona, esto es, si la persona tenía libertad para actuar de una forma distinta, pero sin embargo eligió actuar conforme al delito; la tipicidad, que es la adecuación del hecho fenomenológico a una descripción de la conducta prohibida que el legislador erige en un tipo penal, a fin de garantizar que las otras ramas del derecho funcionen; y la antijuridicidad o ilicitud, que se entiende como la realización del tipo penal objetivo con una carga valorativa que no esté autorizada por una norma penal o de otras ramas del derecho como la legítima defensa, por ejemplo. Las dos últimas son categorías de valoración del hecho.

De manera ontológica, no hay diferencia sustantiva entre un delito y una infracción administrativa; en cuanto a su estructura, hay una actitud antijurídica o hay una conducta ilícita, hay medidas represivas y en ambos casos hay bienes jurídicos protegidos, pero la diferencia está en el punto de vista fenomenológico, en tanto la autoridad administrativa asume la intangibilidad de determinados bienes jurídicos supraindividuales o colectivos como la salud pública, la educación gratuita, el medio ambiente, el urbanismo, que se salvaguardan con medidas de prevención que se cristalizan en la conminación e imposición de castigos a los infractores, que no se han penalizado por voluntad del legislador, mientras que el derecho penal pretende disuadir a quienes se sienten inclinados a delinquir (Nieto, 2008).

En el ámbito administrativo sancionador estos tres pilares tienen otro matiz. La culpabilidad que es requisito *sine qua non* para la atribución de responsabilidad penal, se ve remplazada por la negación de la obligación en la esfera administrativa. Es, por lo regular, conocido que el desconocimiento de la norma no exime de responsabilidad a quien la infrinja, y aun cuando este principio emerge desde el derecho civil, resulta también aplicable a la responsabilidad penal y administrativa. Es impensable que en un proceso penal se absuelva de la pena a un individuo que asaltó un local comercial alegando que no conocía que apropiarse de cosas ajenas es un delito, como tampoco la administración pública podría dejar de sancionar a un administrado que edifica una vivienda sin contar con la licencia de construcción, a pretexto de su desconocimiento de este requisito.

Si bien en un proceso penal resulta irrelevante si el individuo conocía o no de la existencia del tipo penal en el que se describe la conducta por la que está siendo juzgado, porque lo que interesa es saber si la conducta configurativa de la infracción fue cometida de manera voluntaria, en el procedimiento sancionador ha de concurrir la presunción de que los ciudadanos conocen las reglas que viabilizan su convivencia armónica con los demás miembros de la sociedad, o, en última instancia, conocen que nadie está autorizado a ejercer sus derechos en desmedro de los derechos de otros, y es en este escenario en el que aparece la apropiación social de la juridicidad a la que ya se ha hecho alusión en páginas anteriores, que tiene una correlación

directa con la antijuridicidad y que se detallará en mayor medida cuando se analice ese punto.

Tratándose de la tipicidad, el derecho administrativo sancionador no se erige sobre la taxatividad de las conductas que una sociedad execra, ni sería posible dada la inmensidad de cuestiones que en cada ley sectorial se regulan y que podrían verse infringidas. De hecho, las legislaciones que lo han intentado han fracasado porque la tipificación exhaustiva viabiliza la impunidad de cuestiones fácticas que, aun siendo contrarias a alguna previsión mandatoria o del orden instituido, no se pueden sancionar porque no se encuentran en el catálogo de infracciones dispuestas por el legislador.

Melgar Córdova, al problematizar la ineficacia de la tipificación taxativa en el derecho administrativo sancionador señala que:

[...] bajo el pretendido argumento de la seguridad jurídica, se pretende extender el alcance de la tipificación de infracciones y sanciones administrativas hasta el punto de situar a la Administración Pública frente a dos alternativas: o se pone bajo la espalda la tarea imposible de predeterminar, de manera anticipada, la totalidad de conductas sobre las que resulta posible aplicar una sanción; o, se ubica cómodamente de manera implícita del lado del infractor, limitándose a reprimir sólo aquellas conductas que se encuentren tipificadas de manera taxativa en una norma sancionadora, con el consecuente resultado de dejar sin respuesta una gran proporción de comportamientos no deseados socialmente, los que, por no encontrarse tipificados expresamente, continuarán desarrollándose sin que sus consecuencias perjudiciales puedan ser enervadas por la acción administrativa (Melgar, 2006, p. 274).

En complemento a lo expuesto, argumenta Nieto que es común encontrar en más de una legislación una enumeración de infracciones y sanciones que no es exhaustiva, de tal manera que algún supuesto quede sin tipificar, y en ese evento, da igual que las cosas permanezcan así o que luego un reglamento supla su carencia, puesto que en ambos supuestos se incumple para lo silenciado el mandato de tipificación legal (Nieto, 2008). Como ejemplo local se puede revisar el Código Orgánico del Ambiente del Ecuador que, si bien en un inicio

regula con textura abierta la potestad sancionadora,⁵ incurre en el yerro de reducir a 48 presupuestos fácticos las infracciones leves, graves y muy graves en las que se puede incurrir en esta materia, no obstante existir actividades dañosas para el ambiente que se fugaron de la creatividad del legislador y que quedarán sin sanción.

El derecho administrativo sancionador trae una propuesta de solución al riesgo vaticinado, y se trata de los reglamentos colaboradores o tipificación indirecta. Los reglamentos colaboradores no son más que un mecanismo para la implementación de la cobertura legal que habilita al Estado en general, y a la Función Ejecutiva en particular, a intervenir frente a perturbaciones que las existencias individuales pueden ocasionar, por medio de una autorización prevista en una norma con rango de ley para castigar a quienes infrinjan las obligaciones instituidas a nivel legal e infra legal. Es decir, sin que se dé una ruptura a la reserva legal para el establecimiento de infracciones y sanciones, la norma con rango de ley ha de incluir una única infracción administrativa: la negación de la obligación, en el marco de la apropiación social de la juridicidad.

En palabras de Nieto, la constitucionalidad de la presencia de reglamentos en una materia reservada a la ley resulta intachable, por cuanto la ley no regula de forma exhaustiva la materia, sino que se limita a lo esencial y, para el resto, se remite al reglamento, al que invita a colaborar en la regulación (Nieto, 2008). Esto no significa que el reglamento instituirá un catálogo de infracciones y sanciones, sino que la ley tipifica la violación a las disposiciones legales y reglamentarias, a la vez que habilita a las instancias administrativas que tengan competencia normativa para que introduzcan al ordenamiento jurídico obligaciones que deben ser acatadas por los administrados, y establecerá el régimen jurídico de las sanciones, pero delegando de nuevo al reglamento la categorización del riesgo y de los daños. Un ejemplo local de este sistema administrativo sancionador se encuentra en el artículo 77 de la Ley de Hidrocarburos del Ecuador, que prescribe:

5 Código Orgánico del Ambiente, artículo 314.- Infracciones administrativas ambientales. Las infracciones administrativas ambientales son toda acción u omisión que implique violación a las normas ambientales contenidas en este Código.

Art. 77.- El incumplimiento de los contratos suscritos por el Estado ecuatoriano para la exploración o explotación de hidrocarburos, **o la infracción de la Ley o de los reglamentos**, que no produzcan efectos de caducidad, serán sancionados en la primera ocasión con una multa de hasta quinientas remuneraciones básicas unificadas para los trabajadores en general; la segunda ocasión con multa de quinientas a un mil remuneraciones básicas unificadas para los trabajadores en general; y, la tercera ocasión con multa de un mil a dos mil remuneraciones básicas unificadas para los trabajadores en general [...] (Registro Oficial No.711, 1978).

Lo dicho abre, de manera necesaria, el análisis de la antijuridicidad de la conducta que se asume como infracción administrativa, que no es un instituto desarraigado de la tipicidad. La antijuridicidad, en el ámbito administrativo, es más abarcativa que lo que resulta en el derecho penal, porque no se limita a la mera realización del tipo penal objetivo. Si bien la seguridad jurídica que otorga la reserva de ley para el establecimiento de infracciones y sanciones puede garantizar la eficiencia de una organización, la tipificación indirecta garantiza el derecho del ciudadano en relación con los otros ciudadanos. Tómese en cuenta que la versión positivista del derecho se rompe con el advenimiento de la ductibilidad de la ley, en función de tutelar los derechos del más débil (Zagrebelsky, 2018).

La antijuridicidad en el ámbito administrativo se decanta hacia la inobservancia de las obligaciones instituidas para el administrado por el riesgo que supone que esa conducta introduce al orden social. Al respecto, Nieto señala que la política administrativa represiva se orienta por el peligro abstracto sin excluir el concreto, toda vez que desde el punto de vista lógico el antivalor de la conducta sancionable habría de ser, pues, la producción de un riesgo, a diferencia de la política penal, en la que de hecho no tiene cabida, y cuando la tiene, es cuestionable porque la simple inobservancia de la norma no precisa ir precedida de dolo o culpa, ni seguida de un resultado lesivo, apartándose del eje de la culpabilidad penal (Nieto, 2008).

En este sentido, la antijuridicidad ha de ser asumida como toda actuación que irrumpe con el orden socialmente establecido y que pone en riesgo, concreto o abstracto, a la colectividad, por efecto de

la inobservancia de las obligaciones previstas en el ordenamiento jurídico, y si bien no toda infracción administrativa tiene trascendencia para la justicia constitucional, la administración pública en cambio sí tiene una sempiterna función de garante de los derechos. Ya se ha mencionado que la correlación entre la negación de la obligación, la tipificación y la antijuridicidad es circular y codependiente, de ahí que la tipificación indirecta no excluye a la seguridad jurídica, sino que la subsume y asume mediante los reglamentos colaboradores, que pueden garantizar más, o evitar más, la hipotética concreción de hechos no deseados que pueden afectar los derechos fundamentales de un colectivo o individuo. De manera metodológica, la negación de la obligación en el ámbito administrativo, al igual que el silogismo lógico en el ámbito penal, son modelos lógico-aristotélicos, pero no el mismo. Mientras el derecho penal resuelve su aplicabilidad con el silogismo, la negación de la obligación se resuelve con la tabla de verdad por negación.

Tabla 1
Silogismo lógico (penal)

Premisa mayor	Tesis	Norma penal
Premisa menor	Antítesis	Hechos punibles
Conclusión	Síntesis	Sanción

Fuente: elaboración propia (2020).

Tabla 2
Tabla de verdad por negación (negación de la obligación)

Obligación 1 (V)	¬	Infracción 1
Obligación 2 (V)	¬	Infracción 2
Obligación 3 (V)	¬	Infracción 3
Obligación 4 (V)	¬	Infracción 4

Fuente: elaboración propia (2020).

Para finalizar, cabe el siguiente cuestionamiento: ¿Por qué un legislador abre la puerta a un reglamento colaborador? Cuando el legislador genera la ley, lo hace en términos de que esta satisfaga todas las formalidades para que pueda tener legitimidad y validez, en función de garantizar seguridad jurídica y tutela de derechos, no obstante, al habilitar la generación de reglamentos colaboradores, se está permitiendo la posibilidad de disponer o incorporar infinidad de posibilidades de instancias técnicas que no alteran la garantía de la seguridad jurídica y el cumplimiento de las formalidades de la ley, sino que amplían y aproximan en mejor medida la tutela de los derechos fundamentales.

4. Conclusiones

El derecho administrativo sancionador encuentra su identidad cuando determina con precisión lo que le separa del derecho penal, y demuestra que no es una derivación de este. En tal sentido, los principios que comparte con el derecho penal, son aquellos principios constitucionalizados, pero no porque exista una sumisión del derecho administrativo sancionador hacia el derecho penal, sino por el carácter supra legal de estos principios, dado su anclaje hacia el derecho público, con el que está vinculado por medio de la Constitución y el derecho administrativo.

El derecho penal no puede tener dispersas las conductas punibles en distintos cuerpos penales, pues eso, puede afectar no solo a la seguridad jurídica de los administrados, sino que afecta el principio de legalidad y de certeza, respecto de los actos contrarios a la ley y los procedimientos correspondientes a seguir. Por eso, las últimas legislaciones penales han procurado integrar estas distintas infracciones en un solo cuerpo legal, que en la actualidad se denomina Código Integral Penal, precisamente con ello, se sistematizan y aglutinan dichas conductas. Sin embargo, los encuentros con el derecho administrativo han generado más de un conflicto, en especial, en lo que tienen que ver con la potestad sancionadora, por ello, es de vital importancia debatir sobre sus límites y alcance.

Por otra parte, el principio de legalidad en su noción clásica se asume como una garantía al límite del poder estatal en favor de los ciudadanos, no obstante, en el momento en que el principio opera para el ejercicio de la potestad sancionadora del Estado, se expresa en dos dimensiones: una atañe a la Administración pública y se define en el momento en que la actuación estatal es legítima o arbitraria, y otra, que es asumida por los administrados como fundamento para el ejercicio de sus derechos.

Por último, la eficacia del ejercicio de la potestad sancionadora se amplía mediante la concreción de los reglamentos colaboradores, como un mecanismo que amplía la cobertura legal que habilita a la Administración pública a sancionar las conductas que infringen el orden instituido, reduciendo el riesgo de dejar en la impunidad los presupuestos fácticos que por omisión del legislador quedaron fuera de un catálogo de infracciones administrativas que por su infinitud es imposible de determinar.

5. Referencias bibliográficas

- Ascárate, A. (2013). Cuestiones preliminares para el estudio de la infracción administrativa. En A. A. Spota, *Estudios de Derecho Público* (págs. 1095-118). Buenos Aires: UBA.
- Bergalli, R. (Noviembre de 1999). Principio de legalidad: fundamento de la modernidad. *Jueces para la democracia*(36), 58-63.
- Cano, C. T. (1995). Derecho Administrativo Sancionador. *Revista Española de Derecho Constitucional*, 339-348.
- Corte IDH, Baena Ricardo y otros frente a Panamá (Corte Interamericana de Derechos Humanos 2 de Febrero de 2001).
- Goldschmidt, J. (2010). Derecho, derecho penal y el proceso. Marcial Pons. Madrid.
- Lopez Olvera, M. (2008). *La instancia administrativa*. Buenos Aires: Ediar.
- Melgar Córdova, E. (2006). Quien mucho abarca poco aprieta: algunas consideraciones a favor de la utilización de la tipificación indirecta en el derecho administrativo sancionador. *Revista de Derecho Administrativo* (págs. 273-306). Lima: CDA.

- Montesquieu, Ch. (1758). *El espíritu de las leyes*. Traducido por Siro García del Mazo. Librería Victoriano Suárez, Madrid.
- Narváez, M. J. (2019). La Potestad sancionadora en el Código Orgánico Administrativo. En J. P. Aguilar, *Estudios sobre el Código Orgánico Administrativo* (págs. 257-272). Quito: Ed. Jurídica Cevallos.
- Nieto, A. (2008). *Derecho Administrativo Sancionador*. Madrid: Tecnos.
- Organización de Estados Americanos (7-22 de Noviembre de 1969). Convención Americana de Derechos Humanos. *Pacto de San José*. San José, Costa Rica.
- Pérez, E. (2014). *Derecho Administrativo* (Vol. I). Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- Pinzón, J. y. (1985). *Sector financiero y delincuencia económica*. Bogotá: Temis.
- Registro Oficial No 449 (20 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. Quito, Ecuador.
- Registro Oficial No.711 (15 de noviembre de 1978). Ley de Hidrocarburos del Ecuador. *Decreto Supremo 2967*. Quito.
- Rojas Franco, E. (2007). *Derecho Administrativo y Derecho Procesal Administrativo*. Guayaquil: Edilex.
- Shorojova, E. (1963). *El problema de la conciencia*. México: Grijalvo.
- Zagrebelsky, G. (2018). *El derecho dúctil*. México: Trotta .

APARTADO II

Análisis de los aspectos éticos en el servicio público y la Administración pública

Libertad de empresa y libertad de los consumidores: cómo conjugarlas en el momento en que se brinda un servicio público

Diego Jadán-Heredia

1. Introducción

EN 2019 UNA cadena de farmacias ecuatoriana se negaba a tener en su inventario el medicamento denominado píldora anticonceptiva de emergencia, PAE, justificándose en razones morales y en ejercicio de su libertad de empresa (Diario *El Comercio*, 2019, caso 1). Vale recordar que dicha píldora se utiliza para prevenir los embarazos no planeados o no deseados después de una relación sexual sin protección anticonceptiva, por eso también se la llama “la píldora del día después”. En 2020, la pandemia global del covid-19 obligó en cortísimo tiempo a todos los habitantes del país a utilizar de manera constante protección para evitar el contagio, lo más buscado eran las mascarillas y guantes quirúrgicos. Su gran demanda agotó de forma inmediata esos productos y en el momento en que se los encontraba no fue raro que tengan un precio superior al normal (*El Comercio*, 2020, caso 2). De nuevo la libertad de empresa fue la justificación utilizada por las empresas farmacéuticas para explicar por qué podía aprovecharse de forma económica de su gran demanda.

Estos dos ejemplos nos llevan a plantear la discusión en torno a si una empresa farmacéutica tiene la obligación, como en el primer caso, de tener en su inventario un medicamento o la obligación, como en el segundo, de mantener un precio fijo en productos no suuntuarios; o si, por el contrario, una empresa privada aunque se dedique a la venta de medicamentos no tiene límites en el ejercicio de su derecho a la libertad de empresa pues, como sería evidente, el consumidor puede elegir dónde, cuándo y en cuánto comprar. De manera

subyacente a este debate se podrían identificar dos posiciones: una considerada liberal que defiende el derecho de la empresa a vender lo que a bien tenga y en el precio que considere (esta posición podría resumirse en una expresión como esta: “¿cómo se podría obligar a alguien a vender lo que no quiere o a venderlo en un precio no conveniente? Esa sería una interferencia ilegítima en la libertad del comerciante y, además, el cliente lo puede conseguir en otro lugar”). Y, al frente, una que podría considerarse comunitarista que considera, en el primer caso, que vender la píldora anticonceptiva de emergencia no es una opción sino una obligación del comerciante (las razones esgrimidas son múltiples, menos fácil de resumirlas, pero se basan en el derecho a la salud con un enfoque feminista y de derechos humanos); y, en el segundo, que vender productos no suntuarios en época de crisis a precios más altos es una manifestación de la codicia propia de un sistema capitalista deshumanizante.

Sin embargo, resulta reduccionista considerar que el debate se agota entre las dos teorías (liberalismo/comunitarismo), o considerar que esa sería la única respuesta de la primera, algo que creían muchas personas que se califican a sí mismos de liberales. De manera específica me refiero a que entender al liberalismo como un defensor absoluto de la libertad de empresa, sacrificando incluso otras libertades, cae en el prejuicio; así como tampoco se es comunitarista por el solo hecho de que se piense en los derechos de los consumidores. Estos casos, como diría Levi Strauss, sirven para pensar; para plantearnos otros posibles escenarios. Por estos motivos, en este artículo, que se enmarca en la teoría política y el derecho constitucional, abordaré la tensión existente entre la libertad de empresa y los derechos de los consumidores, en relación con el servicio público que brindan las empresas farmacéuticas. Limito de esta manera el estudio porque no hacerlo así sobre abarcaría las posibilidades de reflexión racional y su elevada abstracción la haría alejada de la realidad. Y es que no se puede olvidar que el ejercicio teórico filosófico, en especial en el momento en que dialoga con lo político, no puede despegar los pies de la tierra para tener la visión de la lechuza de Minerva porque se deja de ser humano para ser idea.

Para empezar, de manera deliberada y especial, utilizaré argumentos liberales con el fin de poner en evidencia que en este debate, de manera errónea, se califica a quienes creemos que las empresas farmacéuticas tienen las dos obligaciones (vender el medicamento en el caso 1 y a un precio regulado por el Estado y no el mercado en el caso 2) como “peligrosos para la libertad”. Partir del liberalismo tiene una ventaja enorme porque, a diferencia de otros *corpus* teóricos, este lenguaje de la política —expresión de autoría del economista liberal Arnold Kling (2017)— no es dogmático y, por lo tanto, no es una doctrina que Rawls —filósofo político también liberal— llamaría “comprehensiva” es decir que no es un saber conformado por creencias fuertes que no admiten corrección ni interpretación; al contrario, una postura liberal es flexible, posibilita el diálogo por la simple razón de que quien se considera liberal sabe que no es dueño de la verdad y que su postura puede estar equivocada o puede ser mejorada.

De esta forma divido a este trabajo en cuatro partes: en la primera realizo un acercamiento teórico al liberalismo para mostrar su ineludible relación con el contexto; en la segunda muestro cómo el contexto ecuatoriano obliga a interpretar los principios liberales a la luz de principios constitucionales; en la tercera parte, muestro que el ejercicio de la libertad debe evitar provocar daño relevante a terceros, como único límite a su ejercicio; por último, me centro en la especial importancia de que la interpretación de la libertad tenga una mirada feminista.

2. La interpretación contextual de la libertad

El liberalismo, como un lenguaje de la política, no puede obviar el contexto en el momento en que de aplicar sus principios se trata. En efecto, que una cadena de empresas farmacéuticas decida no vender un medicamento o lo haga a un precio exorbitante no impide que los usuarios y usuarias lo adquieran en otras farmacias; es decir, esta política, a la que llamaré en este ensayo *política del interés particular*, es una clara manifestación de su libertad de empresa. Así, en abstracto, es fácil defender la postura empresarial porque no se estaría perjudicando al consumidor quien, a su vez, tiene el derecho de elegir dónde, qué y en cuánto comprar. La libertad del empresario y del

consumidor está garantizada. El problema surge en el momento en que lo abstracto deja de serlo, cuando se atiende a los detalles, al caso concreto y a su contexto; ahí sí importa qué posición tenga la empresa en el mercado y cuál el consumidor, cuál es su giro de negocios (si los productos que vende son suntuarios o necesarios), qué razones esgrime para dejar de vender un producto, qué razones existen para comprarlo, qué condiciones tiene el consumidor. Si pasamos por alto esa información el resultado de aplicar los principios liberales puede ser un fracaso. Y no solo eso, si es que además de defender abstracciones (sin mirar la realidad) se defienden las libertades del empresario y se pasan por alto las de los consumidores entonces se distorsiona aún más el programa liberal.

En primer lugar, en el momento en que se habla de una cadena de farmacias, es decir, una misma empresa que abarca un gran porcentaje del mercado, se tiene como contracara el cierre de muchas farmacias de barrio o pequeñas farmacias, de personas naturales, porque no pueden competir con grandes empresas que, en la práctica, se han convertido en supermercados. Si uno va a una de estas farmacias, se encuentra con que puede, además de adquirir el medicamento buscado, de una vez, comprar alimentos, perfumes, implementos de belleza, adornos, regalos, además de salir del local siendo socio y aprovechando los días de descuento. Así, la aplicación de la política del interés particular (“no vendo por razones morales” o “vendo al precio que más me convenga para mis intereses”) no tiene el mismo resultado si lo hace una pequeña farmacia o si lo hace una empresa como la descrita. Por lo tanto, sostengo, se reduce el ámbito de libre elección del consumidor.

Esta reflexión no es nueva ni mucho menos, ya lo vieron los padres del liberalismo, no traicionando sus postulados sino procurando ver las libertades de los dos lados de las relaciones comerciales. Para comprender la relación libertad/contexto vale la pena hacerlo, como dice Nietzsche (2017, p. 42), con sentido histórico.¹ Si miramos

1 El filósofo alemán crítica, precisamente, la usual práctica de estudiar los conceptos filosóficos alejados del contexto histórico: “Todos los filósofos tienen el defecto común de partir del hombre actual y creer que con un análisis del mismo llegan a la meta. Involuntariamente –el hombre– se les antoja como una aeterna veritas, como algo invariable en medio de toda

hacia atrás,² hacia la segunda mitad del siglo XVIII, el ilustrado escocés Adam Smith (1983), uno de los padres del liberalismo económico, se caracterizó por defender una *ética de la simpatía*, o sea una forma de actuar que sea capaz de considerar el pensamiento y necesidad ajena para comprenderla. Pero cuidado, esta ética no se sustenta en la bondad del ser humano; al contrario, según Smith, el *hombre* es egoísta por naturaleza, por lo tanto, es necesario estimular el interés personal de cada miembro de la sociedad para colocarlo a su servicio; estas ideas son la base del principio de “cooperación voluntaria entre los *hombres*” en el que se asienta su obra más destacada: *Una investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones* (1776), conocida de manera popular como *La riqueza de las naciones*. Ahí afirma: “el hombre la obtiene [cooperación voluntaria entre los *hombres*] con más facilidad si consigue atraer a su favor el interés propio de los demás, haciéndoles ver que es ventajoso para ellos hacer exactamente lo que él necesita que hagan”.

