

# Análisis Económico de Derecho: el derecho a ser oído



**URSULA PATRONI VIZQUERRA**

Abogada por la Universidad de Lima.  
Magíster en Administración de empresas por la Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas.  
Máster en Derecho de los Negocios por la Universidad Francisco de Vitoria (España).  
Máster en Derecho y Administración Local por la Universidad de Burgos (España).  
Profesora de Derecho Administrativo en la Universidad de Lima.



## SUMARIO:

- I. **Introducción.**
- II. **Materialización del derecho a ser oído en el Procedimiento Administrativo Sancionador.**
- III. **Consagración constitucional del derecho a ser oído.**
- IV. **El derecho a ser oído como derecho supranacional.**
- V. **Conceptualización del análisis económico del derecho en el contexto del ejercicio del del derecho a ser oído.**
  1. **Maximización del interés.**
  2. **Precios implícitos.**
  3. **Racionalidad limitada en un solo punto.**
- VI. **Incentivos al ejercicio del derecho a ser oído.**
- VII. **Conclusiones.**

**RESUMEN:**

El presente artículo está dirigido a exponer cómo la forma discrecional en que el derecho a ser oído se encuentra regulado para los procesos administrativos sancionadores en la legislación nacional, no refleja las exigencias derivadas de la consagración en la Constitución y en los diversos instrumentos internacionales y cómo a su vez, genera una renuncia a la eficiencia de su ejercicio, desde la óptica del análisis económico del derecho.

**Palabras clave:** Análisis Económico del Derecho, Derecho a ser oído, Derecho a la Buena Administración, Debido procedimiento, Procedimiento Administrativo Sancionador, Derecho-garantía, Derecho Administrativo.

**ABSTRACT:**

The following article is aimed to expose how the discretionary manner in which the right to a hearing is regulated in the Peruvian national legislation regarding administrative penalty procedures does not reflect the requirements derived from its establishment in the Constitution and in several international treaties, and how, on the other hand, it generates a renounce to the efficiency brought by its exercise as a right, from the perspective of the economic analysis of law.

**Keywords:** Law and Economics, Economic analysis of law, the right to a hearing, the right to a good administration, Due process, Administrative sanctioning procedure, Right-Guarantee, Administrative Law.

**I. INTRODUCCIÓN**

El derecho a ser oído constituye no solo un derecho que el administrado puede ejercer, sino una garantía con la que cuenta en un procedimiento administrativo sancionador.

El derecho a ser oído, en palabras de Pastor de Peirotti (2008), *“significa que el administrado pueda ejercer su derecho de defensa, en cada una de las etapas del procedimiento”*<sup>1</sup>. Siendo esto así, resulta apropiado soportar lo dicho con una revisión de este derecho en nuestro ordenamiento jurídico.

La Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, recoge en su título preliminar, el principio del debido procedimiento, el cual pone de manifiesto que los administrados gozan de los derechos y garantías implícitos al debido procedimiento administrativo; esto implica una doble categoría: la de derechos y la de garantías. Asimismo, establece, a modo enunciativo y no limitativo, una serie de derechos-garantías, como el de solicitar el uso de la

palabra. Sin embargo, llama la atención que, en la redacción de este principio, seguidamente se señala *“cuando corresponda”*, lo que sugiere que no se trataría de un derecho absoluto, sino que su ejercicio estaría condicionado a la oportunidad.

De la revisión de la exposición de motivos del Decreto Legislativo 1272, decreto que modifica la Ley del Procedimiento Administrativo General, se advierte que, con relación al principio del debido procedimiento, se han efectuado precisiones a este para hacer referencia a tres aspectos. El primero, relacionado con el derecho a un procedimiento establecido de manera previa a la expedición de las diferentes decisiones administrativas a tomarse; el segundo, el derecho a que no se produzcan desviaciones a los fines del procedimiento; el tercero, el derecho de la garantía dentro del procedimiento administrativo, el cual considera, como un contenido mínimo, como es el derecho a ser oído, el derecho a ofrecer y producir pruebas, el derecho a obtener una decisión motivada, entre otros.

---

1. Irma Pastor de Peirotti y María Inés del C. Ortiz de Gallard, «El debido proceso adjetivo y el control de convencionalidad», ANUARIO DEL CIJS 11, (2008): 109.