El escocés no fue insensible a los dramas sociales de su época, no fue un defensor de los privilegios de los ricos y del *statu quo*; el crecimiento económico, más bien, provoca la mejora en la calidad de vida de los pobres y la clase media: “[...] en una sociedad civilizada, los pobres trabajan dos veces: para sustentarse a sí propios y para proporcionar un lujo enorme a sus superiores. [...] Son ellos los que cargan sobre sus hombros toda la fábrica de la sociedad humana. [...] Aquellos que más trabajan son los que reciben menos”. Así, frente a la libertad del empresario para beneficiarse por el servicio que presta, estaba el riesgo de la pobreza de la nación: “[...] en cada negocio,

la vorágine, como una medida cierta de las cosas. Pero todo lo que el filósofo dice sobre el hombre no es en el fondo más que un testimonio sobre el hombre de un espacio temporal muy delimitado. El pecado original de todos los filósofos es la falta de sentido histórico; no pocos toman incluso la configuración más reciente del hombre, tal como ha surgido bajo la impronta de determinadas religiones, aun de determinados acontecimientos políticos, como la forma fija de la que debe partirse. No quieren enterarse de que el hombre ha devenido; mientras que algunos de ellos llegan incluso a derivar el mundo entero de esta facultad cognoscitiva”.

- 2 Las reflexiones filosófico-políticas necesariamente deben tener sentido histórico; solo para recordar a otro filósofo liberal, Alexis de Tocqueville (2018, p. 1177) que advirtió en 1840 los peligros de pensar en el futuro sin mirar la historia: “como el pasado no alumbraba ya al porvenir, el espíritu avanza en las tinieblas”.

la opresión del pobre supone el monopolio de los ricos, quienes, al acaparar la totalidad del comercio para sí mismos, serán capaces de obtener grandes beneficios”.³

Esa ética de la simpatía es lo que lo lleva, como observa otro liberal, Mario Vargas Llosa (2018, p. 52), a pensar en cómo beneficiar a los consumidores; dice el peruano:

El monopolio distorsiona la oferta y la demanda al conferir a un fabricante o a un comerciante el poder de alterar los precios para satisfacer su apetito de lucro; al eliminar la competencia, la calidad del producto degenera y el comercio de ser un servicio, se convierte en explotación del comprador.

Por supuesto, en los casos 1 y 2 no estamos frente a un monopolio (aunque el mercado es desigual, existen varias empresas farmacéuticas y, todavía, farmacias de pequeños empresarios) pero sí frente a grandes cadenas que tienen gran presencia en el mercado; sin duda, las ideas de Smith pueden orientar la discusión para que al momento de hablar de libertades lo hagamos abarcando a empresarios y consumidores. Y en ese escenario el análisis es más complejo.

3 A modo de ejemplo, comparto algunas citas de La riqueza de las naciones, reitero, aunque los casos que motivan este trabajo no se tratan de un monopolio, las palabras de Smith dan cuenta de que su preocupación rebasa el individualismo radical: “Un monopolio o privilegio exclusivo concedido a un individuo o a una compañía comerciante, produce el mismo efecto que un secreto hallado privadamente en un tráfico o en una manufactura. Los monopolizadores, manteniendo siempre escaso y mal provisto el mercado, y no satisfaciendo jamás la efectiva demanda, venden sus géneros a mucho más caro precio que el natural, subiendo sus emolumentos, bien sean de salarios, bien de ganancias, hasta un valor excesivo sobre su natural proporción”. “El hombre siempre ha de vivir y mantenerse con su trabajo. Por consiguiente, su salario ha de alcanzar por lo menos para su mantenimiento. Es indispensable también, las más de las veces, que ganen algo más que su sustento, porque de otro modo sería imposible mantener una familia, y entonces la raza de aquellos trabajadores nunca pasaría de la primera generación”. “La recompensa liberal y generosa del trabajo fomenta la propagación, anima y aumenta el pueblo industrioso. Los salarios del trabajo son los estímulos de la industria, la cual, como cualquiera otra cualidad del hombre civil, se perfecciona al paso que se fomenta. Un mantenimiento abundante aumenta las fuerzas corporales del trabajador y la agradable esperanza de mejorar de condición, así como la de acabar acaso sus días en plenitud y conveniencia son circunstancias que le animan a poner en movimiento todos sus esfuerzos”.

Y lo es porque la realidad es más compleja que los principios. En el momento en que nos centramos en el campo de la ética de los principios abstractos (como la denomina la filósofa liberal Victoria Camps) podemos hacer defensas universales, incuestionables (*id est* “defiendo una libertad sin coacciones”, “no se puede restringir la libertad de empresa”), pero si atendemos al contexto es necesario relativizar esos principios, de lo contrario se genera lo que el mismo Vargas Llosa llama la “enfermedad infantil del sectarismo”, pues se estaría tratando de encasillar a todas las sociedades en rígidos esquemas teóricos. Si las ideas y el programa político liberal, no se adapta a realidades sociales, económicas e históricas distintas, esas creencias se erigen en actos de fe, constituyéndose sus defensores en auténticos *apóstoles de la teología de mercado*,⁴ lo que conduce al fanatismo.

3. La libertad de empresa en la Constitución

Lo hasta aquí escrito ha querido mostrar por qué al hablar del principio de libertad es imprescindible hacerlo en relación con la realidad; si en verdad nos interesa la libertad no es posible hacerlo a solas, se debe tener en cuenta la libertad de empresa, pero también la libertad de las personas consumidoras. Al fin y al cabo, de manera potencial todos podemos tener al mismo tiempo esa doble calidad de empresario y consumidor. Estas reflexiones serían incompletas si no consideran también el contexto normativo en el que se quiere ejercer la libertad. Las normas jurídicas encauzarán su interpretación y facilitarán o crearán dificultades al momento de actuar con autonomía personal. Por supuesto, esas normas pueden cambiar con el tiempo, de hecho, lo hacen de forma constante; no obstante, merece la pena conocer esos arreglos constitucionales por dos motivos: el primero, porque evidencian la consideración de los constituyentes de la desigual relación de poder entre empresario y consumidor y su preocupación por proteger a este último; el segundo, porque esa vulnerabilidad es aún mayor en el momento en que se brinda un servicio público para proteger el derecho a la salud.

4 El portugués Diogo Freitas do Amaral (2014, p. 167) utiliza este término, precisamente, para referirse a los defensores radicales del liberalismo económico que piensan que toda la economía puede basarse en leyes naturales.

En Ecuador, la Constitución de 2008 contempla entre los derechos de libertad, “el derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental” (art. 66). Este derecho se deriva del principio de libre empresa, así como del de libertad de comercio e industria; pero, asimismo, se configura haciéndolos depender de la regulación que establezca el Estado; a eso se refiere en el momento en que se lo reconoce *conforme* los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental. Las libertades de empresa, comercio e industria también son conocidas como libertad de iniciativa y aunque desde teorías libertarias han esgrimido la necesidad de maximizarlos al tiempo de minimizar la intervención estatal, lo cierto es que ni aun los libertarios los han concebido al margen de la ley. Es decir, los Estados de derecho, desde el primigenio liberal o Estado mínimo, han considerado la libertad de iniciativa no como la libertad de desarrollar *cualquier* emprendimiento, sino el derecho de ejercer sin obstáculos las actividades empresariales reguladas por el ordenamiento jurídico.

De esta forma, la libertad de iniciativa considerada como principio de la economía de mercado debe hacerse compatible con la regulación estatal que procura a su vez armonizarla con los otros derechos y libertades; no es menos importante recordar que esta compatibilidad también tiene la ventaja de garantizar seguridad jurídica, por la cual los intereses particulares del empresario o empresaria también se ven protegidos por el ordenamiento jurídico; por ejemplo, al evitar la competencia desleal y proteger la propiedad.

En el caso ecuatoriano, sin embargo, la armonización entre libertad de empresa —más en general libertad de iniciativa— y libertad de los consumidores —más en general derechos de los consumidores— es más exigente con la primera porque no solo que existen emprendimientos impedidos por la ley (por caso, si se le ocurriera a alguien comercializar órganos o drogas perjudiciales para la salud humana) sino que cualquier inocua iniciativa empresarial debe ser responsable en lo social y ambiental, además de pensar en los demás, ser solidaria. La rigurosa regulación constitucional de la libertad, en sus diferentes facetas, se explica también porque la Constitución, a

diferencia de las anteriores, tiene como eje estructural a la igualdad y no a la libertad, pero esto es motivo de otra discusión.

La misma Constitución reconoce a las personas usuarias y consumidoras como un grupo especialmente vulnerable a la lógica del mercado; por eso reconoce primero que “las personas tienen derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y a elegirlos con libertad, así como a una información precisa y no engañosa sobre su contenido y características” (art. 52). Pero también los constituyentes pretenden modificar la estructura más allá de las relaciones interindividuales, por eso “fomenta un nuevo sistema de comercio e inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad”, así como fomenta la “creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales” (art. 416).

Existen normas de inferior jerarquía que también establecen parámetros para el ejercicio de la libertad de empresa, como el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (Registro Oficial Suplementario n. 351 del 29 de diciembre de 2010) que tiene entre sus fines “fortalecer el control estatal para asegurar que las actividades productivas no sean afectadas por prácticas de abuso de poder del mercado, como prácticas monopólicas, oligopólicas y en general, las que afecten el funcionamiento de los mercados”, así como “impulsar mecanismos que posibiliten un comercio justo y un mercado transparente” (art. 4). Hablar de comercio justo como lo hace el ordenamiento jurídico es controvertido porque la justicia es un concepto no acabado, en el que no hay coincidencia teórica, así que su interpretación deberá tener como fronteras los rasgos establecidos por la misma Constitución.

En la lógica del mercado, dirán los liberales, los consumidores *eligen* dónde, cuándo y en cuánto comprar. No obstante, lo que hace el ordenamiento jurídico es remarcar que la libertad va acompañada de responsabilidad con una doble condición: por un lado -sin importar qué actividad se desarrolle- mientras más poder se ostente, o sea mientras más mercado se abarque, mayor es su responsabilidad; por otro, la responsabilidad aumenta dependiendo de qué tipo de

actividad se ejerza, no es la misma responsabilidad si la empresa se dedica a la venta de televisores que a la venta de medicinas. Sobre la segunda condición, la Constitución reconoce a la salud como un derecho cuya realización se vincula al ejercicio de otros derechos (Art. 32) por lo que la prestación de servicios de salud se rige por varios principios, entre ellos, de equidad, solidaridad, interculturalidad, bioética, con enfoque de género y generacional (Art. 358). Además, y esto es determinante, el servicio que brindan los establecimientos farmacéuticos, como los denomina la Ley Orgánica de Salud (Registro Oficial Suplementario n. 423 del 22 de diciembre de 2006), es público y es por eso por lo que en el Régimen del buen vivir el Estado es responsable de:

Garantizar la disponibilidad y acceso a medicamentos de calidad, seguros y eficaces, regular su comercialización y promover la producción nacional y la utilización de medicamentos genéricos que respondan a las necesidades epidemiológicas de la población. En el acceso a medicamentos, los intereses de la salud pública prevalecerán sobre los económicos y comerciales (Art. 363).

De esta forma, los casos 1 y 2 que motivan este trabajo tienen que ver con esta doble condición por lo que identifiqué tres elementos fácticos:

1. Los establecimientos farmacéuticos que decidieron, en el caso 1, no vender el medicamento, y, en el 2, subir el precio de ciertos productos muy demandados, son empresas con mucha presencia en el mercado (aunque vale aclarar que lo segundo lo han hecho las farmacias grandes y pequeñas, pero resulta más determinante mirar la consecuencia de que lo hagan las primeras). Por lo general, en el momento en que empresas de este tipo ingresan en el mercado, sus competidores con menos recursos no pueden continuar operando a menos que inviertan más, por supuesto, esta es la ley del mercado, los más fuertes sobreviven. En el caso de una cadena de farmacias solo pueden competir con ella otras grandes empresas o lo ha podido hacer la salud pública con grandes inversiones estatales.
2. El principal giro de negocios de este tipo de establecimientos es la venta de medicamentos; es decir de productos que son necesarios para garantizar la salud de los ciudadanos. No son adquiridos (habrá

excepciones, con seguridad) por el puro gusto de consumirlos, no son libres elecciones de la gente sino productos que se ven obligados a adquirir. No es lo mismo que una persona *quiera* cambiar su antiguo televisor por uno de última tecnología que una persona *deba* tomar un medicamento del que depende su salud y su proyecto de vida. Reitero, la libertad de empresa necesariamente se verá limitada de acuerdo con su objeto; por eso, por ejemplo, la farmacia puede vender ciertos medicamentos solo bajo prescripción médica y no de acceso libre.

3. La venta de la PAE se relaciona de forma directa con la garantía del derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres en un país en el que el índice de embarazos no deseados es alto, tanto por un accidente con el uso de otro anticonceptivo o en casos de violencia sexual; mientras que la venta de productos para protegerse del contagio del covid-19 se da en un contexto de crisis y emergencia nacional por la cual la salud y vida humana está en peligro.

Estos hechos en conjunto obligan a que cambie la interpretación de los principios liberales en juego, la libertad de empresa y la libertad de los consumidores. En primer lugar, en tratándose de una empresa con masiva presencia en el mercado, los consumidores disminuyen sus opciones de compra (ya no tengo diez farmacias distintas entre las cuales puedo escoger en cuál comprar, pues nueve de ellas pertenecen a grandes cadenas, por supuesto, es solo un ejemplo ficticio). No estoy diciendo que las grandes empresas farmacéuticas deban cerrar sucursales o no tener éxito, sino que, ya que lo han tenido y acaparan el mercado, entonces su responsabilidad aumenta. Y aumenta porque el principio liberal por antonomasia dice que uno es libre de hacer o no hacer lo que se quiera siempre y cuando no se cause un *daño relevante* a terceros.

4. Libertad y daño relevante

En el momento en que se habla de libertad y responsabilidad se debe ser más preciso para saber a qué dimensión de la libertad nos referimos. Existe un ámbito de libertad absoluta que no conlleva ningún tipo de responsabilidad y que nadie puede ni debería pretender intervenir, me refiero a la libertad de pensamiento: cada persona puede pensar lo que quiera y no puede renunciar a ello y nadie puede

obligarnos a creer o no creer en algo, nuestra opinión es soberana.⁵ La segunda dimensión de la libertad es la de decir, la libertad de expresar esos pensamientos o sentimientos; ya en esta esfera nace la responsabilidad; sin embargo, esta dependerá del contexto, en unos la libertad impera, en otros la responsabilidad. El Estado, de hecho, regula esta segunda dimensión, reconociendo y protegiendo, como en el caso de todo estado democrático, la libertad de expresión, pero limitándolo a veces para no promover mensajes que perjudiquen la dignidad de grupos humanos (como los delitos de odio contemplados en la legislación penal). La tercera dimensión es la que nos interesa para este trabajo por cuanto se refiere a la libertad de acción, la libertad de hacer cosas; es en esta esfera en la que encontramos el concepto de daño relevante.⁶

Esta categoría, el daño relevante, fue desarrollada por el inglés John Stuart Mill (2010) en su ya clásica obra dentro del pensamiento liberal *Sobre la libertad*, en la que defiende el derecho de las personas a actuar con libertad a menos que sus acciones tengan consecuencias negativas no en él mismo sino en terceros que no tienen la obligación de soportar; sobre sí mismo, sobre su propio cuerpo y espíritu, el individuo es soberano. Las consecuencias negativas a terceros no son de cualquier tipo sino solo los relevantes, los que, a su vez, impidan el ejercicio de la libertad de los demás.⁷ Por ejemplo, una

5 “Es imposible [...] que la propia alma esté totalmente sometida a otro, ya que nadie puede transferir a otro su derecho natural o su facultad de razonar libremente y de opinar sobre cualquier cosa, ni ser forzado a hacerlo. De lo que resulta que se tiene por violento aquel Estado que impera sobre las almas, y que la suprema majestad parece injuriar a los súbditos y usurpar sus derechos, cuando quiere prescribir a cada cual qué debe aceptar como verdadero y rechazar como falso y qué opiniones deben despertar en cada uno la devoción de Dios. Estas cosas, en efecto, son del derecho de cada cual, al que nadie, aunque quiera, puede renunciar” (Spinoza, 2017, p. 501-502).

6 Podría objetarse y decirse que el daño relevante también se lo puede provocar en la segunda dimensión (libertad de expresión), no obstante, no lo considero así porque incluirlo en ella puede hacer más mal que bien, es decir, podría justificar limitaciones arbitrarias a la libertad de decir.

7 Leamos directamente a Mill (2006, p. 23): “Quien falte a la consideración generalmente debida a los intereses y sentimientos de los demás, no estando obligado a ello por un deber más imperativo o justificado por alguna preferencia personal confesable, está sujeto, por esta falta, a la desaprobación moral no por su causa, ni por los errores meramente personales, que pueden remotamente haberle llevado a ella. De igual forma, cuando una persona se incapacita por su conducta personal para el cumplimiento de algún deber definido que a ella incumbe respecto al público, se hace culpable de una ofensa social”.

persona de moral conservadora podría sentirse afectada si mira en la calle a una pareja del mismo sexo caminando de la mano o, peor todavía, mostrándose afecto. Esa persona podría incluso sentir que se le ha causado un daño psicológico. Este tipo de daño no es de la importancia suficiente como para impedir que esa pareja se exprese de manera pública. ¿Es que acaso su expresión de afecto perjudica la libertad de terceros? En ese sentido, acciones humanas relacionadas con la moral, como el matrimonio entre personas del mismo sexo, el consumo de drogas e, incluso, el suicidio, estarían protegidas como manifestaciones de libertad.⁸

[...] En una palabra, siempre que existe un perjuicio definido o un riesgo definido como perjuicio, sea para un individuo o para el público, el caso se sustrae al campo de la libertad y entra en el campo de la moralidad o la ley. Pero el daño contingente [...] que una persona cause a la sociedad por una conducta que ni viola ningún deber específico respecto a público ni ocasiona un perjuicio perceptible por ningún individuo, excepto por él mismo, es un inconveniente que la sociedad puede consentir en aras del mayor bien de la libertad humana.

En esa línea, mientras mayor poder tenga una persona, natural o jurídica, más responsabilidad debe tener al momento de ejercer sus derechos porque existen más posibilidades de causar un daño relevante a los demás. La libertad, siendo un derecho, es una carga.⁹ Por eso la libertad de empresa no puede ser aplicada de manera similar ante un pequeño, mediano o gran empresario. En el mismo sentido, el servicio que brindan los establecimientos farmacéuticos no se asemeja al de cualquier otra empresa sino que se concentra en un área fundamental para el bienestar público: la salud, que se vincula con el ejercicio de otros derechos humanos; insisto, comerciar con medicamentos no es lo mismo que hacerlo con vehículos, tecnología,

8 Por supuesto acciones como las mencionadas, en especial el consumo de drogas, pueden ser consideradas como especialmente perjudiciales para el entorno social del consumidor; en ese caso habría que realizar un escrutinio más estricto para saber si ese perjuicio es relevante.

9 Eso quería destacar Sartre (2017, p.43) cuando dijo “el hombre está condenado a ser libre. Condenado, porque no se ha creado a sí mismo y, sin embargo, por otro lado, libre, porque una vez arrojado al mundo es responsable de todo lo que hace”.

pastelería y otros productos suntuarios.¹⁰ Además, la píldora anti-conceptiva de emergencia, así como las mascarillas y guantes quirúrgicos, también se destacan entre las medicinas y productos porque, en el primer caso, de ella depende la prevención de embarazos no deseados y, en los dos casos, la salud y vida de la población. Si planteamos un escenario futuro en el que ya no se trata de la PAE ni de las mascarillas quirúrgicas, si luego los establecimientos farmacéuticos más grandes por los mismos motivos deciden no comercializar otros medicamentos también esenciales para tratar enfermedades o, más grave todavía, si todas las grandes cadenas de farmacias privadas deciden hacer lo mismo,¹¹ ¿no es evidente el daño relevante que se causa al consumidor?

5. Libertad de empresa y derechos de las mujeres

No quiero dejar de referirme a una particularidad que merece especial atención. En el primero de los casos planteados, el de la negativa de una farmacia a vender una píldora anticonceptiva, es necesario además tener una visión feminista que conjuga con los principios liberales. Y es que, así como Adam Smith consideró que la pobreza era un peligro para el progreso y por lo tanto debía ser superada por medio del mercado y la actuación del Estado (en especial en el ámbito educativo); J. S. Mill también creyó que la libertad se veía mejor garantizada si se superaban los históricos prejuicios sobre las mujeres, “la otra mitad de la especie humana” (2010, p. 219).

10 Un interesante y reciente caso (2017) lo conoció la Corte Suprema de Justicia de Estados Unidos, (“MASTERPIECE CAKESHOP, LTD., ET AL. v. COLORADO CIVIL RIGHTS COMMISSION ET AL.”), en el cual un pastelero se negó a elaborar una tarta nupcial para la boda de dos hombres alegando sus creencias religiosas. En este caso la Corte decidió dar la razón al pastelero protegiendo su libertad de empresa y considerando que la pareja podía acudir a cualquier otro pastelero. Siguiendo la línea de mis argumentos, estoy de acuerdo con esta decisión, pues el empresario no acaparaba el mercado y del servicio que brinda no dependía la integridad o proyecto de vida de sus consumidores, es decir no había un daño relevante.

11 La primera versión del imperativo categórico de Kant (1992, p. 73) nos dice que actuemos solo conforme a aquella máxima de la que a la vez puedas querer que se convierta en una ley universal: “Todas las máximas tienen efectivamente: 1. Una forma, que consiste en la universalidad, y en este sentido se expresa la fórmula del imperativo moral, diciendo: que las máximas tienen que ser elegidas de tal modo como si debieran valer de leyes universales naturales”. En el caso en análisis, si justificamos en esta ocasión la negativa de la cadena de farmacias a vender un medicamento fundamental para la salud, tendríamos que hacerlo luego en todos los casos; he ahí uno de los peligros de permitirlo ahora.

En 1869, el inglés escribió *El sometimiento de la mujer*, obra en la que estudia las condiciones de sumisión de las mujeres y su falta de libertad. A Mill se lo considera uno de los padres del liberalismo porque defiende la libertad no solo en sentido abstracto sino porque fue consciente del papel subordinado de las mujeres (la influencia de su compañera Harriet Taylor en el pensamiento milliano fue fundamental) de tal forma que, superando esas inequidades, se aumentaría la felicidad privada de todos los miembros de la sociedad (pues también es padre del utilitarismo). ¿No será entonces que, en el caso analizado, la tan defendida libertad de empresa sin restricciones deriva en un perjuicio a la libertad de las mujeres, ya no solo como consumidoras, sino como seres humanos que quieren decidir sobre su propia vida? Mill (2006, p. 47) alumbra el camino de la reflexión:

[...] Sería pecar de excesiva modestia omitir el mayor beneficio que se derivaría de ello: la indecible ganancia en felicidad privada para la mitad liberada de la especie humana; la diferencia que experimentarían las mujeres entre una vida de sujeción a la voluntad de otros, y una vida de racional libertad. Después de las básicas necesidades de alimento y vestido, la libertad es la primera y más fuerte necesidad de la naturaleza humana. En el momento en que los seres humanos carecen de leyes, su deseo es una libertad sin ley. Cuando han logrado entender el significado del deber y el valor de la razón, se inclinan más y más a ser guiados y restringidos por ambos principios en el ejercicio de su libertad. Mas ello no significa que estén dispuestos a aceptar la voluntad de otra gente como si dicha voluntad fuera la representante e intérprete de esos principios dirigentes. Por el contrario, aquellas comunidades en las que la razón ha sido más cultivada y en las cuales la idea de deber social ha sido más poderosa, son las que con mayor fuerza han afirmado la libertad de acción del individuo -la libertad que cada uno tiene de gobernar su conducta guiándose por su personal sentido del deber y por aquellas leyes y restricciones sociales que su conciencia pueda aprobar.¹²

12 Comparto otras dos citas de Mill (2010, p. 47) iluminadoras del debate: “Todas las tendencias egoístas, la autoveneración y la injusta preferencia por uno mismo que existen entre el género humano tienen su fuente y raíz, y derivan su principal alimento, de la presente constitución de la relación entre hombres y mujeres. Piénsese lo que es para un chico ir haciéndose hombre en la creencia de que, sin mérito o esfuerzo alguno por su parte, aunque pueda ser el individuo más frívolo, vano, ignorante y estólido de toda la especie, por el mero hecho de haber nacido varón tiene el derecho de ser superior a cada una de las personas de toda la otra mitad de la raza humana, incluyendo, probablemente, algunas cuya

Por último, en relación con las razones esgrimidas por la cadena de farmacias para no vender la píldora anticonceptiva de emergencia también merecen una mirada desde los derechos humanos y el feminismo. La negativa de la cadena a vender la PAE no se sostuvo en lo que por lo regular uno esperaría de una empresa: que la venta de dicho medicamento no es rentable de manera económica, sino que, al considerarla abortiva, venderla atentaría contra sus íntimas convicciones morales y religiosas. Sumergirnos en el estudio de la moral religiosa y lo determinante que es a la hora de ejercer la libertad nos conduce a pensar otros temas: ¿Se es libre, de forma verdadera, en el momento en que se lo hace con base en dogmas? ¿Cómo conjugar la convicción moral individual con la moral social y la ética laica en un Estado democrático en el momento en que se brinda un servicio público?