Siendo esto así, el condicionamiento “*cuando corresponda*” que se puede advertir de la redacción del principio, con relación al derecho a ser oído, derecho que se materializa al solicitar el uso de la palabra en la audiencia de informes orales, solo puede estar supeditado a la oportunidad con relación al administrado, mas no con relación a la administración pública. Es decir, la determinación de cuándo corresponde o no debe pasar por una decisión del administrado a ejercer su derecho cuando considere que es necesario hacerlo. Por ejemplo, el administrado podría ejercer su derecho a ser oído luego de haber recibido el informe final de instrucción, dado que, en aquel, el órgano instructor ha establecido la responsabilidad del administrado por la comisión de una infracción. En ese momento, el administrado, más allá de presentar su posición con respecto al contenido del informe, ejercerá su derecho a ser oído para que sea el órgano resolutorio el que lo escuche y valore su posición, así como sus argumentos de defensa.

Se debe recordar que a través de la palabra hablada se ponen de manifiesto las funciones del lenguaje, como son la representativa, la emotiva y la apelativa. Esta última, en palabras de Portillo-Fernández (2021), “*hace referencia a la pretensión de influir en la conducta del receptor del mensaje*”.<sup>2</sup> Es así que la oralidad resulta imprescindible en situaciones en las que es el administrado quien toma la decisión de expresarse de manera oral para maximizar la posibilidad de que su posición sea no solo conocida por su interlocutor, que para el caso del procedimiento administrativo sancionador será el órgano resolutorio, sino para que además sea captada y genere una emoción, con lo que se busca la empatía entre el receptor y el emisor, para que el mensaje cale. Se produce en este proceso la participación necesaria de ambos: emisor y receptor.

Dada la importancia que representa tal oportunidad, esta no puede estar en manos de la administración pública, pues no le compete

determinar, de forma discrecional, cuándo el administrado puede ejercer o no su derecho. El órgano resolutorio, que inicia una nueva fase del procedimiento administrativo sancionador, va a conocer lo acontecido hasta el momento únicamente de la mano del informe final de instrucción y de lo que el administrado, mediante un escrito, haya podido expresar al respecto. No va a conocer los actuados en el expediente ni los hechos sucedidos ni nada fuera de lo que ambos documentos puedan señalar. ¿Cómo, entonces, podría el órgano resolutorio tomar una decisión para determinar si es pertinente o no escuchar al administrado? ¿Cómo podría decidir la administración pública si el administrado puede o no ejercer su derecho? ¿Cómo, pues, se podría hablar de la aplicación discrecional del ejercicio del derecho a ser oído?

En todo caso, a través del presente artículo, y con el apoyo del análisis económico del derecho, se intentará demostrar que no puede existir discrecionalidad para el ejercicio del derecho a ser oído y que se debería apostar por que la pertinencia en su ejercicio sea la regla, que siempre se busque la verdad material y se procure que el administrado cuente con todas las garantías durante la tramitación del procedimiento administrativo sancionador.

## II. MATERIALIZACIÓN DEL DERECHO A SER OÍDO EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR

Por definición, un procedimiento administrativo sancionador es la concretización del *ius puniendi* del Estado a través del ejercicio de la potestad sancionadora derivada de la función administrativa. El ejercicio de la potestad sancionadora está limitado, en primer lugar, a que la entidad de la administración pública que la pretende ejercer cuente con la atribución expresa de esta, concedida mediante una norma con rango de ley, para que se cumpla, así, con el principio de legalidad y, en segundo lugar, por

2. Jesús Portillo-Fernández, «La función apelativa en las paremias españolas: persuasión, consejo y advertencia. Estudio ostensivo-inferencial». *PAREMIA* 31, (2021): 207.

las garantías con las que cuentan los administrados como medios para asegurar el ejercicio de sus derechos.