Tratar de responder tan importantes dudas ocuparía mucho espacio, sin embargo, basta mencionar que los motivos sí son determinantes pues si la empresa sostuviera que no vende un medicamento (cualquiera que este sea) porque no le resulta rentable sería una razón de peso para no poder obligarle a que lo haga (pues una empresa privada, aunque brinde un servicio público, tiene legítimos fines de lucro; tal vez en ese caso la solución sería que reciban un subsidio por importarla); pero no hacerlo por razones religiosas sí es un problema porque el ejercicio de su libertad de conciencia, en el momento en

verdadera superioridad sobre él ha tenido ocasión de experimentar diariamente y a todas horas. Y aunque en toda su conducta siga habitualmente la guía de una mujer, si es un estúpido, pensará que ella no es ni puede ser igual a él en habilidad y en capacidad de juicio; y si no es un estúpido, todavía peor: pues verá que ella es superior a él, y seguirá creyendo que, a pesar de tal superioridad, él tiene derecho a mandar y ella tiene la obligación de obedecer". Y: "Cuando consideramos el mal positivo causado a la descalificada mitad del género humano como resultado de su descalificación –primero en la pérdida del tipo de disfrute personal más inspirador y edificante, y después en la fatiga, desilusión y profundo disgusto con la vida que con tanta frecuencia lo sustituyen–, uno siente que de todas las lecciones que los hombres necesitan para seguir adelante en la lucha contra las inevitables imperfecciones de su condición terrenal, no hay lección que necesiten más que la de no incrementar la lista de males que la naturaleza inflige mediante la mutua imposición de restricciones basadas en la envidia y el prejuicio. Sus vanos miedos sólo sirven para crear otros males peores de los que tan innecesariamente están temerosos; pues toda limitación en la libertad de comportamiento de cualquiera de sus prójimos, que no sea la de hacerlos responsables de todo mal causado realmente por esa libertad, seca pro tanto la principal fuente de felicidad humana y deja a la especie menos rica en todo aquello que hace de la vida algo valioso para el ser humano individual".

que se brinda un servicio público (como lo es el acceso a medicamentos) está arriesgando los derechos y libertades de las consumidoras, mujeres cuya salud, integridad y proyecto de vida dependen de él.

6. Conclusiones

Este artículo nace como un intento de comprensión y respuesta a la tensión existente entre la libertad de empresa y los derechos de los consumidores en el momento en que la empresa brinda un servicio público. Dos casos fueron el punto de partida: en 2019 la negativa de una cadena de farmacias del país a vender la píldora anticonceptiva de emergencia, PAE, llamada, de forma popular, píldora del día después, argumentando razones morales al considerarla abortiva. El segundo caso se dio a propósito de la pandemia del covid-19 en 2020, cuando ante la imperiosa necesidad social de utilizar protección, de forma continua, los precios de mascarillas y guantes quirúrgicos subieron de precio. A estas dos formas de actuar de establecimientos farmacéuticos los he denominado la política del interés particular que es una manifestación concreta de la libertad de empresa.

De ahí surge la pregunta: ¿un establecimiento farmacéutico privado puede negarse a vender un medicamento o puede ponerle el precio que quiera? La respuesta que he propuesto en este trabajo es que no lo puede hacer en ninguno de los dos casos. De forma concreta desarrollé mis argumentos en cuatro puntos. Estos argumentos se enmarcan en la teoría política y el derecho constitucional. Esta precisión es importante porque no he pretendido ofrecer una respuesta limitada a un ordenamiento jurídico concreto, lo que suele ser usual en trabajos jurídicos pero que tienen la vigencia que tiene la norma concreta. No, en este caso he pretendido comprender las razones por las que el ejercicio de la libertad de acción, de manera específica en su variante de libertad de empresa, no puede ser ejercido de cualquier forma y con cualquier consecuencia; así también es posible comprender los arreglos normativos constitucionales que lo contemplan.

En la primera parte mostré la importancia de que la interpretación de los principios liberales vaya de la mano del contexto, de la realidad en la que se quiere aplicar; no como una propuesta original de quien

escribe sino, más bien, destacando que el liberalismo, como uno de los lenguajes de la política (como lo puede ser el conservadurismo o socialismo) se caracteriza, de hecho, porque no es dogmático, es flexible, no es una doctrina comprehensiva que impida el diálogo. Con base en ideas de Adam Smith, uno de los padres del liberalismo económico, mostré que incluso este economista y filósofo moderno, consideraba que los empresarios no aumentarán su riqueza si la sociedad en la que desarrollan su trabajo es pobre; asimismo, que no era conveniente para la salud económica de una sociedad y su libertad, el monopolio y la exclusión de agentes económicos. Por lo tanto, la libertad de empresa no puede ser considerada como un principio absoluto, sino que se acoplará a las condiciones concretas, por eso el mismo Smith defiende que el Estado intervenga educando a la sociedad porque eso al final repercutirá en su mejora económica general.

En el caso ecuatoriano, la píldora anticonceptiva de emergencia responde a una realidad de altos índices de embarazos no deseados en los que se ponen en juego las libertades de las mujeres para decidir sobre su propio cuerpo y su salud sexual y reproductiva; asimismo, la preocupación por adquirir mascarillas y guantes quirúrgicos no se explica porque, simplemente, la gente tiene recelo de contagiarse de cualquier enfermedad, sino que la pandemia del covid-19 provoca la muerte de un alto número de personas como no se había visto en cien años, en la época de la gripe española. En los dos casos frente a la libertad de las empresas farmacéuticas están las libertades de los consumidores que se encuentran restringidas, disminuyendo su posibilidad de elección.

En la segunda parte destacué la forma en la que la Constitución ecuatoriana regula la libertad de empresa. Esto por un doble motivo: el primero, es posible observar que el goce de la libertad de empresa siempre depende de un ordenamiento jurídico que lo regule y proteja. La ley, en sentido general, no es un obstáculo para esa libertad sino su condición de posibilidad. El segundo motivo, porque de esa forma es posible comprender la visión histórica del constituyente al momento de pensar la relación empresario-consumidor; me refiero a que la Carta muestra especial preocupación por proteger al segundo que a la iniciativa e intereses del primero, no por casualidad sino porque,

como se establece desde el Preámbulo, somos “herederos de las luchas sociales de liberación frente a todas las formas de dominación y colonialismo” y se considera que las grandes empresas, en especial las transnacionales, han perjudicado más que beneficiado a los intereses del ciudadano y ciudadana común. El ejercicio del derecho a desarrollar actividades económicas, como lo dice la Constitución, tiene como contracara su responsabilidad social, ambiental y el principio de solidaridad. Y en el caso del acceso a medicamentos, “los intereses de la salud pública prevalecerán sobre los económicos y comerciales”, o sea es más restrictivo todavía.

En esta parte del trabajo, además, mostré que las condiciones fácticas de los dos casos vuelven especialmente vulnerables la posición de las mujeres y de la ciudadanía en general en época de crisis. Me referí a que, en el primer caso, la negativa a vender el medicamento fue de una empresa con gran presencia en el mercado; así, no es lo mismo que se niegue a vender la farmacia del barrio que la farmacia que ocupa un gran territorio. Las personas consumidoras tenemos muchas menos opciones; en ese escenario nuestras necesidades (porque los medicamentos son una necesidad que, por lo general, nadie elige) deben ajustarse ineludiblemente a la política de una empresa privada, lo que se traduce en una restricción injusta de nuestras libertades.

Además, el giro de negocios de las empresas es la venta de medicamentos y no de objetos suntuarios, lo que también determina la forma en la que se ejerce la libertad de empresa: las personas consumidoras, por lo general, no acuden a las farmacias por el gusto de adquirir un medicamento sino porque su salud se encuentra en riesgo. Si no atendemos al contexto, es fácil e ingenuo o perverso (depende de los motivos) decir: “compre en otro lugar”; pues el servicio que brinda no es como el de cualquier otra empresa. Por último, la PAE representa la posibilidad de las mujeres puedan ejercer ya no su derecho como consumidoras sino su derecho a la salud sexual y reproductiva; así como las mascarillas y guantes quirúrgicos representan la protección de la vida frente a un letal virus.

En la tercera y cuarta parte me centré en un concepto muy importante para comprender los límites en el ejercicio de la libertad: el daño relevante. Siguiendo a Spinoza, la libertad tiene tres dimensiones: una absoluta, porque no es posible regularla o hacer a alguien responsable de ella, la libertad de pensamiento. Una relativa referida a la libertad de expresión de esos pensamientos. Su regulación dependerá del contexto; en unos casos prevalece la libertad de expresión en otros los derechos de los grupos o personas que se consideran perjudicadas por esas expresiones. Finalmente, una dimensión regulada y que va de la mano con la responsabilidad: la libertad de acción. Es en esta esfera en la que es importante saber que se protege la libertad siempre que no cause un daño relevante a terceros; el perjuicio no es de cualquier tipo sino de la afección a la libertad de las otras personas. Si aplicamos estas ideas a la libertad de empresa, entonces podemos concluir que la libertad de empresa pertenece a la tercera dimensión y que su límite se encuentra en la libertad de los consumidores.

En la última parte, la cuarta, mostré que ese daño relevante es especialmente perjudicial para las mujeres y que, por lo tanto, para interpretar la libertad de empresa además hace falta una visión feminista, lo que se traducirá en la libertad de toda la comunidad. Esa dependencia mutua de la libertad a veces se olvida al momento de hablar de ella, limitándola al individuo. En resumen, la política del interés particular afecta en un grado injusto a la libertad de elección de los ciudadanos y no hay nada más peligroso para los valores ilustrados de libertad, igualdad y dignidad que discursos dogmáticos, prejuiciosos o disfrazados de un falso liberalismo.

7. Referencias bibliográficas

- El Comercio* (2019). Ministra señala que farmacias deberían vender píldora de emergencia. Recuperado de <https://www.elcomercio.com/actualidad/ministra-farmacias-venta-pildora-anticonceptivo.html>
- ____ (2020). Uso de mascarillas y guantes. Recuperado de <https://www.elcomercio.com/actualidad/mascarilla-guantes-covid19-oms-expertos.html>
- Freitas do Amaral, D. (2014). *Historia del pensamiento político occidental*. Barcelona: Atelier.
- Kant, I. (1992). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres*. Madrid: Real Sociedad Económica Matritense de Amigos del País.
- Kling, A. (2017). *The Three Languages of Politics. Talking Across The Political Divides*. Washington D. C.: CATO Institute.
- Mill, J.S. (2006). *Ensayo sobre la libertad*. Madrid: Mestas.
- ____ (2010). *El sometimiento de la mujer*. Madrid: Alianza Editorial.
- Nietzsche, F. (2017). *Humano, demasiado humano: un libro para espíritus libres*. Madrid: EDAF.
- Sartre, J. (2017). *El existencialismo es un humanismo*. Barcelona: Edhasa.
- Smith, A. (1983). *Una investigación sobre la naturaleza y causas de la riqueza de las naciones*. Barcelona: Orbis.
- Spinoza, B. (2017). *Tratado teológico-político*. Madrid: Alianza Editorial.
- Toqueville, A. de (2018). *La democracia en América*. Madrid: Trotta.
- Vargas Llosa, M. (2018). *La llamada de la tribu*. Barcelona: Alfaguara.

Ética, sociedad y Administración pública. Desafíos hacia la consolidación del bienestar colectivo

Natalia Mora Navarro

1. Introducción

LA ÉTICA EN la administración pública ha cobrado vigencia en la actualidad, debido a los crecientes actos de corrupción que han sido públicamente denunciados por los diversos medios de comunicación. Este hecho, ha generado un debate sobre los aspectos legales y éticos que rigen la administración y el comportamiento de sus funcionarios frente a los recursos públicos de los administrados. En ese sentido, la problemática recae en saber que los límites de los servidores públicos es el respeto no solo por los derechos de los administrados sino por los recursos estatales, los cuales están destinados al bienestar general y no al provecho personal.

El objetivo del presente trabajo, es poner en debate el rol y los límites del servidor público como guardianes de la “cosa pública” y promotores del bienestar colectivo. El trabajo usa una metodología basada en el método descriptivo analítico, un enfoque netamente cualitativo y un modo dogmático jurídico. El marco teórico utilizado se remite a los autores Ausín (2010) y Manuel Villoría (2015), quienes son valiosos referentes contemporáneos en el tema de la ética del servicio público.

Con la doctrina arriba indicada, se pretende lograr una concienciación del servidor público en cada una de sus responsabilidades debidamente estipuladas en la norma y que deben ser asumidas más allá de un deber netamente legal, sino desde la ética profesional, la cual tiene estándares mínimos de comportamiento, de conductas y

de procedimientos. En ese sentido, el servidor público no puede convertirse en mero autómatas de sus competencias, sino cumplir con los principios constitucionales de servir al administrado con calidad, calidez, eficacia, eficiencia y transparencia.

Respecto de la estructura, este documento se compone de tres partes, en la primera, se discute acerca de la ética como un elemento fundamental del espacio social, que consolida los aspectos esenciales para la comunidad en busca del bienestar colectivo, procurando fortalecer prácticas beneficiosas para todos los involucrados y que coexisten dentro de un mismo espacio organizado y regido por el Estado. La administración pública desempeña un papel sustancial en la vida de las personas ya que varias actividades se gestionan desde las instituciones del Estado, con un conjunto de profesionales que deben procurar que con sus actuaciones se garantice el pleno goce de derechos de los ciudadanos.

Los funcionarios son la parte visible de las instituciones del Estado, están en contacto con los ciudadanos y deben procurar la consolidación de una buena imagen institucional a fin de generar confianza y credibilidad desde su ámbito de actividad, llevando a la práctica, aspectos tan relevantes como la justicia y la solidaridad.

La segunda parte de este trabajo se refiere a los retos a los que actualmente se enfrenta la administración pública, no sólo porque las necesidades sociales son complejas, sino también porque el panorama actual coloca al Estado frente a aspectos estructurales de difícil solución, en cuanto a problemas globales que trascienden las fronteras de los Estados, como, por ejemplo, movimientos migratorios, crisis medio ambiental, etc. Lo antes mencionado obliga a las instituciones del Estado a ofrecer respuestas oportunas que garanticen la convivencia y el funcionamiento armonioso del tejido social.

Finalmente, este trabajo se enfoca en los valores esenciales de la ética pública, los cuales son necesarios para consolidar un proyecto común que responda a las necesidades actuales de la sociedad, con una estructura institucional y un sistema normativo que consoliden las bases para construir espacios de mayor dignidad, justicia y solidaridad para lograr el bienestar del mayor número de personas posible.

2. Ética y espacio social

Nuestro comportamiento es guiado por un conjunto de normas y reglas que marcan la ruta a seguir, las acciones y las opciones que escogemos determinan lo que consideramos como importante, válido o aceptable y que producirán efectos en nosotros mismos, el entorno y en la forma en la que nos relacionamos con la comunidad. En principio la meta es: lograr un objetivo superior, consolidar prácticas beneficiosas, con un compromiso orientado a conseguir un resultado que aporte o fortalezca al conjunto de la sociedad. (Villoría, 2015). El compromiso de una persona frente a la sociedad, también es un reflejo del tipo de comunidad que lo rodea, pues sin duda que las relaciones con los demás crean determinados efectos y justifican la existencia de un conjunto de obligaciones, que aceptamos o estamos comprometidos a asumir, para lograr una convivencia más o menos armoniosa en este espacio organizado y regido por el Estado.

La ética tiene muchas aristas y una de ellas es la de buscar el bien, pero los resultados y el impacto de las acciones dependen de la posición del individuo en la sociedad, las tareas encomendadas a un actor, así como las relaciones y obligaciones que le imponen su papel en la sociedad, determinan sus gestiones y sus contribuciones al orden social. (Villoría, 2015). Las necesidades de la sociedad son numerosas y son atendidas por un grupo de profesionales de diversos perfiles, con actividades que involucran a un conjunto amplio de acciones y relaciones, en las que existe un componente ético además del conocimiento teórico y técnico que se aplica.

En el escenario social contemporáneo la administración pública desempeña un papel sustancial, ya que plantea una serie de lineamientos para todos quienes son parte de ella y desarrollan sus actividades profesionales en este ámbito. Existen tareas y obligaciones propias de cada función y diferentes niveles de responsabilidad por sus implicaciones e impacto en la construcción del bien público. (Villoría, 2015). Desde la administración pública se da cumplimiento a leyes y normas, se imponen sanciones o multas por incumplimientos, se gestiona el dinero público, se manejan datos, se regulan hechos y actos jurídicos, se proveen servicios esenciales, todas estas

potestades tienen una orientación determinada y se encaminan al cumplimiento de un objetivo superior en el marco de la Constitución y de los derechos humanos.

Las personas que trabajan en la administración pública cumplen con tareas relevantes, que pueden generar un impacto permanente en las vidas de los ciudadanos, es por ello, que quienes son sus actores o la parte visible de las instituciones del Estado, deben mantener altos parámetros éticos comprendiendo que sus acciones y decisiones construyen las bases de la sociedad que tenemos, por todo esto, es importante no sólo la formación sino también un conjunto de controles externos en caso de que se presenten transgresiones que lesionen los intereses comunes.

El Estado tiene la tarea de proteger a sus ciudadanos, por ello debe implementar y poner en práctica las acciones necesarias para que estos puedan vivir en condiciones de dignidad, libertad, igualdad y seguridad no sólo jurídica, sino también social, ambiental, económica, sanitaria, alimentaria, etc. La función pública sienta las bases de una convivencia que aspira a ser armoniosa y plantea acciones de cooperación en las que varias áreas y personas están vinculadas o conectadas para servir al interés general, aquí el componente ético es relevante y cada uno de los sujetos involucrados debe comprender el alcance y los efectos de su proceder o de la falta de acciones desde su ámbito de actividad.

La ética aplicada a la administración pública debe partir del respeto a la dignidad humana y el apego a los derechos humanos, ya que de otro modo no se podría alcanzar el interés general, si bien es cierto el funcionario está obligado a cumplir procedimientos y normas, también debe tener en su horizonte la observancia de principios éticos, algunos de los cuales se expresan a continuación, sin que se trate de una lista cerrada, enunciaré los siguientes: integridad, honestidad, equidad, transparencia, justicia y solidaridad. Es necesario trabajar en la recuperación de la confianza y actuar en consecuencia a la búsqueda de objetivos determinados, con el impulso de la participación social, transformando el debate público y abriendo los espacios de deliberación con integrantes no expertos pero sustanciales,

todo esto manifiesta una nueva visión que se encamina a un cambio colectivo para encontrar soluciones a los desafíos y problemas sociales (Ausín, 2015).

En cada ámbito de la Administración pública es necesario que los funcionarios traten de alcanzar una visión amplia y objetiva de la realidad, integrando enfoques plurales para evitar que predomine una única dimensión parcial o incompleta, ya que esto se alejaría de los propósitos que buscan consolidar un espacio integrador, para atender las necesidades de todos respetando la diversidad. En sociedades en las que existen grupos humanos marcados por la diversidad en aspectos, históricos, étnicos, ideológicos, políticos o culturales, es importante que el Estado y la administración pública respondan a esa realidad compleja, con un acercamiento a las necesidades de esos colectivos, para consolidar un proyecto común en el que puedan mantenerse y validarse las diferencias en beneficio del bien colectivo.

La ética pública también se relaciona con un compromiso del servidor público para actuar bajo la tutela de ciertos valores, que permitirán materializar derechos y construir una mejor imagen de lo público, de modo que las acciones justas y equitativas pueden dotar de legitimidad y valor a las instituciones de cara a los ciudadanos. También tiene un especial valor la confianza, que percibe la comunidad ante las diferentes actuaciones de la administración, las acciones diligentes y oportunas consolidan las buenas relaciones entre administradores y administrados, sobre todo, en el momento en que se valoran los intereses en juego y los efectos que podrían generarse con las decisiones que se toman institucionalmente.

Los servidores públicos tienen deberes específicos determinados en la ley y paralelamente existe un sistema de control, que se encarga de la detección de conductas contrarias a lo dispuesto en las normas aplicables, en este sentido existen organismos de vigilancia y fiscalización que buscan garantizar las mejores condiciones en un ámbito de transparencia y eficacia. De igual manera son relevantes los códigos de conducta, que manifiestan acuerdos para incentivar prácticas éticas, que benefician a la institución y ofrecen lineamientos que rigen el comportamiento de los servidores públicos buscando

el fortalecimiento de valores, en el ámbito de sus actuaciones con instituciones del sector público y privado, para alcanzar los objetivos institucionales en el marco del respeto a los derechos humanos.

Existen mecanismos de control y de sanción con medidas que marquen los límites que no deben traspasarse, estas acciones requieren de un conjunto de procesos coordinados que logren actuar con autonomía y sin ceder a las presiones de grupos de poder o a influencias partidistas (Villoría, 2015). Deben ser transparentes, oportunas, veraces, confiables y comprensibles para lograr consolidar una imagen institucional fortalecida de cara a los ciudadanos, procurando el bien colectivo, ya que las actuaciones desprovistas de ética causan daños permanentes en la estructura del Estado, rupturas en la democracia, ineficiencia en el manejo de recursos, falta de protección de derechos y perjudican la imagen del país.

Al interior de una institución pública existen también, un conjunto de valores y prácticas, que influyen en las respuestas que se dan, por parte de cada uno de los actores involucrados y son determinantes en el cumplimiento de los compromisos adquiridos y actuaciones, por lo que pueden producirse rupturas y el distanciamiento de los objetivos que deben cumplirse. Estos factores internos y externos de la propia organización guardan relación con el factor de integridad. (Villoría, 2015). Es decir que existe una cultura institucional con un conjunto de prácticas que se mantienen en el grupo y que marcan el comportamiento ético de los funcionarios, que pueden responder o no a principios y valores éticos, o a intereses particulares, buscando un beneficio propio, alejándose de los valores que deben ser implementados por el servicio público y que garanticen la tutela de derechos para todos los ciudadanos.

3. Los retos en la sociedad actual

En la Administración pública existen problemas y aspectos en los que los resultados no son alentadores, sin embargo, es un espacio esencial, ya que desde lo público se gestionan: carreteras, mercados, hospitales, seguridad social, registro civil, suministro de agua, electricidad, puertos, aeropuertos, reservas forestales, controles fitosanitarios,

etc. (Peña, L., Ausín, T., Bautista, O., 2010). Las acciones desde lo público posibilitan el ejercicio de los derechos positivos y muchas de estas actividades, no podrían asumirse desde las iniciativas privadas, con todas las garantías que requieren los ciudadanos, allí radica su relevancia. En el panorama actual y en atención a las necesidades de la sociedad contemporánea, el campo de acción del servicio público debería expandirse a necesidades y ámbitos como el de la vivienda pública, sanidad, seguridad social, la fabricación de medicamentos, agricultura, promoción de empleo entre otros que resultan esenciales (Peña, L., Ausín, T., Bautista, O., 2010).

En todo el mundo, existen grandes sectores de la población que no pueden cubrir necesidades elementales y el panorama actual no parece ser alentador, en cuanto a ofrecer soluciones sustanciales para mejorar la vida de las personas y generar una alternativa con planes que logren beneficios a gran escala en términos económicos y sociales. Aunque existen muchos aspectos en los que se centra la atención del servicio público, es claro que las complejas y crecientes necesidades de los ciudadanos, pocas veces son atendidas en su totalidad desde el Estado, basta mirar el ejemplo de varios países de América Latina, en los que las cifras de desempleo son altísimas, las posibilidades de acceder a una vivienda propia son escasas, los sistemas sanitarios son deficientes y las economías se encuentran cada vez más deterioradas. Parecería que además existe una creciente indiferencia ante problemas sustanciales y en ocasiones una clara falta de reacción oportuna ante nuevos desafíos o problemas que requieren una transformación de la sociedad.

En la actualidad los Estados se enfrentan a grandes retos, que suponen una transformación del sistema y un nuevo aprendizaje para responder de manera oportuna a problemas globales que trascienden las fronteras y que pueden llegar a afectar a un número indeterminado de personas. El mundo moderno nos coloca frente a temas tan complejos como: delincuencia organizada, terrorismo, crisis climática y medio ambiental, acceso universal a la atención médica, acceso universal al agua potable y saneamiento, grandes movimientos migratorios, violencia por motivos políticos, pobreza extrema, hambre, aporofobia, brecha entre ricos y pobres, desigualdad entre

hombres y mujeres, falta de acceso a tecnologías digitales, etc. Todo lo anterior, cambia nuestro modo de vida como ciudadanos y obliga a las instituciones del Estado a ofrecer una respuesta efectiva que garantice la convivencia y el funcionamiento del sistema.