Siendo sancionadora la naturaleza de este tipo de procedimientos —con los que se busca determinar la responsabilidad por la comisión de una infracción derivada del incumplimiento de las normas que la entidad tiene como función velar y, a partir de esa comprobación, establecer la sanción aplicable al incumplimiento probado—, no se debe perder de vista que, para llegar a determinar la responsabilidad, existen varios presupuestos a analizar. Por ejemplo, que la conducta —activa u omisiva— se encuentre tipificada como infracción de manera previa, que exista una relación de causalidad entre el sujeto imputado y la conducta constitutiva de infracción sancionable con base en el principio de causalidad, que, habiéndose superado estos dos puntos de análisis, no exista una situación donde se presenten condiciones eximentes de la responsabilidad por infracciones o que la potestad sancionadora no haya prescrito o que no haya caducado el procedimiento.

Esta verificación del cumplimiento de estos presupuestos antes descritos por parte de la administración pública permite que el administrado cuente con un debido procedimiento en la sede administrativa y que la responsabilidad que se le atribuya sea la que corresponde de acuerdo con la ley. Para arribar a esta conclusión, la autoridad administrativa debe agotar todos los elementos necesarios para llegar a la verdad material del expediente, la cual le va a permitir ejercer un razonamiento imparcial del que concluya la existencia o no de la responsabilidad por comisión de una infracción sancionable.

Para que esto sea así, el procedimiento administrativo requiere que exista una diferenciación entre las fases que en él se llevan a cabo. Existe una primera fase, que es la instructora, cuando el órgano instructor —autoridad distinta del órgano resolutorio— inicia el procedimiento san-

cionador imputando los cargos de los cuales se presume que el administrado es responsable y, con base en los descargos efectuados —incluso sin ellos, si el administrado decide no presentarlos—, realiza las actuaciones necesarias para el examen de los hechos, recabando los datos e informaciones que sean relevantes para determinar, en su caso, la existencia de responsabilidad susceptible de sanción.

Concluida, de ser el caso, la recolección de pruebas, la autoridad instructora del procedimiento finiquita esta fase determinando la existencia de una infracción y, por ende, la imposición de una sanción, o la no existencia de infracción. La autoridad instructora formula el informe final de instrucción, en el que se precisan, de manera motivada, las conductas que se consideren probadas constitutivas de infracción, la norma que prevé la imposición de la sanción y la sanción propuesta o la declaración de no existencia de infracción, según corresponda<sup>3</sup>.

En una segunda fase, a cargo del órgano resolutorio —autoridad distinta del órgano instructor—, se conoce el resultado de la fase instructora, a través del informe final de instrucción, y se conoce también la posición del administrado sobre este. Con esta información, el órgano resolutorio tiene que tomar la decisión de si el administrado es responsable o no, y, de serlo, qué sanción le impondrá. En este punto del procedimiento, resulta de vital importancia que el administrado pueda expresar su posición y ejerza su derecho de defensa ante el órgano que tomará la decisión sobre su caso. Si bien se ha señalado que el administrado puede presentar su posición sobre el informe final de instrucción, lo cierto es que el informe es un documento al que se arriba desde la particular óptica del órgano instructor, el cual, desde la imputación de cargos, ha elaborado su teoría del caso, como lo hace el fiscal en el ámbito penal, acomodando su actuación y la valoración de las pruebas que obran en el expediente para comprobar su teoría.

3. Texto Único Ordenado de la Ley 27444, Ley del Procedimiento Administrativo General, artículo 255.

No podría ser de otra forma, pues el órgano instructor debe tener cierto grado de convicción en la comisión de la infracción que es materia de imputación al administrado, que lo hace iniciar un procedimiento sancionador. Si esto no fuera así, se estaría vulnerando de un lado el principio de licitud respecto de las actuaciones de los administrados, se estaría generando que los administrados soporten la carga de ser parte de un procedimiento sancionador que no tendría mérito y, finalmente, se estarían asignando de manera ineficiente los recursos del Estado. En ese sentido, el inicio del procedimiento sancionador por parte del órgano instructor ya viene cargado de parcialización natural sobre lo que considera que es la materialización de una infracción, que buscará probar durante la fase instructora.

Con base en lo antes dicho, que fundamenta esta necesidad de la separación de funciones —tema bastante extenso para hacer un desarrollo—, resulta indispensable que el administrado pueda ejercer su derecho a ser oído ante el órgano que va a resolver. En este punto, el ejercicio del derecho a ser oído constituye una garantía fundamental del administrado. Estamos frente al momento en que el órgano resolutorio va a tomar una decisión sobre el administrado, decisión que viene inclinada en su contra, pues ya existe el informe final de instrucción, que ha determinado que es responsable. Es aquí cuando el administrado necesita defenderse de manera distinta y generar convicción en el juzgador mediante el uso de la palabra; necesita que quien resuelva conozca la real dimensión de los hechos, lo que ha sucedido, la justificación que el administrado encuentra para haber actuado —u omitido actuar— de la manera que ahora se pretende sancionar. Necesita poner de manifiesto las circunstancias que ocurrieron y las explicaciones alternativas a la teoría del caso que el órgano instructor ha planteado. No es suficiente ponerlo por escrito, no es suficiente que el órgano resolutorio lo lea. Los textos no siempre transmiten las emociones necesarias que la palabra oral sí puede, para generar em-

patía, tan necesaria para involucrarse en conocer la verdad material del expediente y resolver desde la imparcialidad de quien conoce y está en capacidad de emitir una resolución justa.

El derecho a ser oído cobra una vital importancia en los procedimientos administrativos sancionadores, en los que su ejercicio no puede verse condicionado a la discrecionalidad de la autoridad administrativa. El derecho a ser oído es una garantía que da contenido y forma parte del debido procedimiento, pues encarna tal importancia que se encuentra consagrado no solo a nivel constitucional, sino también a nivel supranacional, como se procederá a revisar en los siguientes acápite.

### III. CONSAGRACIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A SER OÍDO

El derecho a ser oído, como ya ha sido mencionado, es una de las garantías que forman parte del debido procedimiento aplicable en sede administrativa. Es así que el derecho a ser oído encuentra reconocimiento a nivel constitucional, pues el artículo 139, en su inciso quinto, de la Constitución Política Perú señala como principios y derechos de la función jurisdiccional la observancia del debido proceso y la tutela jurisdiccional. Al respecto, se podría pensar que el debido proceso y el debido procedimiento no necesariamente serían lo mismo y, por lo tanto, la construcción de la consagración constitucional del derecho a ser oído no tendría asidero legal.

Para resolver esta interrogante, se debe tener presente que el Tribunal Constitucional, máximo intérprete de la Constitución, se ha pronunciado señalando que *“si bien el inciso 3) del artículo 139 de nuestra Constitución establece que son “principios y derechos de la función jurisdiccional” la “observancia del debido proceso” y la “tutela jurisdiccional”, la eficacia de esta disposición constitucional no solo alcanza a los procedimientos judiciales, sino que también a los procedimientos administrativos sancionatorios”* —FJ 3—. <sup>4</sup>

4. «Resolución N.o 2659-2003-AA/TC», Tribunal Constitucional, acceso el 30 de mayo del 2022, <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2005/02659-2003-AA.pdf>

A partir de lo señalado por el Tribunal Constitucional, se zanja el tema, pues se advierte que el debido proceso, llamado debido procedimiento en sede administrativa, se encuentra también recogido en el artículo 139 y, por lo tanto, los administrados cuentan con la protección derivada de esta disposición constitucional con la garantía del derecho a ser oído.

No obstante, es importante indicar que el desarrollo sobre este punto ha sido más extenso. El Tribunal Constitucional ha manifestado que:

*“El debido proceso y los derechos que conforman su contenido esencial están garantizados no solo en el seno de un proceso judicial, sino también en el ámbito del procedimiento administrativo. El debido procedimiento administrativo supone, en toda circunstancia, el respeto —por parte de la administración pública o privada— de todos los principios y derechos normalmente protegidos en el ámbito de la jurisdicción común o especializada, a los cuales se refiere el artículo 139 de la Constitución” —FJ 4—. <sup>5</sup>*

Adicionalmente, el Tribunal Constitucional ha sido enfático en señalar que:

*“El debido procedimiento en sede administrativa supone una garantía genérica que resguarda los derechos del administrado durante la actuación del poder de sanción de la administración. Implica, por ello, el sometimiento de la actuación administrativa a reglas previamente establecidas, las cuales no pueden significar restricciones a las posibilidades de defensa del administrado y menos aún condicionamientos para que ta-*

*les prerrogativas puedan ser ejercidas en la práctica” —FJ 21—. <sup>6</sup>*

Queda claro, entonces, a la luz de los diversos pronunciamientos que ha tenido el Tribunal Constitucional sobre la materia, que la tutela jurisdiccional y el debido proceso se aplican en sede administrativa, como garantías ante el ejercicio de la potestad sancionadora de la administración pública. Esto no podría ser de otro modo, dado que, como se verá en el siguiente punto de análisis, los derechos-garantías que dan contenido al debido proceso o debido procedimiento, como es el caso del derecho a ser oído, tienen también un reconocimiento supranacional, por la importancia que su ejercicio reviste.