Por lo antes dicho, el mundo contemporáneo y la globalización son factores que generan una mayor complejidad y ponen a los ciudadanos frente a problemas que no podrían ser resueltos por una sola organización. (Cobarrubias, 2012). El conjunto de la sociedad debe involucrarse en el cambio, ya que todas las acciones sumadas, pueden lograr una respuesta que nos ayude a alcanzar consensos sobre la sociedad que queremos construir y las prácticas que validamos en cada espacio, sea privado o público, puesto que el bienestar colectivo se consolida con las actuaciones de los ciudadanos, construidas colectivamente teniendo como eje la ética, ya que las decisiones individuales también repercuten en el interés común.

Existe la necesidad de construir objetivos comunes para alcanzar determinados fines colectivos, que se consolidan con las acciones de entidades organizadas, ya que la suma de esfuerzos facilita la consecución de resultados, mediante la participación de diversos actores, que cooperen e intervengan en distintas tareas. (Sánchez, 2018) Es importante considerar que las relaciones económicas, culturales y sociales actuales, trascienden las fronteras de los Estados y nos colocan frente a panoramas más complejos, por lo que nuestro compromiso, como comunidad debe fortalecerse. (Cobarrubias, 2012). Las necesidades sociales actuales se vinculan con múltiples factores, es por ello que las políticas implementadas desde los Estados deben atenderse con la participación de varias instancias y actores involucrados. Es decir, que las administraciones públicas requieren el trabajo articulado y coordinado con el entorno, para consolidar nexos entre la gestión pública y las organizaciones involucradas (Cobarrubias, 2012).

La imagen de la administración pública se encuentra deteriorada y con frecuencia se presentan casos contrarios a los intereses comunes, sin embargo, es importante trabajar en el fortalecimiento de valores éticos, como un elemento clave de la convivencia social. Una institucionalidad pública fortalecida es el resultado de prácticas estables, justas, equitativas, que demuestren cercanía con los agentes

implicados, generando confianza y justicia social, siendo estos factores los que se relacionan directamente con la calidad de la democracia (Villoria, 2018). Es necesario, dejar atrás posiciones excluyentes, generadoras de desigualdad y discriminación que separan a las personas en bandos o grupos alejados los unos de los otros y que no permiten la construcción de una sociedad consolidada, que busque el mayor bienestar posible, para un número amplio de personas.

4. Valores esenciales de la ética pública

En la actualidad nos enfrentamos a nuevos desafíos y a una realidad diversa, que no se explica con teorías que antes pudieron haber resultado válidas, para otro sistema y en un contexto histórico diferente, hoy, nos impulsan las ideas de cambio y la necesidad de construir un proyecto común, que responda a las necesidades actuales de la sociedad y sobre todo a la búsqueda de condiciones de vida digna, confianza en las instituciones y credibilidad frente a los ciudadanos.

La ética está presente en nuestras vidas y en nuestros juicios de valor, sobre la conducta de los otros, frente a lo que legitimamos o rechazamos, los Estados, los políticos, los funcionarios y los ciudadanos somos parte de un espacio común y por ello tenemos responsabilidades compartidas. (Camps, 2019). Todos logramos que la balanza se incline en una u otra posición, dando valor a determinados aspectos que creemos fundamentales o que necesitamos superar, en nuestra historia reciente, es posible evidenciar el deseo de cambio, con luchas sociales, para dejar atrás prácticas de racismo, discriminación, pensamiento colonial y exclusión, entre otras, para construir una nueva sociedad.

Existen ideales colectivos y la ética es un elemento vital en el espacio social, se vincula a la justicia y a la igualdad, busca cambiar la indolencia, aprender a dar valor a aspectos esenciales y educar para consolidar propósitos más elevados. A pesar de las dificultades del mundo moderno, actualmente gozamos de libertades y derechos fundamentales, que son el resultado de procesos complejos, por lo que se debe dar el suficiente valor a los logros alcanzados y continuar en la búsqueda de su defensa e implementación en este contexto, un aspecto primordial es la justicia, en todas sus dimensiones, sobre todo

en cuanto a sus efectos colectivos, que se expresan en hacer mejor y más digna la vida de las personas. (Ayala, 2020). Aunque la sociedad actual parece estar fortaleciendo un modelo de vida individualista, esta fórmula puede resultar menos válida para otros, por ello conviene pensar en intereses comunes y en espacios de cooperación, con el fortalecimiento de aspectos que nos benefician a todos como sociedad, el bienestar de unos pocos frente a las carencias de muchos no parecen ser el modelo más eficiente, equilibrado y justo.

La vida moderna, desde una lógica occidental se rige por parámetros individuales que facultan a que cada persona busque su realización personal con el modelo que elija, que puede darse ejerciendo una determinada profesión u oficio, con una forma de vida determinada con apego a una corriente ideológica o política, con una religión como punto de referencia o sin ella, o tomando un conjunto de decisiones marcadas por las condiciones de su entorno y circunstancias. Es decir que en el ámbito personal cada individuo tiene cierta capacidad para decidir o elegir y aunque exista una vida privada, en la que el individuo se desarrolla, con cierta libertad, existe un espacio público, del que no está desconectado, puesto que contamos con mandatos y preceptos legales, una administración pública y un Estado que atenderá un conjunto de asuntos, que tienen un tratamiento colectivo, pues existen derechos y obligaciones aplicables a todos y que rigen la vida en sociedad (Camps, 2019).

Aunque cada persona tenga metas propias y un proyecto de vida individual, está unida a un grupo y a un espacio social con el que interactúa, por lo que la estructura institucional y el sistema normativo le permiten vivir de una manera determinada, si el grupo normaliza la desigualdad y se aleja de los ideales que busquen construir un mundo con mayor dignidad y justicia, será difícil que esto no afecte de algún modo a cada uno de los integrantes de una comunidad. Es posible estructurar un conjunto de elementos válidos en la construcción del bienestar para todos, en este sentido se partiría de una lógica pública, debido a que muchas acciones y prácticas tienen una repercusión colectiva, expresada en un aspecto tan valioso como el de la justicia, que es un elemento central de la ética, con aspectos que afectan o pueden llegar a producir efectos en la vida de todas las personas, este

podría ser el sustento para tratar de consolidar el ideal de la justicia para un beneficio común, tomando en cuenta que también es indispensable que exista voluntad social y política (Cortina, 2017).

La justicia y la ética están unidas y su adecuada puesta en práctica beneficia a toda la sociedad, pues se trata de un aspecto esencial que no podría aplicarse desde una lógica de exclusión o privilegios para unos pocos de manera selectiva, aunque en la práctica se evidencia que existen grupos o sectores altamente vulnerables y cuyos derechos pueden verse afectados. La ética trata de explicar los motivos para ocuparse del otro o de los otros y mirar más allá de un pensamiento individualista, pues el ciudadano es parte de un conjunto más amplio y de un sistema, en el que todos contribuyen y tienen una función. Mientras unos son indiferentes ante la injusticia o normalizan la desigualdad, otros han buscado involucrarse en construir una realidad diferente y actuar para transformar su entorno, con este enfoque, diversos movimientos sociales, como por ejemplo los grupos ecologistas o feministas, han buscado marcar una diferencia, defendiendo aspectos que antes no fueron considerados como merecedores de protección, pero cuya tutela beneficia a un gran número de personas, es decir, que se favorece a lo común y a pensar en los otros, para brindar un aporte o solución a sus problemas y conflictos (Sánchez, 2018).

De la reflexión anterior se desprende que la ética está vinculada a la justicia desde lo colectivo, pues no se trata de alcanzar el bienestar individual, aunque ese sea el modelo característico de nuestro tiempo, una comprensión de bienestar más amplia, tiene que ver con justicia social, equidad y la búsqueda de un cambio común. En este contexto es esencial hablar de la solidaridad, que no siempre se pone en práctica en sociedades económicamente más estables, en algunos casos se evidencia la falta de compasión y generosidad, en los grandes centros urbanos, en los que las desigualdades son evidentes y parecería que no importan las necesidades de los otros.

El Estado tiene grandes retos al tratar de atender las crecientes necesidades de las personas, en esta tarea también hace falta integrar un factor que permita un acercamiento más humano de quienes por distintas circunstancias son víctimas de prácticas que afectan o menoscaban el goce de sus derechos, la justicia no puede estar apartada

de esa visión. En este contexto la ética, la justicia y la solidaridad son elementos que se complementan, para brindar prácticas más humanas y cercanas a la realidad social, ofreciendo una alternativa.

La sociedad de la información concentra distintos puntos de vista y aunque muchos temas se comentan de manera constante, no se ofrece una respuesta válida ante problemas globales, como los desastres ecológicos o actividades de riesgo, en algunos casos no existen opiniones sustentadas y en otros las grandes corporaciones emiten criterios parcializados. Esto sugiere que estamos frente a temas que son de interés colectivo, pero no se les da el valor que realmente tienen, todo esto parece demostrar que es necesario contar con personas que se involucren en varios niveles para generar cambios reales (Cortina, 2017).

Los individuos en la actualidad se encuentran frente a problemas complejos, debido a que en ocasiones el poder de las grandes corporaciones y empresas, se hace notar para favorecer a determinados grupos de poder, causando graves problemas a la población, por ejemplo, en el caso de actividades extractivas, su explotación pocas veces genera un beneficio real para toda la sociedad, en este caso, también, la ética juega un papel importante, en las decisiones que se toman, desde los gobiernos y las instituciones.

Ante lo mencionado es indispensable contar con una respuesta no sólo desde los gobernantes, sino también desde los grupos de población que se ven afectados y que sienten la necesidad de impulsar acciones para denunciar determinadas prácticas, se trata de gestiones que expresan valentía y compromiso social en la búsqueda del interés colectivo, fortaleciendo el sentido de pertenencia a una comunidad y pensando incluso en los intereses de las futuras generaciones, en este caso el sentido de la ética se vincula a intereses supraindividuales. En las sociedades actuales, no se ha superado la desigualdad y prácticas discriminatorias, por lo que es indispensable contar con cambios, no solamente desde los gobernantes, sino también, en cuanto a actitudes colectivas, impulsadas desde los ciudadanos y en la percepción de su papel en la sociedad, en este contexto, han surgido varios movimientos sociales, que logran alcanzar un importante poder de

convocatoria y expresan unos compromisos y acciones en favor del cambio (Camps, 2019).

Por ejemplo, en el caso de colectivos, con un enfoque feminista, se han dado pasos significativos, con sus acciones que han impulsado reformas jurídicas e institucionales, en favor de la igualdad y esos logros son el resultado de un proceso, que involucra a varios actores y busca un cambio, para construir una sociedad más justa. Aunque actualmente, existen leyes que responden a necesidades sociales, adicionalmente es fundamental contar con una sociedad responsable y comprometida con el cambio, ya que la ausencia de solidaridad, causa trastornos en la vida pública, por lo que debe existir cooperación, entre los miembros de la colectividad (Cortina, 2017).

La ética también se vincula a la responsabilidad y tiene que ver con la capacidad del individuo para actuar y hacerse cargo de los resultados de sus propias acciones, así el integrante de una familia, el trabajador, o el ciudadano, tienen un conjunto de conexiones y propósitos, dentro de una red de relaciones que genera interacciones, diálogos, requerimientos, compromisos y obligaciones que pueden medirse por medio de un conjunto de resultados. (Boff, 2020). En cuanto a asuntos colectivos, es importante comprender que todas las personas contribuyen de algún modo, en que se forje un determinado tipo de sociedad, pero muchas veces existe pasividad y desinterés por parte de los ciudadanos (Camps, 2019).

Una sociedad totalmente fragmentada no logrará consolidar intereses comunes, para ello es fundamental la educación por medio de la cual se podrán fortalecer parámetros y reglas necesarios para la convivencia, esto ayudará a fomentar el respeto a los que nos rodean, ya que cada uno tiene su función y merece ser tratado con dignidad, respeto y solidaridad (Boff, 2020). Pero contar con una mayor cifra de escolarización no significa que exista igualdad y justicia sobre todo si se mantienen las inequidades sociales. La educación tiene un papel relevante en la ética pública, no sólo en cuanto a consolidar los valores que son esenciales en una determinada sociedad, sino que también en un aspecto formal puede dotar al individuo de herramientas para ser competitivo en el mundo moderno.

Lamentablemente, las desigualdades sociales y económicas, en ocasiones también influyen en el sistema escolar dejando, a muchos sin la posibilidad de obtener una educación de calidad, con lo que podría ser más difícil cambiar dinámicas excluyentes, con asimetrías que se consolidan y crean una sociedad pasiva y subyugada. En la actualidad la educación se ha expandido y llega a un amplio número de personas, con lo cual existe la posibilidad de que los ciudadanos tengan un mayor acceso a la información y conozcan sus derechos, a fin de poder exigir su defensa y tutela (Galán, 2010).

Una administración pública orientada en favor del interés general, requiere adaptarse a una sociedad plural y cambiante, lo que coloca al Estado frente a nuevos desafíos, por lo que también sus funcionarios deberán incorporar estrategias en atención a nuevas necesidades colectivas. La ética es un elemento fundamental en la sociedad, ya que los individuos cuentan con un conjunto de derechos y obligaciones que permiten la convivencia y el sostenimiento de la sociedad, Asimismo, es indudable que todas las personas buscan seguridad y bienestar, la que podría lograrse con prácticas de apoyo mutuo, cooperación y reciprocidad para buscar un interés común (Villoría & Izquierdo, 2016).

Este factor se vincula con un conjunto de normas que regulan las relaciones intersubjetivas y buscan un equilibrio para consolidar el interés común y permitir la convivencia de los integrantes del grupo, por lo que es importante contar con un sentido de justicia, que se expresa en varios aspectos y niveles (Villoría & Izquierdo, 2016). Desde la administración pública debe existir la comprensión de que su tarea principal es la de servir a los ciudadanos para mejorar la calidad de vida de las personas y que además de los compromisos contenidos en las normas, se deben tomar en cuenta valores éticos, sin olvidar la transparencia, el buen uso de los recursos, la rendición de cuentas y la consecución de objetivos sociales (Pintos, 2017).

A manera de cierre, me gustaría recapitular algunos aspectos importantes de este apartado. Considero que el panorama actual nos coloca frente a nuevos desafíos y es indispensable incorporar cambios para responder de manera eficiente a las necesidades sociales,

para consolidar relaciones de confianza y credibilidad entre las instituciones públicas y los ciudadanos. Es necesario que, por medio de acciones colectivas, desde los espacios públicos, se actúe para responder ante prácticas de discriminación y exclusión para transformar la sociedad, con acciones que busquen alcanzar justicia social y equidad. Ética, justicia y solidaridad son aspectos que están estrechamente vinculados y son indispensables en la búsqueda de prácticas más humanas y cercanas a las necesidades de los otros.

Existe un nexo indisoluble entre administración pública y sociedad, pues se trata de dos caras de una misma moneda, por lo que, al hablar de ética, no sólo deben analizarse las actitudes de los funcionarios, sino también las cualidades de los ciudadanos, sus compromisos y convicciones, que son elementos sustanciales en la construcción del bien común, de modo que un conjunto de ciudadanos con firmes valores éticos, es capaz de rechazar prácticas que perjudiquen la vida pública. Sumado a lo anterior, las actitudes éticas de los ciudadanos deben estar acompañadas de una institucionalidad pública eficiente, con reglas y normas que respondan a las necesidades actuales de la sociedad y con apego a los derechos humanos, todo esto orientado a construir una sociedad con mejores condiciones de vida para todos.

5. Conclusiones

En la sociedad actual y frente a los retos a los que nos enfrentamos, no podemos renunciar a la construcción de un Estado ético, consolidado por las acciones de gobernantes, funcionarios y ciudadanos comprometidos con el cambio, ya que existen problemas que no se resolverían desde una lógica privada, por lo tanto, la figura del Estado debe fortalecerse para generar confianza frente a los ciudadanos.

El Estado tiene un papel fundamental en la protección de los ciudadanos, por ello debe implementar acciones para fortalecer el perfil de sus funcionarios y fomentar la defensa de valores éticos para tutelar los intereses comunes y procurar que todos puedan vivir en condiciones de dignidad, libertad y seguridad, con acciones conjuntas que involucren a varios sectores de la sociedad.

La Administración pública se rige por una serie de lineamientos para todos quienes son parte de ella, las diversas actuaciones provenientes de estos espacios, deben estar apegadas a las normas y preceptos legales, pero también orientarse por valores éticos en el marco de la Constitución y de los derechos humanos.

Los cambios se logran por medio de acciones colectivas, por lo que el conjunto de la sociedad debe involucrarse activamente para consolidar consensos sobre la sociedad que queremos construir, puesto que el bienestar colectivo se afianza con las actuaciones de los ciudadanos, funcionarios y gobernantes.

Las personas que trabajan en la Administración pública cumplen con tareas relevantes que pueden generar un impacto permanente en las vidas de los ciudadanos, es por ello que deben mantener altos parámetros éticos comprendiendo los posibles alcances de sus acciones y decisiones, este es el fundamento de la responsabilidad, en el que debe estar presente también un equilibrio entre derechos y obligaciones.

Todo el conjunto de la sociedad debe involucrarse si se busca generar un cambio, ya que las acciones sumadas, pueden lograr una respuesta que nos ayude a alcanzar consensos sobre la sociedad que queremos construir, puesto que el bienestar colectivo se consolida con las actuaciones construidas colectivamente teniendo como eje la ética.

6. Referencias bibliográficas

- Ausín, T. (2010). Ni ángeles ni demonios: ética aplicada al servicio público. *Ética y servicio público*. Ed. Plaza y Valdés, pp. 433-454. España.
- _____. (2015). Ética pública para generar confianza. *Revista Vasca de Gestión de personas y organizaciones públicas*. No. 9, pp. 30-39. España.
- Ayala, C. (2020). Retos de la pandemia del COVID-19 para el Estado de Derecho, la democracia y los Derechos Humanos. *EMPIL Research paper series*. No. 2020-17. Ed. Max Planck Institute for comparative and public law, pp. 1-22. Alemania,

- Boff, C. (2020). En tiempos de covid. El cuidado necesario y la hermandad afectuosa. *Koinonia*. Recuperado de <https://www.servicioskoinonia.org/boff/articulo.php?num=1006>.
- Camps, V. (2019). *Virtudes públicas. Por una ética pública, optimista y feminista*. Ed. Arpa & Alfíl. España.
- Cobarrubias, O. (2012). Diez retos de la administración pública en clave de coordinación. *Revista Espacios Públicos*. Vol. 15. No. 35, pp. 9-29. México.
- Cortina, A. (2017) *Aporofobia, el rechazo al pobre*. Ed. Paidós. España.
- Galán, M. (2010). Análisis de la responsabilidad de los servidores públicos. *Ética y servicio público*. Ed. Plaza y Valdés, pp. 391-412. España.
- Herreros, J. (2010) Estado social y servicio público. *Ética y servicio público*. Ed. Plaza y Valdés, pp. 149-192. España.
- Peña, L., Ausín, T., Bautista, O., (2010) Introducción: cantidad, calidad y honestidad en los servicios públicos. *Ética y servicio público*. Ed. Plaza y Valdés, pp. 1-8. España.
- Pintos, J. (2017) *Calidad, transparencia y ética pública*. Ed. INAP. España.
- Sánchez, D. (2018). *Derechos Humanos instituyentes, pensamiento crítico y praxis de liberación*. Ed. Akal. México.
- Villorí M. (2015) Ética en las Administraciones Públicas: de los principios al marco institucional. *Revista Vasca de Gestión de Personas y organizaciones públicas*. No. 9, pp. 8-17. España.
- Villorí M., e Izquierdo, A. (2016). *Ética pública y buen gobierno*. Ed. Tecnos. España.
- Villorí M. (2018). La Transparencia, la imparcialidad y la calidad de la democracia. *El buen gobierno y la transparencia, a caballo entre la Ética y el Derecho*. *Revista internacional de Éticas aplicadas*. No. 27, pp. 1-16. España.

APARTADO III

**Análisis de casos: protección de niñez y delitos
contra la Administración pública**

Análisis del proceso de restitución de derechos de la niñez y adolescencia en la Junta de Protección del cantón Ibarra

Eduardo Valenzuela

1. Introducción

LOS CASOS DE vulneración de derechos en la niñez en los últimos años se han visibilizado significativamente, así como también los efectos físicos, cognitivos, socio afectivos en el desarrollo del niño; por ello, es necesaria la intervención inmediata para restituir o volver a la situación inicial, antes de haber sufrido dicha violencia. A fin de evitar secuelas que marquen negativamente la personalidad del individuo. Desde el reconocimiento del niño como sujeto de derechos, mediante la implementación de nuevas normativas centradas en el ser humano permite garantizar el ejercicio y exigibilidad de los derechos, en especial de los grupos de atención prioritaria, entre ellos los niños, niñas y adolescentes. Por ello, la restitución de los derechos debe ser vista de forma integral, así como la responsabilidad del Estado en proveer condiciones de vida dignas y de las acciones de protección especial de los organismos encargados de la garantía de los derechos, de preferencia de los grupos más vulnerables. En este marco, cabe plantearse de qué manera la Junta de Protección de Derechos incide en los procesos de restitución integral de los derechos de la niñez y adolescencia.

El presente artículo, tiene como objetivo revisar el procedimiento de restitución en la Junta de Protección del cantón Ibarra, para verificar si se cumplen o no con los procedimientos señalados en la ley. Adicionalmente, constatar si existe o no una real restitución de derechos a los niños y adolescentes, o saber si todo aquello queda simplemente en la retórica formal de la norma.

El trabajo se desarrolla con el método analítico descriptivo, ya que consiste en una narrativa del proceso de restitución de derechos de los niños, sus efectos y práctica, se apoya en el enfoque cualitativo y en el modo socio jurídico. Se utilizaron técnicas cuantitativas para la comprensión y descripción de los hechos, orientados fundamentalmente al proceso de restitución de derechos y al conocimiento de una realidad dinámica e integral, que permita establecer las condiciones de restitución de los derechos de niños, niñas y adolescentes. Las técnicas utilizadas para compilar la información fueron los registros administrativos e informes de gestión, los cuales se analizaron a la luz de la eficiencia del servicio público y ejercicio de los derechos; y sus resultados son de absoluto interés para nuestra investigación y análisis e interpretación de datos respectivamente.

El marco teórico usado se apoya en autores expertos en temas de derechos de los niños y estudiosos de la vulneración de derechos de la niñez tales como Santillán o Seda, quienes revisan y profundizan en el estudio de la protección de los derechos de los niños y adolescentes desde la doctrina de la protección integral.

El artículo comienza con el análisis del marco normativo ecuatoriano relativo a la restitución de derechos, posteriormente no muestra que es la doctrina de la protección integral y los estándares de protección de derechos. En un tercer epígrafe se analiza la responsabilidad estatal respecto de las vulneraciones de derechos cometidos en niños, niñas y adolescentes, en especial en lo que tiene que ver con la restitución de derechos. Finalmente, se analiza el servicio público de restitución de derechos de la Junta de Protección de Derechos del cantón Ibarra en la práctica, allí se revisan un par de estadísticas que permiten contrastar la norma en la práctica.

En la última parte, se indaga el proceso de restitución en el cantón Ibarra, provincia de Imbabura, durante el año 2016, pues en ese año en específico se dieron varios casos paradigmáticos, los cuales nos permitirá re-conocer¹ los instrumentos normativos que contribuyen al mejoramiento del servicio público de restitución de derechos

1 Re-conocer se contextualiza como volver de nuevo a conocer algo aprendido y con ello construir una nueva forma de ver o enfoque de las cosas.

de la niñez y adolescencia en el cantón Ibarra; y cómo la Junta de Protección de Derechos interviene en la restitución del derecho vulnerado en el marco de la doctrina de protección integral y cumplimiento de la Constitución.

2. Análisis del proceso de restitución de derechos de la niñez y adolescencia

2.1. Marco normativo de la restitución de los derechos

A partir de la Constitución de la República del Ecuador (CRE, 2008), se establece la obligación del Estado de generar las condiciones para la protección integral durante el ciclo de vida, en especial a los grupos en condiciones de vulnerabilidad, mediante la implementación de sistemas especializados y específicamente indica que el Sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y adolescencia será el encargado de asegurar el ejercicio de los derechos de este grupo de atención prioritaria (CRE 2008, Art. 341). Este sistema está conformado por organismos estructurados de la siguiente forma: 1) organismos de vigilancia, control y evaluación de las políticas públicas, 2) organismos de protección, defensa y exigibilidad de derechos; y, 3) organismos de ejecución de políticas, planes, programas y proyectos (Código Orgánico de Niñez y Adolescencia [CONA], 2003 Art. 192), como también de políticas de protección integral, dentro de las cuales están políticas de protección especial encaminadas a preservar y restituir los derechos (CONA Art. 193).