#### IV. EL DERECHO A SER OÍDO COMO DERECHO SUPRANACIONAL

En la Declaración Universal de los Derechos Humanos —suscrita el 10 de diciembre de 1948— se establece, en el artículo 10, el derecho de toda persona a ser oída, con las debidas garantías de igualdad y publicidad, por un tribunal independiente, de la manera que a continuación se lee: *“Toda persona tiene derecho, en condiciones de plena igualdad, a ser oída públicamente y con justicia por un tribunal independiente e imparcial, para la determinación de sus derechos y obligaciones o para el examen de cualquier acusación contra ella en materia penal”*.<sup>7</sup>

Por su parte, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre —suscrita en Bogotá, en abril de 1948— tiene la peculiaridad de consagrar este derecho utilizando el vocablo *ocurrir*; esto, para describir la facultad de dirigirse a los órganos judiciales<sup>8</sup>. En este

- 
5. «Resolución N.o 05085-2006-PA/TC», Tribunal Constitucional, acceso el 30 de mayo del 2022, <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2007/05085-2006-AA.pdf>
  6. «Resolución N.o 03741-2004-AA/TC», Tribunal Constitucional, acceso el 30 de mayo del 2022, <http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2006/03741-2004-AA.pdf>
  7. Asamblea General de las Naciones Unidas, «Declaración Universal de los Derechos Humanos», (París, 1948).
  8. IX Conferencia Internacional Americana, «Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre», (Bogotá, 1948).

sentido, pero de manera más precisa, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, también conocida como el Pacto de San José —suscrita el 22 de noviembre de 1969—, en el numeral primero de su artículo 8, dispone este derecho como aquel inherente a “*toda persona*” a “*ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente*”.<sup>9</sup>

De la misma manera, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos —aprobado por la Organización de Naciones Unidas el 16 de diciembre de 1966—, en el numeral primero del artículo 14, consagra el derecho de toda persona a ser oída, no sin antes hacer mención a las garantías de igualdad en el ejercicio de este derecho y, también, a las condiciones de publicidad en las que se materializa esta garantía: “*Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley(...)*”.<sup>10</sup>

Por otro lado, en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública, el derecho a ser oído tiene la particularidad de ser incluido dentro de aquellas garantías que se otorgan como parte del derecho fundamental a la buena administración pública. Concretamente, en el artículo 31 del mencionado instrumento internacional, se dispone este derecho a ser oído en el contexto de procedimientos administrativos, cuyos resultados puedan traducirse en la imposición de una medida que le resulte desfavorable al administrado: “*Derecho a ser oído siempre*

*antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente*”.<sup>11</sup>

El anterior enfoque se encuentra también reflejado en la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, en el numeral segundo del artículo 41, como parte de las garantías que se otorgan dentro del derecho a una buena administración. En la norma mencionada, la prerrogativa de ser oído se otorga a toda persona antes de ser sujeto de una medida desfavorable que como resultado de un procedimiento administrativo se expida, tal como se lee a continuación: “*El derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que le afecte desfavorablemente*”.<sup>12</sup>

Con base en los instrumentos internacionales antes reseñados, resulta interesante traer a colación el desarrollo de este derecho en las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos —en adelante, “la Corte”—. Este órgano supranacional ha establecido que el derecho a ser oído tiene una dimensión formal, así como un ámbito material de protección, y que, como garantía, no se limita al ámbito judicial, sino que es de aplicación al procedimiento administrativo, al señalar lo siguiente:

*“Si bien el artículo 8 de la Convención se titula “Garantías Judiciales”, su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, “sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales” a efecto de que las personas puedan defenderse adecuadamente ante cualquier acto emanado del Estado que pueda afectar sus derechos. De este modo, cuando la Con-*

- 
9. Conferencia Interamericana Especializada sobre Derechos Humanos, «Convención Americana sobre Derechos Humanos», (San José en Costa Rica, 1969).
  10. Asamblea General de las Naciones Unidas, «Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos», (Nueva York, 1966).
  11. XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno, «Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública», (Panamá, 2013).
  12. Parlamento Europeo, el Consejo de la Unión Europea y la Comisión Europea, «Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea», (Niza, 2000).

*vención alude al derecho de toda persona a ser oída por un “juez o tribunal competente” para la “determinación de sus derechos”, está refiriéndose a cualquier autoridad pública, ya sea administrativa, legislativa o judicial, que a través de sus resoluciones determine derechos y obligaciones de las personas. Por lo tanto, de lo señalado se desprende que cualquier órgano del Estado que ejerza funciones de carácter materialmente jurisdiccional tiene la obligación de adoptar resoluciones apegadas a las garantías del debido proceso legal en los términos del artículo 8.1 de la Convención Americana”.*<sup>13</sup>

Es así que, con relación al derecho a ser oído, la Corte, en cuanto al primer aspecto mencionado, el formal o meramente procesal, ha determinado que las exigencias derivadas de su consagración en el bloque de constitucionalidad de los países firmantes de la Convención se traducen en disponer de los medios de acceso al órgano cuya decisión reconocerá o denegará la existencia de un derecho. De ahí que sea fundamental la consagración en la normativa procesal de la oportunidad para dirigirse al fallador en las condiciones propias de aquellas garantías que hacen parte del debido proceso.

En cuanto al aspecto material, se ha dispuesto que dicha decisión debe ser el producto de un procedimiento dispuesto por el Estado que obedezca a los fines para los cuales fue concebido, es decir, el reconocimiento efectivo de un derecho o su denegación, si fuere el caso:

*“Ese derecho implica, por un lado, un ámbito formal y procesal de asegurar el acceso al órgano competente para que determine el derecho que se reclama en apego a las debidas garantías procesales —tales como la*

*presentación de alegatos y la aportación de prueba—. Por otra parte, ese derecho abarca un ámbito de protección material, que implica que el Estado garantice que la decisión que se produzca a través del procedimiento satisfaga el fin para el cual fue concebido. Esto último no significa que siempre deba ser acogido, sino que se debe garantizar su capacidad para producir el resultado para el que fue concebido”.*<sup>14</sup>

Por otro lado, la misma Corte, esta vez citando al Tribunal Europeo de Derechos Humanos, ha establecido cómo el derecho a ser oído se traduce necesariamente en la obligación, por parte del fallador, de evaluar y pronunciarse sobre las alegaciones y pruebas que las partes hayan aportado en el ejercicio de este derecho, aun si estas no fueran parte fundante de la decisión que eventualmente va a tomar, de la manera en que a continuación se lee:

*“Sobre el particular, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha señalado que la exigencia de que una persona “sea oída equitativa, públicamente y dentro de un plazo razonable, por un tribunal independiente e imparcial” es equiparable al derecho a un “juicio” o a “procedimientos judiciales” justos. Al respecto, el Tribunal Europeo ha desarrollado el criterio según el cual un procedimiento justo supone que el órgano encargado de administrar justicia efectúe “un examen apropiado de las alegaciones, argumentos y pruebas aducidas por las partes, sin perjuicio de sus valoraciones acerca de si son relevantes para su decisión”.*<sup>15</sup>

De acuerdo con lo expuesto en los instrumentos internacionales, el derecho a ser oído corresponde a una garantía que es ejercida por

- 
13. Corte IDH. «Caso Petro Urrego vs. Colombia. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas», sentencia del 8 de julio del 2020, serie C N.o 406: 119.
  14. Corte IDH. «Caso Barbani Duarte y otros vs. Uruguay. Fondo, reparaciones y costas», sentencia del 13 de octubre del 2011, serie C N.o 234: 122.
  15. Corte IDH, «Caso del Tribunal Constitucional (Camba Campos y otros) vs. Ecuador. Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas», sentencia del 28 de agosto del 2013, serie C N.o 268: 182.