Para el cumplimiento de la función pública de la protección de derechos individuales y colectivos de la niñez y adolescencia (CONA Art. 205) dispone la conformación de la Junta Cantonal de Protección de Derechos, a la vez que determina que su financiamiento dependerá de los gobiernos autónomos descentralizados municipales (Código Orgánico de Ordenamiento territorial, Autonomías y Descentralización [Cootad] 2010, Art. 54 literal j); esto se cumple mediante la expedición de ordenanzas para el efecto; Asimismo se establece las funciones y las medidas de protección ante acto sucedido o de riesgo inminente en que se produzca una violación del derecho (CONA, Art. 215-219). La Junta de Protección de Derechos es una

instancia administrativa de protección parte del sistema descentralizado de protección integral, que actúan dentro del derecho administrativo y cumplen las atribuciones de norma expresa y que se someten a los principios del procedimiento administrativo (CONA, 2003 Art. 206), le corresponde:

- a. Conocer, de oficio o a petición de parte, los casos de amenaza o violación de los derechos individuales de niños, niñas y adolescentes dentro de la jurisdicción del respectivo cantón; y disponer las medidas administrativas de protección que sean necesarias para proteger el derecho amenazado o restituir el derecho violado;
- b. Vigilar la ejecución de sus medidas;
- c. Interponer las acciones necesarias ante los órganos judiciales competentes en los casos de incumplimiento de sus decisiones;
- d. Requerir de los funcionarios públicos de la administración central y seccional, la información y documentos que requieran para el cumplimiento de sus funciones;
- e. Llevar el registro de las familias, adultos, niños, niñas y adolescentes del respectivo Municipio a quienes se haya aplicado medidas de protección;
- f. Denunciar ante las autoridades competentes la comisión de infracciones administrativas y penales en contra de niños, niñas y adolescentes;
- g. Vigilar que los reglamentos y prácticas institucionales de las entidades de atención no violen los derechos de la niñez y adolescencia; y,
- h. Las demás que señale la ley.

Cabe indicar que además existen normativas internacionales como la Declaración de los Derechos del Niño (20 de noviembre de 1959); y, la Convención sobre los Derechos del Niño aprobada el 20 de noviembre de 1989 aprobadas en Asamblea General de las Naciones Unidas, en la que el Ecuador fue el tercer país suscriptor; esto según Buaiz (2018), en conversatorio indica que “Compromete a los Estados partes a dictar y ejecutar no sólo medidas legislativas sino también administrativas, institucionales, sociales, y todas aquellas de cualquier índole necesarias para la efectividad de los derechos”. Y algunos más relacionados a los derechos humanos; son los

instrumentos que apalancan el ejercicio, exigibilidad y la restitución de los derechos de este grupo etario.

2.2. Enfoque de la doctrina de protección integral

Para García (2001), en su artículo de “Menores a ciudadanos” reconoce la acción de la Asamblea de las Naciones Unidas en 1959 con la Declaración de los derechos del niño como el mínimo ético; y, 30 años después, en 1989 con la Convención de los derechos del Niño como el máximo legal, constituyéndose así, como el derecho positivo de carácter internacional y nacional, cambiando la percepción de la niñez y se genera la doctrina de protección integral. Esta “Doctrina de Protección Integral constituye un conjunto de ideas filosóficas, éticas, jurídicas y políticas que determinan cómo se deberían comprender, asumir, reconocer y garantizar los derechos de niños, niñas y adolescentes” (CNNA, 2009). Esta doctrina se fundamenta en el reconocimiento del niño como ciudadano y por tanto sujeto de derechos como todo ser humano, y no como objeto de protección.

Para Seda (2010), en su artículo “El nuevo paradigma de la niña y el niño en América Latina”, menciona que “ser ciudadano es como tener un alma social” (p. 110); es decir, genera una identidad, un yo social con capacidades progresivas ejercidas de acuerdo a su desarrollo evolutivo, con autonomía e inclusión social. Por tanto, “son sujetos sociales, éticos y jurídicos en sí mismos y no meras extensiones de sus padres, o extensiones del Estado cuando faltan los padres” (*Ibid.*, p. 110). Por tanto, al considerarse sujetos de derechos se acreditan a ellos conductas de respeto por los demás, y a la par deudores de conductas que respeten a sus semejantes; en esta perspectiva la protección se convierte en un derecho con normativa que prevenga su vulneración; y no sea una acción voluntaria de bondad, en la que no se pueda exigir ni sea obligación de las entidades, misma condición que tiene un ciudadano adulto (Santillán, 2011).

La doctrina de protección integral genera líneas de acción tanto sociales como jurídicas, estas últimas, para garantizar sus derechos, en los que se asegure su “protección y el respeto de los mismos, sancionando su incumplimiento, impidiendo su violación; y

promoviendo su reivindicación” (Santillán, 2011, p. 17). Así como también, la aplicación de los derechos y la implementación de un sistema jurídico propio, que permita sancionar el cometimiento de delitos por este grupo etario, en tribunales especializados y procedimientos especiales. Esta doctrina se fundamenta en principios universales mencionados en la Convención Derechos del Niño: interés superior del niño, igualdad y no discriminación, unidad familiar y autonomía progresiva del ejercicio de derechos. El principio interés superior del niño tiene carácter jurídico-social para la práctica e interpretación de toda acción que favorezca al ejercicio pleno de los derechos de la niñez y adolescencia sobre los derechos de los demás, es decir deben ser atendidos y considerados primordiales, pues al estar en proceso de formación se encuentran más vulnerables; y en caso de conflicto de derechos primará siempre el de los niños y niñas.

La igualdad y no discriminación, es un principio universal, que propone un trato igual entre los seres humanos, indiferente de su condición, color de piel, sexo, religión, cultura, creencia, etnia e inclinación política. Se considera entonces que tienen los mismos derechos que las personas adultas, y su opinión debe ser considerada como también ser consultados; acciones que evita su discriminación, y mejor los incluye en la gestión de la dinámica social. La unidad familiar, mencionado en la Convención Derechos del Niño, genera una responsabilidad a la Familia y al Estado para la protección, cuidado y crianza del niño, considerando protección a la proveer las condiciones óptimas para su desarrollo y crecimiento, y de sobre manera la educación, afectividad y salud le corresponde a la familia.

Y, el principio de autonomía progresiva del ejercicio de derechos, de acuerdo a su edad evolutiva los niños, niñas y adolescentes ejercen progresivamente sus derechos, garantías y cumplen con sus deberes y responsabilidades; esto se construye desde y con apoyo del núcleo familiar y social. Conforme alcanzan una mayor madurez, comprensión, reflexión, análisis y capacidad de expresión sus opiniones, son parte esencial de su participación y reconocimiento en la sociedad.

2.3 La restitución del derecho y la responsabilidad del Estado

La Convención Sobre los Derechos del Niño, compromete a los países parte a implementar medidas de diversa índole; especialmente la adecuación de la norma, que responda de forma efectiva el cumplimiento de los derechos humanos; y así lograr un Estado social de derecho para la infancia. En ese contexto, obliga a los Estados a realizar cambios de la estructura y de los administradores de justicia, que garanticen los derechos mediante “dictámenes de protección y sirva de instrumento jurisdiccional contralor de las violaciones de los derechos de los niños, restableciendo las situaciones de hecho en las que se violan estos derechos, y sancionando a las personas o instituciones que resulten responsables” (Buaiz, 2003, pp. 9, 10).

A partir de la Constitución del año 2008, Simons (2010), menciona que el Estado asumió una visión unitaria de derechos, en la que estos son indivisibles, interdependientes y de igual jerarquía, al igual es garante del efectivo goce de los derechos constitucionales y de instrumentos internacionales; se constituye uno de los deberes primordiales. Ante esta obligatoriedad, implica que todo el aparato gubernamental con sus estructuras mediante el cual manifiestan el ejercicio del poder público, “deben asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los derechos humanos” (Simons, 2010, p. 460). Asimismo, indica que “Sin duda todos los derechos declarados constitucionalmente son exigibles, en general a la exigibilidad en el plano jurídico se le conoce como justiciabilidad” (p. 461).

Entonces, la restitución de derechos es una obligatoriedad del Estado y de acuerdo a la Ruta de restitución de derechos contempla dimensiones o fases como: atención, protección y sanción del agresor o violentador (Guatemal, 2015). Según Suárez (2017), “El cumplimiento completo de estos tres procesos da como producto la restitución de los derechos, no solo de la persona vulnerada, sino también de su familia y de su entorno inmediato” (p. 59). La fase de atención tiene tres momentos: 1) atención emergente interviene en las consecuencias de los hechos de vulneración, por lo general son médicas y psicológicas; 2) atención complementaria, abarca acciones del entorno, es decir, efectos con su familia, suelen ser médicas, trabajo social, legal, terapias psicológicas; y 3) atención ampliada,

conlleve acciones que permitan a la víctima volver a las condiciones antes de su vulneración, atiende aspectos de inclusión social (educación, laboral, recreativo, entre otros).

La protección, en tanto provee seguridad a la víctima para evitar la repetición de la vulneración de sus victimarios. Se considera los siguientes momentos: 1) protección emergente, son medidas que pueden ser emitidas por las entidades de atención según sea el caso, y deben notificar obligatoriamente a la autoridad correspondiente; 2) protección general, es la consolidación legal de las medidas emergentes; 3) medidas cautelares, son medidas de carácter judicial ante la violación de derechos fundamentales, dadas por la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional; y 4) Otras medidas, medidas que pueden ser tomadas de norma específica, como ley contra la violencia contra la mujer y la familia, y medias de la Defensoría del pueblo.

La sanciones, ante la violación de los derechos, pueden ser administrativas y penales, y se considera los siguientes momentos: 1) Noticia o denuncia, la autoridad competente avoca conocimiento del hecho; 2) investigación, revisión minuciosa de los hechos para establecer la existencia de la violación del derecho y sus responsables, en lo penal emiten un dictamen acusatorio o abstentivo, y en lo administrativo un informe de investigación; 3) Juzgamiento – análisis, revisión de la investigación para analizar los sustentos, 4) Juicio, es la presentación de pruebas del órgano que realizó la investigación y el acusado presenta las pruebas de descargo para establecer la culpabilidad o inocencia; y, 5) sentencia, es la decisión de culpabilidad o inocencia y la aplicación de sanciones en el marco de la ley.

Otra medida de interés, es la concienciación y sensibilización en la sociedad para promover un reconocimiento del niño sujeto de derechos, para hacer palpable el ejercicio pleno de los derechos. El fortalecimiento de las acciones para la garantía de la protección integral está relacionado con la estructura organizativa y su capacidad de exigibilidad de políticas públicas que rompan los obstáculos sociales, económicos y culturales; a más de la corresponsabilidad de gobiernos, sociedad y familia para proveer las condiciones de vida digna, en un ambiente de justicia, paz y libertad. De allí, la prioridad que brinda el Estado para la atención de la niñez mediante la política 1.5 “Fortalecer

el sistema de inclusión y equidad social, protección integral, protección especial, atención integral y el sistema de cuidados durante el ciclo de vida de las personas, con énfasis en los grupos de atención prioritaria,...” del Plan Nacional de Desarrollo 2017-2020 “Toda una Vida”, además se cuenta con el “Plan Nacional de prevención de la violencia contra la niñez y adolescencia y promoción de parentalidades positivas” (2018), para garantizar los derechos de la niñez.

3. Análisis del caso: el servicio público de restitución de derechos de la Junta de Protección de Derechos del cantón Ibarra

Partir de la premisa Constitucional, que el Estado brindará la protección integral a todos sus habitantes, y en el caso de los niños, niñas y adolescentes se determina será responsabilidad del sistema nacional descentralizado de protección integral de la niñez y adolescencia – SNDPINA; por ello, la restitución de sus derechos es un servicio público para este grupo etario dado por los organismos de protección, defensa y exigibilidad. Este servicio, de acuerdo al Consejo Nacional de Niñez y Adolescencia² [CNNA] (2009), evita la judicialización de los problemas de maltrato abuso de los niños, niñas y adolescentes, cumplimiento de la doctrina de protección integral, que con la nueva institucionalidad (SNDPINA) desjudicializa y propone medidas o consecuencias sociales y educativas para lograr una mayor efectividad; en la que parte del SNDPINA que se encarga de la protección son las Juntas Cantonales de Protección, a más de la Administración de Justicia y las Defensorías comunitarias.

En ese contexto, la Junta Cantonal de Protección de Derechos de la Niñez y Adolescencia de Ibarra, creada mediante Ordenanza del Ilustre Municipio de Ibarra en mayo 2007, ejecuta un número significativo de procesos de violentación de los derechos de la niñez, y dentro de la norma establece que debe cumplirlos en un plazo de no más de 30 días; por ello, es indispensable ejecutar todas las acciones pertinentes desde la avocatoria del caso, citación, notificación,

2 Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia actualmente se transformaron en Consejo Nacional de Igualdad Intergeneracional (CNII), por disposición de transitoria de la Ley de Igualdad 2014.

audiencias entre otras, a fin de restituir los derechos vulnerados, que desde la doctrina de protección integral es la reinserción o establecimiento de la persona violentada a una situación mejorada o similar de antes de ser vulnerada en sus derechos. Es importante mencionar la situación actual de la niñez y adolescencia, el Observatorio Social del Ecuador socializó que el 44 % de los niños y niñas de entre 5 y 17 años había sido objeto de respuestas violentas por parte de sus padres en el hogar ante el cometimiento de alguna falta o no obediencia (Observatorio Derechos de la Niñez y Adolescencia [ODNA], 2014). Asimismo, cuatro de diez niños, niñas o adolescentes han recibido un trato violento por parte de sus profesores, además en las escuelas el 7 % han recibido golpes por parte del maestro (*El Universo*, 2015).

Asimismo, según Observatorio Social del Ecuador (2016), menciona que existe un traspaso intergeneracional de la violencia; en el pasado 18 % de padres y madres que vieron maltrato entre sus progenitores en su niñez se incrementa a un 30 % de adolescentes de 12 a 17 años que vieron maltrato entre sus padres (p. 92). En tanto, los docentes maltratan con más frecuencia a los niños de 5 a 11 años, mayormente con golpes 10 % e insultos, burlas 30 % (p.100). *El Comercio* (2019), indica que “la violencia cotidiana que viven los niños en sus escuelas y hogares, 3 de cada 10 sufre castigo de sus padres, 1 de 4 recibe trato violento del profesor, y 1 de 5 es víctima de acoso escolar entre pares” (párr. 10). De allí, la demanda de este servicio para garantizar la exigibilidad de los derechos vulnerados cada día se incrementa debido a la pérdida del miedo o vergüenza, y sobre todo la ciudadanía conoce dónde denunciar esos casos. A continuación, se muestra la tabla 1.

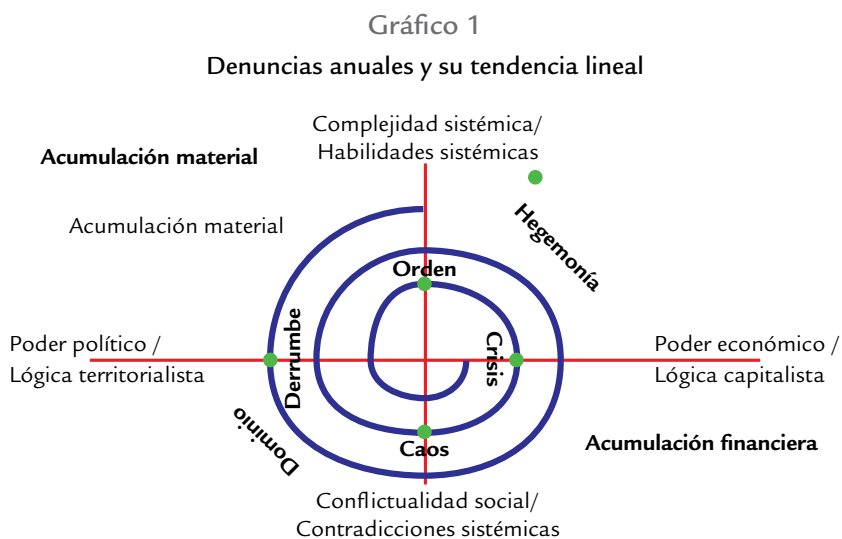
Tabla 1
Denuncias período 2015-2018

Año	Denuncias
2015	397
2016	440
2017	485
2018	485

Fuente: Registro Administrativo JCPDNA-I (2019).

Estos resultados muestran un promedio mes de denuncias, 33 en el año 2015 hasta 40 denuncias en el año 2018; es decir, al menos un niño o niña es vulnerado sus derechos diariamente, el registro administrativo muestra también el comportamiento de las denuncias en el año, siendo los meses de abril a junio los más altos en denuncias, período en el cual los Departamentos de Consejería Estudiantil reportan irregularidades a las familias de los alumnos. Además, indicar que, al inicio de año, mes de enero, se inicia con el mayor número de denuncias debido a la acumulación del período anterior y los casos que se generen en el mismo mes.

El servicio público de restitución de derechos de niños, niñas y adolescentes en la Junta Cantonal de Protección de Derechos se cumple con la celeridad del caso, cumpliendo todos los tiempos para las fases del proceso administrativo (avocatoria del caso, citación, notificación, audiencias, entre otras), dentro de los 30 días establecidos para cada uno de los procesos, a más de emitir medidas de protección emergentes para precautelar el bienestar del niño/a al momento de conocer el caso.



Fuente: Registro Administrativo JCPDNA-I (2019).

4. Conclusiones

El Estado ecuatoriano al ser parte de la Convención sobre los derechos del niño, desde hace más de una década viene adecuando su normativa para garantizar los principios y normas de los derechos humanos; más aún, desde la Constitución del año 2008 que fortalece el ejercicio de los derechos, en cuanto a niñez se han adecuado y actualizado normas para estructurar leyes consistentes y de las acciones y mecanismos de implementar las acciones de la protección integral de los niños, niñas y adolescentes.

La Junta de Protección de Derechos propone una atención con calidad y calidez, basada en los principios de la Convención sobre los derechos del niño y en la doctrina de protección integral, ello permite articular o coordinar a toda la institucionalidad pública y privada relacionada con la protección y restitución de los derechos de la niñez en el cantón Ibarra.

El servicio público en los organismos del sistema nacional descentralizado de protección evidencia sus acciones en el marco de la doctrina de protección integral, en la que se reconoce al niño como ciudadano sujeto de derechos y no como un objeto que necesita cuidado y protección; de allí, la importancia que los funcionarios valoran las opiniones, pensamientos y sentires de la niñez y adolescencia dentro de los procesos de restitución de derechos.

La restitución de los derechos desde la visión de la doctrina de protección integral no sólo conlleva una atención emergente y complementaria del derecho vulnerado; incluye una atención ampliada, esto implica que a la persona vulnerada volverá a su condición inicial, particular que los funcionarios responsables de estas acciones del servicio de restitución de derechos han interiorizado en su actuar, esto se visibiliza en la Junta de Protección de Derechos Ibarra, en la que se cambia la atención por el servicio de restitución del derecho vulnerado.

La necesidad de un servicio público de restitución de derechos eficiente es plausible en el cantón Ibarra ante la demanda de la ciudadanía, pues existen prácticas maltratantes en la crianza de los niños y niñas en la familia, sociedad e instituciones; y una comunicación

masiva de entretenimiento basada en la violencia. Por ello, la intervención de la Junta de Protección de Derechos contribuye significativamente en la prevención y restitución de los derechos, reflejada en una aceptable eficiencia de procesamiento de los casos y sobretodo los cambios conductuales provocados en los involucrados de cada proceso, que en muchas ocasiones son instituciones.

Los procesos de restitución son continuos y permanentes, por ello es necesario consolidar el sistema descentralizado de protección integral basado en la participación ciudadana, en la que las personas y la misma comunidad se apropien de la defensa y cumplimiento de los derechos de la niñez, pues no se puede tener la capacidad de crear varias Juntas de Protección de Derechos en cada cantón, los recursos siempre harán falta. Una alternativa serán las Defensorías comunitarias, la normativa faculta la conformación, pero estas deben estar ancladas a organismos de defensa derechos para tener su respaldo y amparo en las decisiones que los defensores emitan.

Con la promulgación de la Ley de Igualdad y de Violencia Contra la Mujer han generado nudos críticos para el funcionamiento del SNDPINA, pues establecen ambigüedad en los roles de cada instancia, no se tiene claro una autoridad de rectora para las Juntas de Protección, procedimientos formalizados que burocratiza las medidas administrativas de protección, y al estar bajo el financiamiento de los Municipios se genera una injerencia política para la designación de los miembros; sumado a ello la falta de mecanismos de coordinación entre las funciones ejecutiva, legislativa y judicial para la protección dela niñez.

Asimismo, la Junta de Protección al ampliar su accionar con la violencia contra la mujer, no tiene definido una estrategia de atención y se pierde la especificidad del trabajo en la niñez y adolescencia, conjeturándose un retroceso del funcionamiento del SNDPINA.

5. Referencias bibliográficas

- Buaiz, Y (2018) *Legalidad, Institucionalidad y Políticas Públicas para la Niñez y la Adolescencia*. UNICEF. Legislar para proteger a la niñez y Adolescencia. Seminario Internacional organizado por Asamblea Nacional Ecuador, Grupo Parlamentario de garantía de derechos de niños, niñas, adolescentes y jóvenes, MIES, Ministerio de Justicia y UNICEF. Quito.
- Buaiz, Y. (2003) *La doctrina para la protección integral de los niños: Aproximaciones a su definición y principales consideraciones*. Costa Rica: Ministerio de Salud.
- Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia [CONA] 2003. *Código Orgánico de la Niñez y Adolescencia*. Asamblea Nacional. Registro Oficial 737.
- Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomía y Descentralización [Cootad] (2010). *Código Orgánico de Ordenamiento Territorial, Autonomía y Descentralización*. Asamblea Nacional. Registro Oficial 303.
- Consejo Cantonal de Protección de Derechos Ibarra [CCPD-I] (2019). “Informe de denuncias período Enero – Diciembre años 2015, 2016, 2017 Junta Cantonal de Protección de Derechos Ibarra”. Archivo institucional, Ibarra.
- Consejo Nacional de la Niñez y Adolescencia [CNNA] (2009) *Ficha Metodológica CNNA: Doctrina de protección integral*. Sistema de Información de Indicadores Sociales del Ecuador [SIISE]. Recuperado de: http://www.siise.gob.ec/siiseweb/PageWebs/Marco%20Conceptual/macsin_cnna.htm
- Constitución de la República del Ecuador [CRE] (2008). *Constitución de la República del Ecuador*. Asamblea Nacional. Registro Oficial 449.
- Convención sobre los Derechos del Niño [CDN] 1989. *Convención sobre los Derechos del Niño*. Asamblea de las Naciones Unidas. Resolución 24/45.
- El Comercio* (1 de junio de 2019). Infancia en Ecuador enfrenta retos de desigualdades, violencia y embarazos. Recuperado de <https://www.elcomercio.com/actualidad/infancia-ecuador-enfrenta-retos-desigualdades.html>

- El Universo* (23 de octubre de 2015). Uno de cada cuatro niños es maltratado por profesores. Recuperado de <https://www.eluniverso.com/noticias/2015/10/23/nota/5198957/cada-cuatro-ninos-es-maltratado-profesores>
- García, E., & Vargas, E. (Compiladores) (2001) *Derechos de la niñez y Adolescencia Antología*. Costa Rica Giova Color S. A. Editores.
- Guatemal, E. (2015). *Ruta de Restitución a niñas, niños y adolescentes en Situación de Vulneración de Derechos y Maltrato Infantil* (Tesis titulación psicología). Universidad Central del Ecuador, Quito.
- Ilustre Municipio de Ibarra (2007) *Ordenanza que regula la constitución y funcionamiento de las Juntas cantonales de protección de derechos de niños, niñas y adolescentes del cantón Ibarra*. Sancionado por Alcaldía 28 mayo 2007, Ibarra.
- Junta Cantonal de Protección de Derechos de la Niñez y Adolescencia de Ibarra [JCPDNA-I] (2019). *Informe estadístico 2018 – 2019*. Archivo institucional, Ibarra.
- Observatorio Derechos de la Niñez y Adolescencia (2014). *La niñez y adolescencia en el Ecuador contemporáneo: avances y brechas en el ejercicio de derechos*. Quito: Consejo Nacional de Igualdad Intergeneracional, Plan Internacional/Unicef/Observatorio Social. Recuperado de <https://plan.org.ec/wp-content/uploads/2017/03/ninez-ecuador-contemporaneo.pdf>
- Observatorio Social del Ecuador (2016). *Niñez y adolescencia desde la intergeneracionalidad Ecuador 2016*. Quito, Recuperado de <https://odna.org.ec/wp-content/uploads/2018/07/2016.pdf>
- Santillán, M. (2011). *Derechos que vulnera el trabajo infantil según la doctrina de protección integral y la normativa ecuatoriana*. (Tesis de abogacía) Pontificia Universidad Católica del Ecuador, Quito.
- Séda, E., Ávila, R., y Corredores, M.(Eds.) (2010) *Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral. El nuevo paradigma de la niña y el niño en América Latina*. (1ª ed.). Quito. V&M Gráficas.

- Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo [Senplades] (2017). *Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021. Toda una Vida*. Quito: Senplades.
- Simons, F., Ávila, R., y Corredores, M.(Eds.) (2010) Derechos y garantías de la niñez y adolescencia: Hacia la consolidación de la doctrina de protección integral. *Garantías de los derechos de la infancia y adolescencia (de las legislaciones integrales al “Estado constitucional de derechos”). Algunas notas sobre los mecanismos de aplicación.* . Quito: V&M Gráficas.
- Suárez, F. (2017). *Análisis crítico de las rutas de restitución de derechos de la infancia. Su incidencia en los sistemas especializados de protección.* (Tesis de maestría). Instituto de Altos Estudios Nacionales, Quito.

Los delitos contra la eficiencia de la administración pública: análisis crítico del delito de tráfico de influencias y su relación con el abuso de fondos públicos en Ecuador

María Paulina Araujo Granda

1. Introducción

LA REALIDAD MUNDIAL, la vigencia de sendos instrumentos internacionales y los modelos de los Estados contemporáneos, comparten la misma preocupación en torno al fenómeno de la corrupción y su impacto en el desarrollo de las sociedades. No en vano, el discurso dominante ha hecho énfasis en que una de las herramientas de lucha, podría ser la creación o agravación de tipologías y hasta el endurecimiento de ciertos principios jurídicos. Mírese que Ecuador, a partir de su Constitución del año 1998, incorporó la figura de la *imprescriptibilidad* de las acciones y penas para los delitos que atentan contra la administración pública y, habilitó también la posibilidad de lo que los acusados sean juzgados *en ausencia*.

Es menester advertir que la rigidez del tiempo de prescripción de estas inconductas, no solo se la reguló en las dos últimas Constituciones, sino que constó en varios de los códigos penales (Art. 101) desde el año 1971, que registraron por ejemplo para el delito de peculado (sancionado con pena de reclusión), un cómputo de doble del tiempo, es decir, no eran 10 sino 20 años¹. A pesar de lo dicho y de que los delitos contra la adecuada administración de los recursos del Estado han estado presentes desde nuestro primer Código Penal

1 A este cómputo de prescripción de la acción se acogió el expresidente Abdalá Bucaram Ortiz, tanto en el denominado caso “Gastos Reservados” como en el de “Mochila Escolar”, cuyas fechas de inicio datan del año 1997. Las prescripciones fueron declaradas por la Corte Nacional de Justicia los días 11 y 20 de abril del 2017, respectivamente.

(1837), con fecha 29 de agosto de 1985 (S.R.O. 260: Ley No. 6), se *incorporaron dentro* de su figura genérica, ciertas expresiones delictivas que, aunque partían del mismo esquema de corrupción pública, el legislador las dotó inexplicablemente de menor gravedad.

Uno de esos tipos penales y que se mantuvo hasta la entrada en vigor del Código Orgánico Integral Penal (COIP), fue el descrito en el *artículo 257-C*, relativo a la sanción del aprovechamiento de un cargo público para el otorgamiento de contratos que vulneren las regulaciones de la transparente contratación pública. Su pena fue de 1 a 5 años de prisión, a diferencia de los 8 a 12 años de reclusión mayor del abuso de fondos públicos general.

Este *peculado atenuado*, de por sí implicó la crítica de académicos y estudiosos, pero no logró ser solventada más que en la *praxis* judicial, última que se decantó por investigar, acusar y juzgar por peculado, aprehendido como el delito madre y que exponía de manera diáfana la forma clásica de atropello y desvío ilegal de los fondos públicos. Ahora bien, en el momento en que la Asamblea Nacional decidió aprobar el Código Orgánico Integral Penal, se esperaba superase estas incongruencias normativas; sin embargo, no conforme con mantener la pena desproporcionada, trasladó el contenido del Art. 257-C a una figura autónoma llamada *tráfico de influencias*, que, por obvios motivos, no cuenta con el *seguro de imprescriptibilidad y de juzgamiento en ausencia*.

Por lo dicho hasta aquí, nos permitimos afirmar que aunque el Ecuador por medio de la suscripción y ratificación de convenios internacionales y, de contar con una Constitución con una gran cantidad de principios que hacen énfasis en la lucha contra la corrupción, tiene una norma penal que demuestra un poder punitivo diferenciado, y que, conforme lo veremos en las páginas siguientes, nos permitiría sostener se quiso crear en una especie de *blindaje normativo*, encaminado a una flagrante *impunidad*. Esto último lo planteamos, toda vez que hasta el día de hoy y muy a pesar de la premura de reforma y de haberla hecho notar mediante varios foros, esta no ha prosperado, mucho menos ha despertado el interés de los integrantes del órgano legislativo.

2. La Administración pública, su eficiencia y la protección penal

2.1 La Administración pública y sus principios

Hablar de Administración pública, nos remite a los postulados generales del derecho administrativo y a las relaciones que se entablan entre el Estado y sus integrantes, en especial en el momento en que se hace énfasis en el necesario control y la transparencia en el cumplimiento de sus atribuciones, que a criterio de Dromi, implican el combate a la corrupción y a la falta de ética pública en las diversas actividades y esferas gubernamentales (2001, 23 y 24). En este hilo, nuestra Constitución la establece como un *servicio a la colectividad* y la somete a la observancia de once principios (Art. 227), entre los que resaltan la *eficiencia* y la *transparencia*, últimas que, para ser comprendidas, precisan que centremos nuestra atención en el hecho de la que Administración es expresión del poder público al *servicio de las personas* y, se legitima en el momento en que vela por el bien común o bienestar general. Es por esto que el Estado es el competente para atender, administrar y proveer los servicios públicos, bajo estricta observancia de los cánones por ejemplo de universalidad, continuidad, calidad y eficiencia (Const. 2008, art. 314).

La profesora Gladys Camacho sostiene que la eficacia y la eficiencia administrativas, son interdependientes con la coordinación entre órganos públicos y el control sobre los mismos, pero, ante todo, con la probidad de los funcionarios o servidores estatales (2000:8). De esta forma, no cabe duda que la corrupción se encuentre vinculada con el sistema normativo, que Ernesto Garzón Valdés llama como “relevante”, dentro del cual se produce la conducta de acción u omisión calificada de corrupta (1995, 27) y es aquí que, a nuestro criterio, entra en juego el derecho penal, que, al ser una materia directamente vinculada con el ejercicio del poder sancionador, debe partir de la tutela de los valores, bienes y derechos que la Constitución consagra.

En este sentido, no está por demás aclarar que la Constitución, aunque no puede contener una política penal taxativa, sí entrega las directrices generales y como punto esencial, contempla el conjunto de bienes individuales y colectivos que no podrán ser contradichos

o vulnerados, al menos, sin una consecuencia jurídica (Carbonell, 1999, pp. 83-85). Así, el propósito de las normas penales relacionadas con los delitos contra la eficiencia de la administración pública, debe considerar a las modalidades de corrupción que en estricto *sensu*, se pone de manifiesto en el momento en que existe la “destrucción del atributo de la bondad que una persona experimenta cuando su conducta [...] difiere de la prescrita [...] por una norma promotora de valores estimables” (Lozada, 2001, p. 4).

Francisco J. Laporta y Silvia Álvarez sostienen que para que la corrupción se configure, resulta ineluctable la presencia de un agente investido de autoridad que toma una decisión, con la finalidad de obtener una ganancia indebida, ya sea personal o a favor de terceros (1995, p. 9). Garzón Valdés, indica que la corrupción consiste en la violación *limitada* de una obligación por uno o más *decisores*, quienes con el propósito de conseguir un *beneficio personal extraposicional*, otorgan beneficios ilegales para el sobornante (*Ibid.*, p. 52). Aclaramos que es limitada, porque el agente realiza cálculos entre lo que consigue y la forma en como lo encubre, para así no perder su posición privilegiada en el sistema. Esta operatividad, que en la mayoría de ocasiones se vuelve cíclica y hasta se arraiga como una insana costumbre, es la que desquebraja la estructura de la administración pública, por ende, impide su respuesta eficiente a la sociedad.

2.2 La protección de la administración pública y la supraindividualidad del bien jurídico

Hablar de supraindividualidad de un bien jurídico supone *grosso modo*, que no existe una titularidad plenamente individualizada del o los sujetos pasivos, sino que se corresponde a una pertenencia y garantía conglobada, en la que un grupo de personas es o puede ser afectado. Carlos Martínez-Buján P., realiza una distinción entre los bienes *supraindividuales o colectivos*, que abarcan a los *bienes jurídicos sociales generales* y, los bienes identificados como *difusos*, que, si bien no se corresponden con intereses que afectan a toda una comunidad, si lo hacen a un importante sector de la misma (2007, pp. 165 y 166). Téngase en cuenta que, al hablar de bienes jurídicos supraindividuales, es menester también distinguirlos entre el bien jurídico *mediato* y el bien jurídico *inmediato*. (Araujo, 2010, pp. 113 y 114).

En el caso de los delitos contra la eficiencia de la administración pública, el bien jurídico mediató sería la finalidad objetiva de la norma o la *ratio* del legislador para tipificar las conductas y que en el COIP, en un primer momento, se correspondería con el Capítulo dentro del cual están los delitos contra la administración pública, es decir, la “*Responsabilidad ciudadana*”;² y, el bien inmediato, que confluiría en la imposibilidad de cumplimiento de las tareas inherentes al Estado, entendiéndose, la eficiencia de la Administración.

Otro punto a considerarse respecto a la protección especial de bienes supraindividuales o abstractos, es que las infracciones que los lesionan o ponen en peligro son de carácter *pluriofensivo*, debido a que el Estado como consecuencia directa de la corrupción que lo hace ineficiente, se ve imposibilitado de prestar, servicios públicos de educación, salud, asumir subsidios y hasta pagar el sueldo a sus funcionarios (*Ibid.*, p. 116). Por último, traemos a colocación el criterio de Luigi Ferrajoli, quien sostiene que la protección de bienes jurídicos ha cambiado a lo largo del tiempo, en especial a partir de la segunda mitad del siglo XIX, que es cuando la protección individual se desplaza hacia la protección del “*interés del Estado*”, en otras palabras, a la creación de abstracciones que sustenten la protección punitiva de los intereses estatales (2005, p. 468).

El italiano deja constancia de que en realidad no es posible alcanzarse una definición exclusiva y exhaustiva de bien jurídico, dado que *verbi gratia*, si los ubicáramos únicamente como derechos (derechos fundamentales), sería imposible justificar la penalización de conductas como el fraude fiscal o la malversación de fondos públicos, por lo que además se deban considerar bienes que, *sin ser derechos*, tienen relación con el interés general y son ciertamente indispensables en una administración libre de corrupción (*Ibid.*, pp. 471 y 472).

2 La delimitación y ante todo el sentido y alcance de la *responsabilidad ciudadana* como bien jurídico, a nuestro criterio, es bastante confusa y no podría ser explicada ni como derecho fundamental, menos aún como una abstracción que precise la protección penal del Estado. Al parecer nuestros legisladores, no repararon en esta imposibilidad de interpretación unívoca del bien que merece tutela, y esto lo convierte en un error de técnica legislativa que, por ejemplo, en ocasiones nos llevará a pensar se relaciona con la forma de actuar que se espera apliquen los “ciudadanos” (lo que dejaría fuera a los extranjeros) o en otras, como un mero principio programático.

3. El abuso de fondos públicos en Ecuador

3.1 Figuras de peculado antes de la vigencia del Código Orgánico Integral Penal: *El peculado genérico y el atenuado*

El delito de peculado, al tenor de las explicaciones históricas de Arturo Donoso Castellón, nació a la vida jurídica en nuestro primero Código Penal como un delito contra la hacienda nacional³, cuyos verbos rectores fueron básicamente el extravío, malversación y mala administración de los caudales y efectos del Estado y cuyos sujetos activos, debían reunir las calidades de tesoreros, administradores, contadores o servidores públicos en general (2008, pp. 125 y 126).

Séparse que el Código de 1837 dejó en claro la irrelevancia de que los procesados repusieren o reemplazasen los dineros a ellos confiados y que fueron destinados a usos diferentes a los legalmente establecidos (art. 332); la agravación de la conducta en el momento en que el mal uso de fondos públicos supuso la imposibilidad cumplir las funciones de la Administración (art. 333); y, la existencia no solo de la figura dolosa, sino también una culposa (art. 336). Con el paso de los años, la normativa se reformó y el delito de peculado genérico se ubicó en los primeros incisos del artículo 257 de los diferentes Códigos Penales, cuya expresión tipológica se compuso por la acción de abuso de fondos públicos o privados o de efectos que los representen, acompañado de las circunstancias complementarias referentes a que se lo llevó a cabo en beneficio propio o de un tercero; los bienes o fondos abusados estaban en poder del sujeto activo en virtud o en razón de su cargo; y, pudo consistir en desfalco, disposición arbitraria o cualquier otra forma semejante.

Es importante señalar aquí que el peculado en su redacción y elementos, mutó por la aprobación de leyes extrapenales. Por ejemplo, cuando se promulgó la Ley Orgánica de Administración Financiera y Control (1977), se agregó otra expresión delictiva rubricada como “malversación”, entendida como aquella aplicación o desvío de

3 Los Delitos contra la Hacienda Nacional (Arts. 332 a 340), se encontraron dentro del Capítulo I del Título VI, denominado como “*Del extravío, malversación y mala administración de los caudales y efectos de la hacienda nacional*”.

fondos a fines diferentes a los previstos en el correspondiente presupuesto, siempre que ese abuso se hubiese hecho en beneficio propio o de terceros y, con propósitos ajenos a la función pública. En esta misma de línea, la Ley No. 6, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 260 de 29 de agosto del 1985, incorporó cuatro artículos innumerados al artículo 257, que involucraron la creación de cuatro modalidades de peculados atenuados, cuyas penas no superaron en ninguno de los casos a los 5 años de prisión.

Distinción que como ya lo adelantamos, no logró ser justificada ni por el Preámbulo de la Ley 6, menos aún por la protección del bien jurídico supraindividual, que se mantuvo como la tutela a la Administración Pública y su correlativa eficiencia. Centramos así nuestra atención en una de esas tipologías, según el siguiente texto:

Inc. 1, Art. 257-C.- La misma pena [1 a 5 años de prisión] señalada en los artículos anteriores se impondrá a las personas elegidas por votación popular, a los representantes o delegados y a los funcionarios, empleados o servidores públicos que aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les hubiesen concedido contratos o permitido la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público.

Como se observa, esta construcción típica – parte del peculado, que realzó la prohibición del *aprovechamiento del cargo para hacer concesiones ilegales*, confluyó en lo que en la doctrina se conoce como un tipo penal en blanco; toda vez que el destinatario de la regulación, para una comprensión total de la prohibición, debía remitirse a todas las disposiciones que regulaban la contratación y compras públicas (Araujo, 2010, pp. 245 y 246); aspecto último que no podía, y como en efecto no ocurrió, ser un pretexto para que el sujeto activo se mantuviera al margen de su sentido deóntico. Eso sí, la mayor cantidad de expedientes judiciales que a la época se sustanciaron por conductas corruptas y que afectaron a los recursos públicos, eran justamente estas: las de otorgar contratos sin observar las directrices estatales vigentes, y esto era lo que los Asambleístas en los meses previos a la

aprobación final del COIP debían reparar para que no tuviera una consecuencia punitiva menor, ya que bajo ningún supuesto esta diferencia respeta una argumentación de racionalidad normativa.

Corrección o reforma normativa que no se produjo dicho sea de paso y más bien, deslindó del seguro de imprescriptibilidad y posibilidad de juzgamiento en ausencia de los responsables, como lo analizamos a continuación.

3.2 El delito de tráfico de influencias y el COIP

Con fecha 20 de diciembre del 2013, la Asamblea Nacional aprobó en segundo debate, el proyecto final de Código Orgánico Integral Penal y, observándose el proceso ordinario, lo remitió al Ejecutivo para el respectivo veto. El poder Ejecutivo, a la época representado por el ex Presidente Rafael Correa Delgado, remitió a los legisladores su veto parcial el 16 de enero del 2014, en el cual nada dijo u observó acerca de las descripciones y penas de los delitos contra la eficiencia de la administración pública. Una de esas leyes preceptivas fue el nuevo delito creado por la Asamblea, llamado “*tráfico de influencias*” (Art. 285), el que a pesar de estar dentro del Capítulo de la Responsabilidad Ciudadana y el Título de los delitos contra la eficiencia de la administración pública, dejó de ser una modalidad de peculado y expresó una pena, de aquellas que el COIP considera como las menos gravosas (hasta 5 años de prisión). El contenido del artículo 285 contiene dos conductas prohibidas:

La primera, contempla la pena de tres a cinco años de privación de libertad, al servidor público que, prevaleciéndose de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica, ejerce influencia en otro servidor, para obtener así un acto o resolución favorable a sus intereses o de terceros (Inc.1).

La segunda, registra una pena de 5 años, para el funcionario público que, aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejerce, se favorece o ha favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les concede contratos o permite la realización de negocios

con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público. Dentro del mismo tipo penal, se contempla también como sujetos activos, a los vocales o miembros de los organismos administradores del Estado o del sector público en general que, con su voto, cooperan a la comisión del ilícito (Incs. 2 y 3). Esta segunda figura, si hacemos un contraste simple con la norma derogada, es igual a la que constó como peculado menor en el artículo 257-C del ex Código Penal.

Lo dicho refleja que la Asamblea, contra todo sentido de lo acontecido en la *praxis* judicial y de los resultados de las estadísticas acerca de las conductas más frecuentes de corrupción pública, creó un doble rasero para el juzgamiento de conductas que atentan al buen manejo de los fondos del Estado. Nuestros legisladores decidieron así, sacar una conducta de un tratamiento rígido, a una instancia de gravedad mínima y hasta de tratamiento privilegiado.

Como se ha dicho, lo cuestionable es que precisamente una de las manifestaciones más claras y frecuentes en Ecuador del abuso de fondos públicos, es el otorgamiento de contratos contra normas expresas; por lo que no es difícil concluir que estaríamos quizá, ante una doble moral legislativa y gubernativa, que pretende dejar en la impunidad los actos de corrupción que mayor impacto están generando y generarán en el desarrollo del país.

4. Reforma normativa, favorabilidad e impunidad

En esta línea de explicaciones, sabemos que la impunidad, si acudimos a definiciones básicas de cualquier diccionario de la lengua española, se delimita como la circunstancia de no recibir castigo. Lo que no nos dicen las definiciones generales, es que la impunidad puede expresarse no solo en la falta de pena en el curso final de un proceso penal, sino que puede provenir de una estructuración desprolija de normas jurídicas. Según el Código Orgánico Integral Penal, son imprescriptibles solamente los delitos de peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito, crímenes de agresión a un Estado, genocidio, lesa humanidad, crímenes de guerra, desaparición forzada de personas y daños ambientales (Art. 75), por lo que el delito de *tráfico de influencias*, se someterá a las siguientes reglas generales:

- a. La prescripción de la acción, según el artículo 417, será del mismo tiempo del máximo de la pena, es decir, 5 años. Si, por ejemplo, funcionarios públicos en el año 2012 favorecieron a una empresa vulnerando expresas reglamentaciones de la contratación pública, al día de hoy, ya no podría ser sometidos al poder punitivo del Estado, ni en su instancia investigativa, menos aún en acusación y en sentencia que desvirtuó su presunción de inocencia. Por otro lado, asumiendo se inició el proceso penal en el año 2014, los órganos de justicia del país, tendrían tan solo hasta el 2019 para expedir su decisión definitiva.
- b. La prescripción de la pena en cambio, según el artículo 75, se dará en el tiempo máximo de la pena más el cincuenta por ciento, en otras palabras, en siete años y medio. Esto quiere decir, tomando lo principal de los ejemplos de las líneas precedentes, que, si hay una sentencia en el año 2016, el responsable podría esconderse para evadir el cumplimiento de la pena, hasta mediados del año 2023.

En todos estos supuestos en adición, el procesado no podrá ser juzgado en ausencia, por lo que bastaría no se presente a la audiencia de juicio para que el *ius puniendi* se trunque y culmine en una declaratoria de prescripción, que, para la sociedad, no sería más que la impunidad de la conducta corrupta.

Otro aspecto que debe decirse es que, aun asumiendo se reforma el COIP el día de hoy y se logra regresar la figura del tráfico de influencias a una modalidad de peculado y por ende, retorne a su estado de imprescriptibilidad y de factibilidad de juzgamiento en ausencia, esto se aplicaría tan solo a los casos que se produzcan desde que la norma aprobada se publique, es decir, a partir del 2018, en vista de que en el ámbito penal existe la vinculación de los principios de favorabilidad y del *in dubio pro reo*. Dicho de otra forma, las contrataciones irregulares que se efectuaron en los últimos años no podrán ser entendidas como abuso de fondos públicos, sino como una conducta de tratamiento punitivo leve, de la que cabe incluso, según el COIP, la aplicación de un procedimiento abreviado (Arts. 635-638) y hasta una suspensión condicional de la pena (Art. 650).

El mensaje que el Estado está dando con este tipo de normas entonces, no es otro que la tolerancia a esta forma de ejercicio ilícito del poder, lo que bien podría ser desarrollado en otro trabajo de

investigación como el incumplimiento de Ecuador de sus responsabilidades internacionales, en razón de la inobservancia de las obligaciones derivadas de instrumentos internacionales contra la corrupción y delincuencia organizada, por él suscritos y ratificados.

5. Conclusiones

En el caso ecuatoriano, la imprescriptibilidad de acciones y penas y la posibilidad de juzgamiento en ausencia, que consta en la Constitución de la República del Ecuador. Desde la aprobación del Código Orgánico Integral Penal, no es aplicable precisamente a una de las expresiones más claras de abuso de fondos públicos: el aprovechamiento del cargo por parte de funcionarios, para el otorgamiento de contratos irregulares.

Uno de los temas más debatidos en los últimos tiempos, es el relacionado con los delitos cometidos en contra de la administración pública, debido al daño que causan, no solo en las arcas estatales, sino en la implementación de políticas públicas en beneficio de la población, las cuales se traducen en ejercicio de derechos como: salud, educación, vivienda, entre otros. En ese sentido, existe una relación directa entre el perjuicio que se causa al Estado por delitos relacionados con la corrupción y el ejercicio de derechos.

Muchos tipos penales son insuficientes para regular conductas contrarias a la ley y que perjudican a la administración pública, por ello es necesario, que la tipificación de delitos como el tráfico de influencias, el aprovechamiento de sobrepagos, favorecimiento de compras públicas, lavado de activos que son producto de estos delitos, entre otros, sean tipificados de forma adecuada y precisa. Solo con una adecuada tipificación y posterior procesamiento, se puede evitar la impunidad en materia de delitos en contra de la administración pública.

Lo más preocupante es que, aún si la norma penal es reformada, la situación fáctica quizá no cambiaría, dado que mientras no se activen en debida forma los mecanismos preventivos y de concientización social acerca de la importancia de la eficiencia de la administración pública, poco o nada se podría hacer por encaminar el país hacia su efectivo desarrollo.

La actuación de la sociedad en contra de los delitos que afectan la administración pública es fundamental para combatirlos, no solo evitando cometerlos, sino denunciando su actividad si se tiene conocimiento. El rol del Estado es fundamental, no solo desde el ámbito penal, sino también desde la aplicación de políticas públicas que prevengan el cometimiento de este tipo de delitos, por medio de programas y acciones concretas, pues la lucha contra la corrupción no puede depender de tipos penales abundantes y con mayores sanciones.

6. Referencia bibliográfica

Doctrina y artículos

- Araujo, M. (2010). *Derecho Penal Económico: Los delitos socioeconómicos en la legislación ecuatoriana*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones.
- _____. (2015). El doble estándar o legalidad material y procesal diferenciada: El delito de peculado en Ecuador. *Revista Online Academia*. Recuperado de https://www.academia.edu/15551595/El_doble_est%C3%A1ndar_o_legalidad_material_y_procesal_diferenciada_el_delito_de_peculado_en_Ecuador
- Bettiol, G. (1995). *El problema penal*, Traducción del italiano por J. L. Guzmán Dálbora. Buenos Aires: Hammurabi.
- Camacho, G. (2000). Los principios de eficacia y eficiencia administrativas. *La Administración del Estado de Chile, decenio 1990-2000*. Chile: Editorial Conosur Ltda. Recuperado de https://www.academia.edu/5248755/LOS_PRINCIPIOS_DE_EFICACIA_Y_EFICIENCIA_ADMINISTRATIVAS_1
- Carbonell, J. (1999). *Derecho penal: concepto y principios constitucionales*. 3.ª ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Corcoy, M. (2004) *Manual Práctico de Derecho Penal Parte Especial: Doctrina, jurisprudencia, con casos solucionados*. 2.ª ed. rev. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Donoso, A. (2008). *Guía para Estudio de Derecho Penal, Parte General: Delitos contra el patrimonio y contra los recursos de la administración pública*. Quito: Editora Jurídica Cevallos.