aquel que es sujeto de la potestad sancionadora, en cuanto a la eventual imposición de sanciones, cuando sea establecida su responsabilidad por la comisión de conductas tipificadas. Este derecho debe ser ejercido en un plazo razonable, en condiciones de igualdad y ante un tribunal competente. Su consagración en el bloque de constitucionalidad exige que los Estados adecúen su institucionalidad desde una perspectiva formal, esto es, disponiendo en su normativa procesal la oportunidad para su ejercicio —como lo es la solicitud de audiencia—, como también, desde la perspectiva material, asegurándose de que este haga parte de un medio —es decir, el proceso mismo—, para la consecución de los fines propuestos, la determinación de un derecho o su eventual denegación.

Por último, aquello que en virtud del ejercicio del derecho a ser oído sea puesto en conocimiento de quien es llamado a emitir un pronunciamiento debe ser objeto de una evaluación y posterior pronunciamiento, aun si estos no se encontraran en la parte fundante de la decisión, conforme con lo establecido por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y la Corte.

## V. CONCEPTUALIZACIÓN DEL ANÁLISIS ECONÓMICO DEL DERECHO EN EL CONTEXTO DEL EJERCICIO DEL DERECHO A SER OÍDO

Con relación al análisis económico del derecho —en adelante, “AED”—, si nos fijásemos en nociones bastante básicas, encontraríamos que este corresponde al estudio del derecho conforme a los conceptos y métodos de la economía, tal y como lo expone Lozano Rodríguez (2016).<sup>16</sup> Sin embargo, la mencionada autora trae a colación otras definiciones, que, para los propósitos de este artículo, resultan ser más esclarecedoras. Menciona, así, cómo la Economía y sus métodos sirven al Derecho, en el sentido

de explicar y predecir la conducta humana que se desprende de una norma jurídica.

De acuerdo con lo anterior, se hace un énfasis en la forma en cómo la economía se presenta como aquello que nutre el derecho y le hace comprender la dimensión psicológica que crean las normas en sus destinatarios. Lo señalado tiene una enorme relevancia en los ámbitos del derecho en donde la comprensión, la explicación, la predictibilidad y, por tanto, la reprochabilidad de la conducta de una persona ante una norma jurídica son el objeto mismo del ejercicio de una potestad estatal, como es la de sancionar; de ahí que el AED no sea ajeno a aquellas herramientas de la economía que puedan contribuir en la solución de las inevitables fricciones entre el individuo y el Estado, como lo anota Andrés Roemer,<sup>17</sup> en cuanto al estudio de situaciones que él define como de no mercado, como el Derecho Penal, en donde los planteamientos de Bentham y sus postulados acerca de la maximización racional del individuo en todas las esferas de la vida humana encuentran uno de sus ámbitos de aplicación.

Por otro lado, en la discusión actual del AED se encuentra superada la visión según la cual este es inherente a aquellos sistemas jurídicos que se enmarcan en la tradición del *common law*, en donde funge como una importante herramienta de predicción de aquellas decisiones en virtud de las cuales el derecho en sí mismo se encuentra en constante construcción. De otro lado, y gracias a la consagración del precedente vinculante en los sistemas continentales, que desdibuja una frontera infranqueable entre los dos sistemas, el AED no debe descartarse como posibilidad ajena a aquellas con voz autorizada, como lo es la dogmática jurídica o la teoría del derecho, toda vez que se debe considerar que hay elementos que surgen de análisis propios de la sociología o política jurídica que contri-

16. Eleonora Lozano Rodríguez, *Teoría y puesta en práctica del análisis económico del derecho colombiano*, (Bogotá: Universidad de los Andes, 2016).

17. Óp. cit. pág. 8.

buyen al derecho y que se asemejan a aquellos que el análisis económico aporta. Lo anterior hace concluir que el AED, en los sistemas continentales, no estaría relegado a una simple herramienta de predicción de las decisiones judiciales, porque es tomado, al igual que la sociología o la antropología, como una fuente de elementos de los cuales el derecho mismo puede informarse.