- Dromi, R. (2001). *Derecho Administrativo*. 9.^a ed. act. Buenos Aires: Ciudad Argentina Editorial de Ciencia y Cultura.
- Ferrajoli, L. (2005). *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid: Editorial Trotta.
- Fletcher, G. (2008). *Gramática del derecho penal*. Traducción de Francisco Muñoz Conde. Buenos Aires: Hammurabi.
- Garzón, E. (1995). "Acerca del concepto de corrupción" en *Claves de razón práctica* No. 56, ISSN 1130-3689, pp. 26-39.
- Jescheck, H., y Weigend, T. (2002). *Tratado de Derecho Penal*. Granada: Comares.
- Laporta, F., y Álvarez, S. (1995), *La corrupción en los países desarrollados y en desarrollo. Un desafío de los 90*. Konrad-Adenauer Stiftung y Centro Interdisciplinario de Estudios sobre el Desarrollo latinoamericano.
- Longo, F., y Albareda, A. (2015). *Administración pública con valores: instrumentos para una gobernanza ética*. [Traducción de Gabriel Genesca]. Madrid: Instituto Nacional de Administración Pública.
- Lozada, A. (2001). *Mecanismos de Anticorrupción en el Derecho Constitucional Andino*. Investigación dentro de la Especialización Superior en Derecho Constitucional. Quito: Universidad Andina Simón Bolívar.
- Martínez-Buján, C. (2007). *Derecho Penal Económico y de la Empresa. Parte General*. 2.^a ed. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Maurach, R., y Zipf, H. (1994). *Derecho Penal Parte General*. Tomo I. Traducido por Jorge Bofill Genzsch y Enrique Aimone Gibson. Buenos Aires: Astrea.
- Sarrabayrouse, E. (2012). La crisis de la legalidad, la teoría de la legislación y el principio in dubio pro reo: Una propuesta de integración. En Montiel, Juan Pablo (ed.) *La crisis del principio de legalidad en el nuevo Derecho penal: ¿decadencia o evolución?*, Madrid: Marcial Pons Ediciones Jurídicas y Sociales S. A.: 31-54.
- Tiedemann, K. (1985). *Poder económico y delito*. Barcelona: Bosch.
- Zaffaroni, E, Alagia, A., y Slokar, A. (2002). *Tratado de Derecho Penal*. Buenos Aires: Ediar.

Normativa ecuatoriana:

Asamblea Nacional del Ecuador. (10 de febrero del 2014) *Código Orgánico Integral Penal* [Ley]. R.O. 180, 10 de febrero del 2014

Constitución de la República del Ecuador [Const.] (2008) R.O. 449, de 20 de octubre del 2008

Constitución Política de la República del Ecuador [Const.] (1998) R.O. 1, de 11 de agosto de 1998.

Ley No. 6, S.R.O 260, de 29 de agosto de 1985.

Análisis de los delitos contra la eficiencia de la Administración pública en el Ecuador

Juan Carlos Garcés Delgado

1. Introducción

EN EL MARCO del análisis de la eficiencia de la administración pública, se pretende analizar las conductas de los servidores públicos en su ejercicio, en especial, en lo referente a sus responsabilidades respecto de los fondos y bienes públicos. Este hecho se enmarca en el deber constitucional que tiene todo servidor público sobre el manejo responsable del manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos, y el cometimiento de infracciones en dicho servicio. Es así que se pretende analizar, la responsabilidad del servidor público frente a los delitos llamados de corrupción, cometidos por servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, tales como: los delitos de peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito, y tráfico de influencia.

La metodología usada en el presente artículo incluye un método descriptivo analítico, un enfoque netamente cualitativo y un modo normativo jurídico, que nos permite revisar la norma en movimiento, finalmente señalar que la técnica de investigación usada fue de análisis documental y normativo.

El presente trabajo, encuentra su justificación al aportar en un debate necesario sobre los delitos en contra de la administración pública y la responsabilidad directa e indirecta que existe por parte de los servidores públicos, y del análisis del factor de la prueba, sus elementos, circunstancias y efectos, en especial del incremento patrimonial del imputado y de la disposición arbitraria de bienes o servicios distintos al de sus funciones en el cargo de la administración. El artículo además revisa los efectos en la administración pública

latinoamericana de la corrupción y de los delitos efectuados por parte de los servidores públicos que se han aprovechado de fondos públicos de interés general en beneficio propio.

La administración pública es un organismo sistematizado en el que se crean servicios y se organizan y se distribuyen los bienes y los recursos del Estado, con el fin de permitir por medio de ellos, el ejercicio de derechos y obligaciones a los ciudadanos del mismo. Dicha actividad, es cumplida por el Estado por intermedio de todos sus servidores, quienes trabajan en beneficio del público en su representación, siendo el más alto deber del Estado el respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución, y esto lo hace por medio de su administración pública, que debe ser eficiente, eficaz y de calidad. Por lo tanto, la eficacia administrativa comprende a la “capacidad de las Administraciones públicas de lograr los objetivos que se propone como también, eso sí, de alcanzarlos utilizando tan solo los recursos que sean estrictamente necesarios” (Gómez Pomar, 2007, p. 132).

En el momento que el servidor público no cumple a cabalidad su labor, violentando derechos constitucionales, como el derecho a la petición, derecho al acceso igualitario a los servicios públicos, derecho a la tutela judicial efectiva, el derecho al debido proceso administrativo y judicial, el derecho a la seguridad jurídica, derecho a la motivación de los actos jurídicos emitidos; así como incumplimiento los principios básicos de la administración pública, como son el trabajar con ética y probidad, transparencia, planificación, eficacia, eficiencia y calidad, causando con ello perjuicio a las arcas del Estado, está obligado a reparar dichas violaciones al determinarse su responsabilidad por ello.

Respecto del marco teórico usado, el trabajo se respalda en estudios del penalista Ernesto Albán Gómez (2016), de José Cancino (2011) sobre los delitos en contra de la administración pública, y sobre la ética en la administración pública se revisan los planteamientos de Alberto Castro, es por intermedio de este último autor que se logran integrar las dos variables para obtener un adecuado análisis de la problemática planteada.

Respecto de la estructura del presente trabajo, en primer lugar, se analiza a la administración pública ecuatoriana, sus mandatos y principios generales, reconocidos en la Constitución de 2008. Inmediatamente se pasa a la revisión de la responsabilidad del servidor público en forma general, para pasar a profundizar en la responsabilidad penal. Después de ello, se analiza de forma individual los delitos más representativos en contra de la administración pública, tales como: el peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento ilícito, y tráfico de influencias. Finalmente, el análisis va más allá de lo jurídico para plantear algunas reflexiones respecto de los efectos negativos que provocan estos delitos como actos de corrupción que perjudican el bienestar general de los administrados.

1.1. La Administración pública en el Ecuador

La responsabilidad que tiene un servidor público a la hora de ejercer su labor, se encuentra detallada desde la Constitución de la Republica, en el Art. 11 núm. 9 segundo inciso, que indica:

El Estado, sus delegatarios, concesionarios y toda persona que actúe en ejercicio de una potestad pública, estarán obligados a reparar las violaciones a los derechos de los particulares por la falta o deficiencia en la prestación de los servicios públicos, o por las acciones u omisiones de sus funcionarias y funcionarios, y empleadas y empleados públicos en el desempeño de sus cargos.

Con especial cuidado la norma establece tres parámetros principales que abordan la responsabilidad del servidor público: 1) provocar violaciones de derechos constitucionales, 2) permitir o crear deficiencia en la prestación de servicios, que sería el resultado de su labor y 3) ejecutar acciones u omisiones en el desempeño de sus cargos, que se traduce en actos específicos de su trabajo.

Al ser el funcionario público una extensión del poder estatal, la representación física del Estado para el ciudadano, su responsabilidad sobre su patrimonio y sus servicios es principal, no puede dejar de ser evaluada y estar estrictamente regida a los mandatos legales.

1.2. Tipos de responsabilidad del servidor público

Ahora bien, la responsabilidad de un servidor público puede ser civil, administrativa y penal, tal cual lo indica igualmente el Art. 233 de la Constitución:

Art. 233.- Ninguna servidora ni servidor público estará exento de responsabilidades por los actos realizados en el ejercicio de sus funciones, o por sus omisiones, y serán responsables administrativa, civil y penalmente por el manejo y administración de fondos, bienes o recursos públicos.

Especialmente, al hablar de delitos contra la administración pública, el Estado protegerá mediante la normativa penal, el ejercicio del derecho a la igualdad de acceso a servicios públicos, igualdad entendida a la no discriminación, a evitar privilegios entre ciudadanos por condiciones políticas, económicas o sociales, concatenado a los principios de ética y transparencia que vigilará, en lo principal, que el servidor público proteja los intereses del Estado y del administrado en iguales condiciones y en total beneficio para ambos. Los derechos constitucionales de los ciudadanos no se materializarán sin la aplicación de los principios que rigen a la administración pública en la labor del servidor público.

1.3 La Administración pública y el derecho penal

El Derecho Penal es una rama del derecho que establece conductas prohibidas para los ciudadanos dentro de un territorio determinado, con miras a proteger los derechos constitucionales establecidos en la Carta Magna. Es decir, cada tipo penal protege un bien jurídico (derechos) protegido por la Constitución. Para Carlos Creus (1998), refiriéndose a los delitos contra la administración pública, estos delitos “protegen a la Administración Pública, preservando la regularidad de su funcionamiento y la legalidad de los actos administrativos, que pueden verse comprometidas por el acto arbitrario en el que el funcionario actúe más allá de su competencia, por la omisión de su actividad necesaria y aun por la injerencia ilegal de particulares en la esfera de competencia de la Administración” (p.248).

El Código Orgánico Integral Penal posee la tipificación de 17 conductas como delitos en contra de la administración pública (Art. 278 – 294), entre ellos están: Peculado, Enriquecimiento ilícito, Cohecho, Concusión, Incumplimiento de decisión legítima de autoridad competente, Ataque o resistencia, Ruptura de sellos, Tráfico de influencias, Oferta de realizar tráfico de influencias, Usurpación y simulación de funciones públicas, Uso de fuerza pública contra órdenes de autoridad, testaferrismo, Delitos contra los bienes institucionales de FF. AA. o Policía Nacional, Elusión de responsabilidades de las o los servidores de FF. AA. o Policía Nacional, Alteración de evidencias y elementos de prueba, Extralimitación en la ejecución de un acto de servicio, Abuso de facultades.

Criminológicamente hablando, estos delitos, se los conoce como “delitos de cuello blanco”, como los llamó el doctrinario Edward Sutherland (2016), llamados así por ser cometidos por personas con un estatus económico y social alto, educados, profesionales, que a simple vista parecería que no necesitan delinquir para obtener y mantener su posición social, no pertenecen a la criminalidad cotidiana, se entendería que por su perfil no deben de cometer estos actos. “Tanto más que se trata de personas, no solamente de un status elevado, sino también de ciudadanos a quienes se ha confiado el desempeño de una función pública, para la cual se requiere dignidad y responsabilidad especiales” (p. 15).

2. La responsabilidad penal del servidor público en el desempeño de sus labores

Las conductas establecidas en la ley como tipos penales que protegen a la Administración pública, pueden ser de dos tipos en cuanto al sujeto activo que lo comete: uno, y el más trascendental, los tipos penales en los que el servidor público comete la infracción. El servidor público está obligado a desempeñar su cargo respetando la ley y los procedimientos establecidos para el mismo, a precautelar los bienes del Estado y su buen nombre, en cuanto a realizar su trabajo con eficiencia, celeridad y respetando los derechos constitucionales de los administrados, en el momento en que no lo hace estará sujeto a sanción, en el caso penal, de una sanción privativa de libertad, una

multa y una reparación integral. El segundo de los tipos penales que establecen sanciones a los particulares administrados que irrumpen o malogran el eficiente desempeño de la administración con su actuación al evitar el cumplimiento de sus resoluciones y disposiciones.

El funcionario público obviamente debe ser el primero en dar ejemplo de respeto a la Administración del Estado. esta es una visión que ha ido cambiando con el tiempo debido a que anteriormente de hecho, la visión que se tenía del funcionario público era de un ciudadano superior, ajeno a las necesidades del ciudadano, con privilegios ante él por pertenecer al Estado. Actualmente, el servidor público tiene la obligación de anticipar las necesidades del ciudadano y ofrecerle los mejores beneficios como parte del Estado protector de derechos y garantías, se encuentra al “servicio” del ciudadano más no es un ciudadano superior.

La diferencia entre existir una responsabilidad penal y una responsabilidad administrativa está en la tipificación de la conducta en el Código Orgánico Integral Penal, que la convierte en un delito penalmente relevante. Todas las conductas penales típicas se rigen por el principio de mínima intervención penal del Estado, por lo que, si una conducta está tipificada en la ley, es por ser considerada muy perjudicial para la sociedad y el Estado. Hay que tener en cuenta que puede existir a la vez una conducta bajo responsabilidad penal y a la misma vez administrativa.

3. Tipos penales que protegen la Administración pública

Para que una persona pueda ser sancionada por un delito, la conducta prohibida debe ser tipificada, es decir, narrada textualmente en una norma, y debe ser, como lo dice el Art. 22 del Código Orgánico Integral Penal (COIP), una conducta penalmente relevante, aquella que cause actos lesivos, dañosos descriptibles y demostrables. Un delito entonces es una conducta típica, antijurídica y culpable.

Dentro de los delitos de la administración pública, podemos diferenciar como un primer grupo a los delitos llamados de corrupción, cometidos por servidores públicos en el ejercicio de sus funciones, y son los delitos de peculado, cohecho, concusión, enriquecimiento

ilícito, y tráfico de influencia. La corrupción es el abuso del poder público encargado (por elección, selección, nombramiento o designación) para obtener beneficios particulares (económicos o no) violando la norma en perjuicio del interés general o el interés público. (Montoya Yvan, 2015, p. 18). Estos delitos tienen las siguientes características en común como elementos del tipo:

Primero, poseen un sujeto activo calificado, (quien produce la infracción), al servidor público que tenga en su facultad disponer de bienes o efectuar un acto administrativo específico para consumir el delito, no puede ser un ciudadano común, aunque en el tipo de cohecho es reprimido tanto el funcionario público como el ciudadano que promueve el acto de corrupción. Realiza los actos ilícitos “en su potestad estatal y en beneficio propio o de terceros”, en perjuicio del Estado, en su capacidad para ejercer sus órdenes, resoluciones y funciones, existiendo privilegios para algunos ciudadanos, empresas afines al funcionario público o para el mismo. Debe probarse que el servidor público tiene la administración, custodia o tenencia de bienes, fondos, empleados, títulos o documentos, proyecto, contratos, estudios, informes públicos en razón de sus funciones. Con especial cuidado hay que destacar al sujeto activo que malversa o desvía fondos públicos ya que debe tener como facultad el controlar y administrar los mismos como parte de sus funciones.

[...]el sujeto activo del delito, desde luego, ha de ser un funcionario público; pero ha de ser un funcionario que cuente con competencias específicas para aplicar los fondos, es eso, que cuente con la facultad de disposición de los mismos, sin que baste el solo hecho de que el funcionario tenga a su cargo los fondos, o que los tenga en custodia o depósito (Guzmán, 2005, p. 257).

Segundo, el bien jurídico protegido, no será el derecho de un sujeto particular, sino la administración pública, en cuanto a la correcta utilización de sus recursos y además en cuanto a proteger su probidad y confianza en ella, al respetar el debido proceso administrativo en su normativa vigente. Los doctrinarios como Morillos Cueva, Ortiz de Urbina, Silva Sánchez, Guzmán Dálbora en su mayoría sostienen que como objeto de tutela de estos tipos penales, la Administración

Pública, en su aspecto funcional, se materializa en la correcta gestión del patrimonio público para la satisfacción de los intereses generales de la comunidad, objetivo que obviamente presupone el cumplimiento de los especiales deberes que el ordenamiento jurídico impone a determinados funcionarios (Rodríguez, 2006, p. 254).

Tercero, el sujeto pasivo, (víctima en quien recae la infracción) será cualquier entidad pública. Incluso, como en el caso del peculado bancario, aquellas instituciones privadas que por ley o por concesiones tengan la obligación de precautelar fondos, recursos o bienes públicos cometen delito contra la administración pública.

Hay que señalar que, en principio, el Estado es en estos delitos el sujeto pasivo; pero no considerado como el ente jurídico-político, titular de la soberanía (contra cuya integridad externa e interna atentan los delitos contra la seguridad del Estado tipificados en el Título I), sino en su fase administrativa, es decir en el desarrollo de las actividades dirigidas a satisfacer las necesidades de los ciudadanos y en las relaciones con estos. (Albán, 2016, p. s/n).

Además, todas las infracciones se lo harán con dolo, “el conocimiento de que se está dando los fondos a una aplicación pública diferente de aquella a que estuvieren destinados” (Rodríguez, 2006, p. 246) y también el conocimiento de realizar un acto administrativo en perjuicio del Estado por sobre el debido proceso que debe seguir.

En cuanto al acto de la malversación de fondos o distracción o indebida utilización de fondos públicos, la doctrina diferencia entre la malversación propia para aquellas conductas de apropiación en que el autor es un funcionario público y las impropias para designar aquellas que se cometen cuando el autor del hecho no es funcionario público, sino que es uno de aquellos sujetos a los que alcanza la malversación no por apropiación sino por mera distracción de fondos (Puig, 2000, p. 290). Los delitos de corrupción causan alarma social por su grave daño a la administración pública por cuanto atacan directamente al capital del Estado que proviene de impuestos obtenidos de las rentas de los ciudadanos y a la ejecución limpia y justa de sus órdenes y resoluciones para el bien común.

Según el catedrático Alberto Castro ha determinado dos clases de corrupción, según su naturaleza: la corrupción política, y la corrupción burocrática o administrativa y según su grado de desarrollo: la corrupción individual o directa y la corrupción sistemática o institucionalizada (Castro, 2014). Diferenciándose la primera de las segundas por el grado jerárquico administrativo y el poder político que poseen funcionarios públicos que los comenten y la forma en como se lo comete en el momento en que participan varios funcionarios en varias escalas de la administración. Analizaremos de forma sucinta los elementos indispensables de tipos penales más comunes de este grupo.

Como indiqué, los delitos de corrupción tienen siempre como elementos típicos del delito como sujeto activo: un funcionario público o quien actúa sobre la potestad estatal o quien se benefició de fondos públicos, un bien jurídico protegido: la administración pública y un sujeto pasivo: una institución pública representante del Estado perjudicada, el dolo ira promovido por el objetivo de obtener un beneficio para el sujeto activo o de un tercero en total conocimiento del perjuicio que se causa al Estado. Además, para que efectivamente se considere cometido el delito, es decir, probar materialidad de la infracción, es necesario:

[...]que se menoscabe, o se ponga en peligro, la recta funcionalidad de la administración pública, aun sin el enriquecimiento del delincuente, ya que, por un lado, basta la posibilidad de disponer, por parte del sindicado, de los bienes apropiados, sin que se exija el goce o disfrute, que puede o no llegar a ocurrir [...] (Cancino, 2011, p. 106).

Es decir, no solo puede probarse un lucro o incremento patrimonial del imputado sino también puede probarse la disposición arbitraria de bienes o servicios distintos al debido respecto de sus funciones en el cargo de la administración. Al final, únicamente se diferencian entre cada tipo penal por el verbo rector, que indica la forma de cometer el acto ilícito, 1.) Peculado: Tipificado en el Art. 278 del COIP, indica:

Artículo 278.- Peculado.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, en beneficio propio o de terceros; abusen, se apropien, distraigan o dispongan arbitrariamente de bienes muebles o inmuebles, dineros públicos o privados, efectos que los representen, piezas, títulos o documentos que estén en su poder en virtud o razón de su cargo, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

Si los sujetos descritos en el primer inciso utilizan, en beneficio propio o de terceras personas, trabajadores remunerados por el Estado o por las entidades del sector público o bienes del sector público, cuando esto signifique lucro o incremento patrimonial, serán sancionados con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

La misma pena se aplicará cuando los sujetos descritos en el primer inciso se aprovechen económicamente, en beneficio propio o de terceras personas, de estudios, proyectos, informes, resoluciones y más documentos, calificados de secretos, reservados o de circulación restringida, que estén o hayan estado en su conocimiento o bajo su dependencia en razón o con ocasión del cargo que ejercen o han ejercido.

El verbo rector será abusar, apropiar, disponer de dinero, títulos, bienes incluso personal laboral de del Estado. Tiene 8 incisos, con diferentes penas desde 7 a diez años a 10 a 13 años. Carlos Creus sostiene que este delito tutela:

[...]la regularidad del cumplimiento de las actividades patrimoniales del Estado, sea con relación a sus bienes propios, sea con relación a bienes privados sobre los cuales aquél haya asumido una especial función de tutela, por la naturaleza de las instituciones a las que pertenecen o por las especiales circunstancias en que se encuentran. Los tipos no protegen específicamente la propiedad de esos bienes (eso queda para los delitos contra la propiedad), sino la seguridad de su afectación a los fines para los cuales se los ha reunido o creado (Creus, 1995, p. 293).

Por lo que se castiga lo que la doctrina se llama malversación (apropiación o disposición indebida) de fondos, bienes, dineros, documentos, proyectos, informes, resoluciones públicas, ya que los mismos serían usados para un fin distinto al que debían ser usados

beneficiando al funcionario o a un tercero en perjuicio del Estado. Sobre el 1.1.) Peculado bancario: Tipificado en el inciso 4 y 5 del Art. 278 del COIP que indica:

[...] Son responsables de peculado las o los funcionarios, administradores, ejecutivos o empleados de las instituciones del Sistema Financiero Nacional o entidades de economía popular y solidaria que realicen actividades de intermediación financiera, así como los miembros o vocales de los directorios y de los consejos de administración de estas entidades, que con abuso de las funciones propias de su cargo dispongan fraudulentamente, se apropien o distraigan los fondos, bienes, dineros o efectos privados que los representen, causando directamente un perjuicio económico a sus socios, depositarios, cuenta partícipes o titulares de los bienes, fondos o dineros, serán sancionados con pena privativa de libertad de diez a trece años.

La persona que obtenga o conceda créditos vinculados, relacionados o intercompañías, violando expresas disposiciones legales respecto de esta clase de operaciones, en perjuicio de la Institución Financiera, será sancionada con pena privativa de libertad de siete a diez años. La misma pena se aplicará a los beneficiarios que intervengan en el cometimiento de este ilícito y a la persona que preste su nombre para beneficio propio o de un tercero, aunque no posea las calidades previstas en el inciso anterior. Las o los sentenciados por las conductas previstas en este artículo quedarán incapacitadas o incapacitados de por vida, para el desempeño de todo cargo público, todo cargo en entidad financiera o en entidades de la economía popular y solidaria que realicen intermediación financiera.

El objetivo de este artículo es precautelar los fondos públicos pese a que se encuentren en instituciones del sistema financiero y sean privadas. Los créditos vinculados, relacionados o intercompañías son aquellos que se realizan a los propios miembros del directorio de la institución financiera o sus socios o miembros del consejo de administración y vigilancia o a empresas afiliadas. El fin es evitar que al pertenecer a parte de la institución financiera puedan influir en la cobranza de estos créditos y evitar sus pagos, provocando la quiebra de lo misma.

1) Enriquecimiento ilícito, Tipificado en el Art. 279 del COIP, indica:

Art. 279 Enriquecimiento ilícito.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, que hayan obtenido para sí o para terceros un incremento patrimonial injustificado a su nombre o mediante persona interpuesta, producto de su cargo o función, superior a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, serán sancionados con pena privativa de libertad de siete a diez años.

Se entenderá que hubo enriquecimiento ilícito no solo cuando el patrimonio se ha incrementado con dinero, cosas o bienes, sino también cuando se han cancelado deudas o extinguido obligaciones.

Si el incremento del patrimonio es superior a doscientos y menor a cuatrocientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena privativa de libertad será de cinco a siete años.

Si el incremento del patrimonio es hasta doscientos salarios básicos unificados del trabajador en general, la pena privativa de libertad será de tres a cinco años.

El verbo rector será obtener, incrementar de manera injustificada patrimonio del funcionario, incluso en el momento en que hubiera podido solventar el pago de deudas u obligaciones. Se debe probar en este delito que el incremento patrimonial fue consecuencia derivada del ejercicio del cargo o función. “Si en el proceso no se demuestra esa relación entre actividad funcional e incremento, mal puede hablarse del delito de enriquecimiento ilícito, porque el enriquecimiento puede que aparentemente sea injustificado o ilícito, pero en la realidad puede ser fruto de una donación, de una lotería, del regalo de un amante y de muchas otras causas que excluirían el delito” (Cancino, 2011, p. 146).

3) Con relación al cohecho, tipificado en el artículo 280 del COIP, indica:

Artículo 280 del Cohecho. - Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, que reciban o acepten, por sí o por interpuesta persona, beneficio económico

indebido o de otra clase para sí o un tercero, sea para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones, serán sancionados con pena privativa de libertad de uno a tres años.

La o el servidor público, ejecuta el acto o no realiza el acto debido, será sancionado con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Si la conducta descrita es para cometer otro delito, la o el servidor público, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años.

El verbo rector será recibir, aceptar, ofrecer, agilizar, retardar, un beneficio económico o laboral para el funcionario o para un tercero. Las penas oscilan de 1 a 3 años, de tres a cinco años si ejecuta el acto o no realiza el acto debido, y si es para cometer otro delito cinco a siete años de privación de libertad. El administrado cree que existe una especie de compra venta de servicios de la administración con el funcionario público, que de otra manera serían difíciles de obtenerlos o requerirían un trámite dificultoso, por lo que de este modo obtendría un beneficio de la administración específico a su persona de manera “segura”. Estos servicios u ofrecimientos prometidos pueden o no cumplirse, la mayoría de los casos son simulaciones.

Respecto del análisis de este punto, es necesario dejar en claro que se trata de unos comportamientos simulados, que: “no corresponden a la realidad que contienen la descripción de la norma. El sujeto cree que está vendiendo la administración, está siendo en verdad sujeto de “entrampamiento” [...]” (Cancino, 2011, p. 134). El último inciso del artículo también sanciona al administrado, a ciudadano que como verbo rector de la conducta ofrezca, dé o prometa a un servidor un donativo o dádiva indebido o un bien de orden material, para hacer, omitir, agilizar, retardar, o condicionar cuestiones relativas a sus funciones. El último inciso del Art. 280 del COIP indica:

La persona que bajo cualquier modalidad ofrezca, dé o prometa a una o a un servidor público un donativo, dádiva, promesa, ventaja o beneficio económico indebido u otro bien de orden material para hacer, omitir, agilizar, retardar o condicionar cuestiones relativas a sus funciones o para cometer un delito, será sancionada con las mismas penas señaladas para los servidores públicos.

4) Sobre la concusión, tipificada en el Art. 281 del COIP, que indica:

Artículo 281.- Concusión.- Las o los servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, determinadas en la Constitución de la República, sus agentes o dependientes oficiales que abusando de su cargo o funciones, por sí o por medio de terceros, ordenen o exijan la entrega de derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, sueldos o gratificaciones no debidas, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

Si la conducta prevista en el inciso anterior se realiza mediante violencias o amenazas, la o el servidor público, será sancionado con pena privativa de libertad de cinco a siete años

El verbo rector será ordenar, exigir entrega de derechos, cuotas, contribuciones, rentas, intereses, sueldos, o gratificaciones no debidas. Con una pena que va de 3 a 5 años, a 5 a 7 años si la conducta es con violencia o amenazas. Existe un abuso de poder, que no necesariamente está ligado a las funciones específicas del funcionario público, puede utilizar únicamente su calidad, cargo o investidura de ser funcionario público para provocar la voluntad de ciudadano y obtener su gratificación ilegal.

Según Velázquez (1983) asevera que “el abuso puede concretarse en actos o en conductas que no entran en la competencia funcional del agente, pero que se concretan en un abuso de su calidad o condición. Por tanto, no es necesaria la competencia del funcionario para que se estructure el abuso, que es el elemento del delito.” (pp. 10-12)

5) Sobre el tráfico de influencias, Tipificado en el Art. 285 del COIP, que indica:

Artículo 285.- Tráfico de influencias.- Las o los servidores públicos, y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal en alguna de las instituciones del Estado, enumeradas en la Constitución de la República, prevaleciendo de las facultades de su cargo o de cualquier otra situación derivada de su relación personal o jerárquica, ejerza influencia en otra u otro servidor para obtener un acto o resolución favorable a sus

intereses o de terceros, serán sancionados con pena privativa de libertad de tres a cinco años.

El máximo de la pena prevista será aplicable cuando las personas descritas en el primer inciso, aprovechándose de la representación popular o del cargo que ejercen, se favorezcan o hayan favorecido a personas naturales o jurídicas para que, en contra de expresas disposiciones legales o reglamentarias, les concedan contratos o permitan la realización de negocios con el Estado o con cualquier otro organismo del sector público.

Están incluidos dentro de esta disposición las y los vocales o miembros de los organismos administradores del Estado o del sector público en general, que, con su voto, cooperen a la comisión de este delito.

El verbo rector será influenciar, prevaleciéndose de las facultades de su cargo, de relación personal o jerárquica a otro funcionario público para obtener resoluciones favorables, contratos, negocios. Este delito sugiere una red de corrupción entre funcionarios públicos y amistades de estos que conlleva que la Administración se rinda a sus requerimientos específicos por sobre la ley y el procedimiento.

Como bien lo manifiesta Muñoz Conde:

El tráfico de influencias en cadena es, por lo demás, una de las manifestaciones más frecuentes de la << corrupción política y administrativa >> y puede llegar a ser el germen de la verdadera organización criminal, constituyendo un aparato de poder dentro de la Administración que es difícil de sancionar penalmente en la medida en que, como antes decíamos, las influencias se derivan de las relaciones personales, amistades, parentescos, etc. no entran directamente en el tipo, salvo que se dé la situación de “pre valimiento”; los límites entre lo delictivo y lo simplemente inmoral son en esta materia difíciles de marcar” (Muñoz, 2012, p. 1046).

Se observa que se agrava la pena a la conducta cuando la realiza un funcionario de elección popular indicando la intención del legislador de proveer la responsabilidad que tienen aquellos que son cargos representativos del propio ciudadano a quien se deben. Finalmente, el segundo grupo de delitos contra la administración pública persiguen otro tipo de infractores como sujeto activo, en este caso serán los particulares quienes cometan el ilícito. “Así se distinguen los

delitos cometidos por funcionarios públicos por falta de probidad o en violación de sus deberes específicos, y los cometidos por particulares que entorpecen con su conducta la recta administración.” (Albán, 2016, p. 73).

Hablamos de los delitos de Incumplimiento de decisión legítima de Autoridad Competente, Ataque o Resistencia y Ruptura de Sellos, entre los más comunes.

Los elementos del tipo que poseen son: 1) Sujeto activo: serán los particulares, no es funcionario público, es el ciudadano común no perteneciente a la administración pública sino más bien regulado por ella. 2) el bien jurídico protegido: sigue siendo la administración pública. Este tipo de delitos pretende proteger el principio de seguridad jurídica que rigen las normas, órdenes y resoluciones emitidas por la administración pública, debido a que el sujeto activo no quiere acatar las disposiciones y reglamentos de ella. Protege el principio de jerarquía que posee la Administración pública. 3) el sujeto pasivo: será el Estado por intermedio de la autoridad competente, agentes de la fuerza pública o empleados públicos. De un análisis cuantitativo realizado en el Sistema de Gestión de la Defensoría Pública (SGDP), con el fin de consultar cuál es la mayor concurrencia de delitos contra la administración pública, en delitos flagrantes en la ciudad de Quito en el año 2018, pudimos obtener las siguientes cifras.

Tabla 1
Referencia de delito y causas

Tipo de delito	Número de causas
Ataque y resistencia (Art. 283 COIP):	53 causas
Cohecho (Art. 280 COIP)	1 causa
Concusión (Art. 281 COIP)	2 causas
Incumplimiento de decisión legítima de autoridad competente (Art. 282 COIP)	431 causas
Ruptura de sellos (Art. 284 COIP)	8 causas

Fuente: elaboración propia (2020).

Como podemos constatar a través las líneas anteriores, delitos como peculado, enriquecimiento ilícito, tráfico de influencias, que son infracciones que evidentemente causan una mayor lesión al estado ecuatoriano, y sin embargo no son judicializados en la medida en que deben de serlo, reflejando la verdadera trama de corrupción que existe en la administración pública. ¿por qué razón? Los responsables son ciudadanos con poder económico y político que actúan de manera dolosa en compañía y participación de varias personas, constituyendo verdaderas mafias de corrupción en altas esferas quienes, al tener ese poder dado por la propia administración, procuran ocultar cualquier indicio para no levantar sospechas de sus actos y perdurar en dicha posición.

Ataque y resistencia: Tipificado en el Art. 283 del COIP con una pena 6 meses a dos años, agravada si es cometida por varias personas a una pena de 1 a 3 años, y si utilizan armas de fuego a una pena de 3 a 5 años. Al ser uno de los elementos valorativos de este tipo penal el realizar actos de violencia o amenaza o incluso únicamente la meta resistencia en contra de agentes de la fuerza pública, por lo general quienes incurrn en un buen número de infractores son personas en estado étlico o estudiantes, obreros, miembros de movimientos sociales que participan en el marco de una manifestación, en la que salta, de forma inmediata, la pregunta: ¿existe gran perjuicio a la administración pública?

Incumplimiento de decisión legítima de autoridad competente: Tipificado en el Art. 282 del COIP con una pena de 1 a 3 años. En su mayoría los infractores son padres de familia que ha incumplido una boleta de auxilio. El tipo penal sanciona con una pena privativa de libertad de uno a tres años a quienes incumplan una prohibición u orden emitida por una autoridad, ¿cuál es el caso más típico? Un ciudadano que con conocimiento o sin él, se acerca a una persona que posee una boleta de auxilio en su contra. Así de frágil es la línea de la legalidad que se puede romper para que cualquiera de nosotros incurra en un delito contra el Estado.

En el delito de ruptura de sellos tipificado en el Art. 284 que tiene una pena de 1 a 3 años, se encuentran por lo general guardias de seguridad, administradores o meseros de bares o clubs nocturnos.

¿Podemos comparar el daño que se causa a la administración del Estado del segundo grupo de infracciones con el daño que causa la acumulación de riqueza de un político por medios fraudulentos o con la apropiación de medios estatales a favor de una familia o con la entrega de cargos públicos a cambio de dádivas? Creo que queda claro, hemos legislado para ser débiles contra el fuerte y fuerte contra el débil, porque el desfalco al Estado se traduce en desigualdad social, todos los ciudadanos se perjudican en el momento que el Estado no puede garantizar derechos y garantías por falta de presupuesto y verdadero interés por el bien común de sus administradores.

4. Efectos de la corrupción en la administración de justicia en Ecuador y América Latina

Como se evidencia, en la práctica jurídica, existe una diferencia marcada en el tratamiento judicial que se da respecto de cada grupo de delitos contra la administración pública que hemos analizado, los delitos del primer grupo, cometidos en general por políticos o ciudadanos con estrato social medio-alto, bajo los privilegios de funcionario público, son delitos cubiertos muchas veces de impunidad pese a causar grave daño económico y político al Estado, por cuanto se utiliza el mismo poder estatal a su favor para evitar su judicialización, siendo pocos y por razones políticas que son procesados, y los delitos del segundo grupo, que resultan ser perseguidos con todo el rigor pese al mínimo menoscabo causado como detractores de la administración.

En la actualidad política del país, el discurso estatal de los gobernantes y dirigentes políticos de turno, es el de erradicar la corrupción en todas las etapas y jerarquías de la administración del Estado, y sin embargo, vemos con frustración que al momento de judicializar estos casos, estos son dirigidos, como estrategia electoral y demagógica más no como política de transparencia y justicia, se crea la apariencia de que lo actual raya en la perfección y lo que antecedió como administración de gobierno siempre estuvo mal, fue corrupto e irresponsable y causó los males de la administración pública presente, por lo que los cambios desatinados y anti populares son “justificables” para apagar el incendio del gobierno predecesor. Además, se investigan únicamente a cierto grupo político y no se investiga y judicializa los

casos de quienes se encuentran en la administración del gobierno del momento, por ejemplo, el Caso Arroz Verde, versus la detención en Estados Unidos por lavado de activos de José Raúl de la Torre, funcionario de Petroecuador y sobrino del actual Contralor Subrogante, entre otros.

En estos delitos de corrupción hay una irresponsabilidad extrema por parte del servidor público, que desvía todos sus esfuerzos para no cumplir el debido proceso en los actos y las resoluciones de la administración dados a su cargo, como tampoco para servir y dar bienestar al administrado, o precautelar el patrimonio público, distrayendo estos recursos patrimoniales a su beneficio o de terceros bajo su favoritismo.

Analizados los delitos de corrupción, es necesario plasmar su concepto, entendiendo que: “La corrupción entendida como abuso de poder público para obtener una ventaja ilegítima en beneficio privado [...]” (Sánchez, 2015, p.205-228), está supeditada a ser investigada y judicializada a ese mismo poder político gobernante, lo que hace que al final su persecución y erradicación no sea verdaderamente imparcial y justa. Esa corrupción o “ventaja ilegítima” termina siendo trasladada a la administración de justicia viciando los procesos judiciales de impunidad. Ese es el mayor problema para erradicar la corrupción, que siendo el propio poder del Estado quien otorga los privilegios y los quita, hace que la justicia quede en manos, no de los jueces y su conceptualización y aplicación de justicia, sino únicamente a lo que dispongan los gobernantes de turno y sus conexiones.

Las personas que son juzgadas exitosamente por estos delitos son muy pocas, por muchas razones como se puede apreciar: debido a la injerencia de influencias políticas del régimen de turno, porque la misma ley permite exclusiones para algunos, porque aquellos que deben ejercer justicia están vinculados al hecho o son presionados por intereses particulares de las elites sociales para su impunidad que utilizan el poder de la prensa para hacerlo, es decir, no existe total independencia de los operadores de justicia al momento de analizar y juzgar este tipo de actos, por pertenecer al mismo círculo del poder estatal, mientras más injerencia política y jerarquía tiene el imputado mucho menos suele ser juzgado.

Como consecuencia de este tipo de delitos de corrupción y la forma en la cual están siendo procesados, ha aumentado la inestabilidad política y administrativa del Estado, destruyendo la seguridad jurídica e institucional y la confianza en las autoridades de la administración pública, tal cual se observó en el paro nacional del 2 al 13 de octubre del 2019 en Ecuador. El Gobierno, ante el clamor ciudadano, manifestó que las medidas económicas impuestas mediante decreto ejecutivo 883 se dicta para combatir el derroche de recursos económicos y malversación del Gobierno de Rafael Correa y equilibrar nuevamente la economía, que la revuelta se planeaba para derrocar su gobierno y parar los juicios propuestos contra la corrupción y se continuó con la persecución judicial a sus detractores políticos tratando de calmar los ánimos sin lograrlo; y como respuesta a esto, las luchas populares de indígenas y estudiantes declaraban nuevamente que su pedido es un gobierno con política social y económica equitativa, que su revuelta no era acompañada de ninguna bandera política más que cuidar sus derechos, y reprochaban actos como el uso de bienes públicos de parte funcionarios.

El resultado fue que se observó un país debilitado en su administración de gobierno, en su capacidad de respuesta ante la inconformidad popular y que además termina por sepultar la confianza que se tiene en la administración de justicia al utilizarla para manipular políticamente la aceptación del pueblo ante el régimen, y para impedir la protesta social por ser opositores como principal tesis de Fiscalía, lo que mancha también de corrupción al poder judicial al parcializarse con el poder ejecutivo. En Latinoamérica actualmente se ha dado una gran presión por “juzgar” los actos corruptos de gobiernos anteriores, como una nueva forma de legitimar el actual gobierno, sus actos y la tomar el poder por parte de partidos políticos contrarios a la ideología política del anterior régimen.

Se ha vuelto una lucha implacable que arrastra incluso a la familia de los investigados por estos delitos, pero curiosamente, los procesos han sido vistos y analizados a nivel de críticos politólogos extranjeros, en especial del continente europeo, como procesos fraguados con pruebas indiciarias, no suficientes, pero es el gobierno de turno quien somete al poder judicial, entre ministerio público y jueces, para

obtener resultados en estos procesos judiciales. Lo llaman *lawfare* o guerra judicial en español, que sostiene un abuso de los procedimientos judiciales nacionales e internacionales, manteniendo un aspecto de legalidad, con el fin de provocar repudio al oponente político. (Hard National Security Choices, 2010).

Y en esta guerra hacen uso indebido de instrumentos jurídicos para fines de persecución política, destrucción de imagen pública e inhabilitación de un adversario político. Combina acciones aparentemente legales con una amplia cobertura de prensa para presionar al acusado y su entorno (incluidos familiares cercanos), de forma tal que sea más vulnerable a las acusaciones sin prueba (Laborde, 2018, p. s/n).

5. Conclusiones

Ya no se usa el típico golpe de Estado como décadas pasadas, ahora la usurpación del poder es “legítima”, haciendo que la función judicial y los poderes fácticos como los medios de comunicación, deslegitimen los gobiernos y perfiles políticos por medio de la investigación de algunos actos de corrupción, en especial de los funcionarios públicos con mayor jerarquía o apoyo social del gobierno al cual desean retirar, es una pugna de poderes económicos y políticos que ahora utilizan la ley a su favor para lograr gobernar la administración del Estado. El Celag (Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica) califica al poder judicial como un potente espacio desde el que se despliegan, casi sin limitaciones, estrategias de desestabilización y persecución política, que destruye el principio de equilibrio de poderes, excluye la voluntad popular que muchas veces no tiene ganado el gobierno regente y se posiciona incluso sobre los otros poderes del Estado, operando bajo un completo espejismo de institucionalidad (Vollenweide y Romano, 2017).

Respeto de los organismos multilaterales en Latinoamérica y su lucha contra la corrupción a nivel jurisdiccional, destaca la Comisión Interamericana de Derechos Humanos quien define a la corrupción como “un complejo fenómeno que afecta a los derechos humanos en su integralidad –civiles, políticos, económicos, sociales, culturales y ambientales-, así como al derecho al desarrollo; que

debilita la gobernabilidad y las instituciones democráticas, fomenta la impunidad, socava el Estado de Derecho y exacerba la desigualdad” (CIDH, 2018).

Tal cual lo analiza la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, la gravedad de estos delitos es que afecta a los ingresos del Estado y con ello su capacidad de entregar al ciudadano servicios necesarios y oportunos para asegurar el cumplimiento de sus derechos.

La corrupción en la gestión de los recursos públicos compromete la capacidad de los gobiernos para cumplir con sus obligaciones de derechos sociales, incluidos salud, educación, agua, transporte o saneamiento, que resultan esenciales para la realización de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales y en particular de las poblaciones y grupos en condición de más vulnerabilidad (CIDH, 2018).

Los delitos contra la administración pública deben ser investigados y juzgados en iguales condiciones y con el mismo énfasis por parte de los operadores de justicia, tanto para los ciudadanos comunes para con funcionarios públicos de cualquier jerarquía, es así como efectivamente podemos hablar de una independencia de los poderes del Estado y como se logrará erradicar eficazmente la corrupción en todos los niveles.

Hay que recordar que el derecho penal se rige bajo los principios de mínima intervención penal y de oportunidad, en el cual la Fiscalía como titular de la acción penal debe establecer como parámetro de su investigación de manera primordial el daño antijurídico que se cometió en contra de un derecho o bien jurídico protegido y sus presuntos responsables, poniendo énfasis en aquellos delitos que causen mayor alarma social y perjudiquen a mayor cantidad de ciudadanos como son los delitos de corrupción, no por una estrategia política como ha sido enfocado particularmente en este momento histórico sino efectivamente para poder obtener una administración pública eficiente, un Estado responsable, protector, equitativo y justo. Coincidiendo con el criterio de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos:

Una justicia independiente e imparcial es indispensable para el combate efectivo de la corrupción. En algunos países de la región, la corrupción y

la impunidad han permitido a organizaciones criminales desarrollar y establecer estructuras paralelas de poder y cooptar el Poder Judicial, incluso en sus más altas Cortes (CIDH, 2018).

La corrupción en la administración del Estado afecta directamente al ciudadano en tanto y cuanto los recursos que posee la nación, sean estos bienes muebles o inmuebles, dineros, trabajadores o contratos son utilizados o creados para un fin distinto al que deben, afectando la capacidad económica que tiene, lo que se traduce en reducir las garantías de satisfacción de los derechos más básicos como la salud, educación, vivienda, seguridad social, y justicia; y al final la salida más fácil de los gobernantes al desfaldo económico ocasionado por la corrupción y la mala administración de los recursos, es imponer impuestos y contribuciones a la clase trabajadora, reducir el tamaño del Estado eliminando instituciones públicas con despido de miles de ciudadanos, suprimir subsidios y en definitiva trasladar el irresponsable manejo administrativo y económico de los representantes del gobierno a los ciudadanos que no han visto un centavo del dinero apropiado y menos de las garantías y derecho ofrecidos en la Constitución.

6. Referencias bibliográficas

- Albán, E. (2016). Manuel de Derecho Penal Ecuatoriano, parte especial. Recuperado de <https://www.fielweb.com/Index.aspx?10&nid=1060835#norma/1060835>
- Cabanellas, G. (2006). Diccionario Jurídico elemental, Editorial Heliasta,
- Cancino, A. (2011). Delitos Contra la Administración Pública, en Lecciones de Derecho Penal, Parte Especial, Colombia, Bogotá, Universidad Externado de Colombia.
- Castro, A. (2014). Legalidad, buenas prácticas administrativas y eficacia en el sector público: un análisis desde la perspectiva jurídica del buen gobierno. En: Buen Gobierno y Derechos Humanos. Nuevas perspectivas en el derecho público para fortalecer la legitimidad democrática de la administración pública, Perú. Lima, Facultad de Derecho PUCP.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos [CIDH] (2018). Resolución 1/2018, de fecha 16 de marzo del 2018, en: <http://www.oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-18-es.pdf>

- Creus, C. (1998). *Derecho Penal, Parte Especial*, Argentina, Editorial Astrea.
- (1995). *Derecho Penal, Parte Especial*, tomo II, Buenos Aires, Argentina, Editorial de Palma.
- Gómez, J. (2007). *¿Se puede medir la eficiencia de las Administraciones públicas?*, La Administración pública que España necesita, Círculo de Empresarios, Madrid.
- Guzmán, J. (2005). *Estudios y defensas penales*, Santiago de Chile, LexisNexis.
- Hard National Security Choices (2010). The Lawfare Institute. Recuperado de <https://www.lawfareblog.com/about-lawfare-brief-history-term-and-site>
- Laborde, O. (2018). La guerra jurídica o Lawfare. Recuperado de <https://www.pagina12.com.ar/86842-la-guerra-juridica-o-lawfare>
- Montoya, Y. (2015). *Manual Sobre Delitos Contra La Administración Pública*, Instituto de Democracia y Derechos Humanos de la Pontificia Universidad Católica del Perú y Open Society Foundations, Lima-Perú.
- Mir, C. (2000). *Los delitos contra la administración pública en el nuevo código penal*, Barcelona, JC Bosch.
- Muñoz, F. (2012). *Derecho Penal, Parte Especial*, México, Tirant lo Blanch.
- Sánchez, B. (2015). *Análisis de las novedades incorporadas al delito de corrupción en las transacciones comerciales internacionales por la Ley Orgánica 1/2005*, España, Estudios de Deusto.
- Rodríguez, L. (2006). La Desviación de los fondos públicos, aspectos dogmáticos y políticos-criminales, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Chile*, Valparaíso, Chile.
- Velásquez, G. (1980). Corte Suprema de Justicia de Colombia, Sala de Casación Penal, Auto del 14 de noviembre de 1980.
- Vollenweider, C., y Romano, S. (2017). La Judicialización de la política en América Latina. Centro Estratégico Latinoamericano de Geopolítica, Lawfare. Recuperado de <https://www.celag.org/wp-content/uploads/2017/03/LawfareT.pdf>

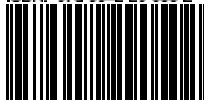


La Administración pública: un enfoque desde la teoría del Estado y los derechos humanos ocupa un espacio coyuntural importante, en la medida en que suple la recurrente necesidad de un texto de consulta y estudio que tenga su origen en el IAEN.

Como universidad pública de posgrado y referente de información y conocimiento para funcionarios del Estado, este libro analiza el actual contexto social y normativo. Lo que destaca a este estudio, más allá de revisiones del derecho o las finanzas públicas, es el abordaje que hace de otras ramas de la administración, desde propuestas teóricas y análisis comparativos históricos a desarrollos relevantes que han tenido lugar en la economía, la sociología, la política y estudios constitucionales.

La densidad de cada aproximación viene dada por la diversidad de especializaciones de las personas que escriben los artículos. Es así que esta obra ofrece reflexiones que iluminan la matriz de relaciones entre personas e individuos, el papel de las instituciones y las leyes, así como casos de estudio sobre características del propio desempeño de funcionarios.

ISBN: 978-9942-29-050-2



9789942290502