Regresando a lo anotado en párrafos anteriores, una de las corrientes por las cuales el AED se ha encauzado, producto de su evolución, es aquella que se define como neoinstitucional, la cual constituye un enfoque interdisciplinario en el que tienen cabida argumentos propios de la ciencia económica, desde luego, pero también de las ciencias neurológicas, la filosofía y la psicología, dirigidos a la comprensión del comportamiento humano, lo cual, como se ha señalado, resulta fundamental al momento de ejercer la facultad sancionadora a cargo de un órgano estatal. Sin embargo, en lo que respecta estrictamente a la ciencia económica, tratadistas como Lozano Rodríguez se han esforzado en establecer cuáles serían los contenidos propios de esta disciplina que los abogados deberían interiorizar o, que es lo determinante, hacer propios, para aproximarse a los fenómenos jurídicos. Para estos propósitos, se trae a colación lo que plantea la escuela de Chicago, cuando afirma que estos presupuestos principales corresponden a *“la racionalidad del comportamiento de los individuos, la eficiencia como finalidad de las decisiones racionales y las normas jurídicas como mecanismo de incentivos traducibles a precios que inciden en la conducta de los individuos”*.<sup>18</sup>

Desde luego, es el concepto de la eficiencia aquel del que se ocupa la ciencia económica con voz autorizada y, por lo tanto, corresponde, en lo que respecta al AED, a un enfoque tradicional. Sin embargo, aquello no ha sido óbice para que el comportamiento humano sea ajeno a estos análisis, en especial cuando se trata de conductas que penden de la existencia de una norma jurídica. Lozano Rodríguez toma lo expuesto por Cossio y Stigler, por ser precisamente estos autores los que abordan el concepto de eficiencia desde la perspectiva de la aplicación de las normas, lo cual se traduce en determinar, en un primer momento, los comportamientos que se originan en la existencia de una norma y, en un segundo momento, si aquellos comportamientos se proyectan en situaciones eficientes; todo lo anterior, tomando como herramienta a la microeconomía. Se reitera entonces que, incluso en los enfoques más tradicionales, la comprensión del comportamiento encuentra su espacio.

Después de lo señalado, y a pesar de que excede los propósitos de este artículo el exponer todas las herramientas que desde la ciencia económica se han precisado para realizar una aproximación al comportamiento humano, es de gran utilidad rescatar tres postulados que, a su vez, son abordados por Lozano Rodríguez en su obra, no sin antes mencionar a aquellos autores<sup>19</sup> que los han formulado: la maximización del interés, como objetivo de la elección individual,<sup>20</sup> la forma en la que las sanciones se transforman en precios implícitos que determinan el comportamiento individual<sup>21</sup> y, por último, la racionalidad limitada que informa las elecciones individuales.<sup>22</sup>

18. Óp. cit. pág.13.

19. Como se evidencia en los párrafos posteriores, son constantes las referencias a autores como Bentham, Krugman y Wells, Herbert Simon, como también Cooter y Ulen.

20. Eleonora Lozano Rodríguez, *Teoría y puesta en práctica del análisis económico del derecho colombiano*, (Bogotá: Universidad de los Andes, 2016): 40.

21. Óp. cit. pág. 39.

22. Óp. cit. pág. 41.

### 1. Maximización del interés.

En desarrollo de lo anterior y abordando, en primer término, el concepto de la maximización, como el móvil de la elección individual, es útil recordar que, conforme a la economía, los individuos aprovechan las oportunidades que se les presentan para obtener mejoras, lo cual se traduce en la maximización de su interés individual. Estas mejoras están determinadas por el concepto de precio, esto es, aquellos costos en los que se incurre, pero también están determinadas por las preferencias, lo cual permite establecer un orden en las alternativas de acuerdo con cuál de ellas reporta una mayor satisfacción de sus necesidades, orden que recibe la denominación de utilidad. Adicionalmente, en este punto es necesario referirse al concepto de incentivos, como elementos que pueden influir en la conducta, toda vez que representan la eventualidad de una recompensa por elegir un curso de acción determinado.

### 2. Precios implícitos.

De regreso a lo escrito anteriormente, en particular, a lo referido al concepto de precio, es necesario establecer que, cuando un Estado considera que una conducta debe ser proscrita, y en virtud de tal decisión se establece una sanción en una norma jurídica, esta hace las veces de precio implícito, en tanto que su imposición y la inminencia percibida de las consecuencias de su imposición tienen la capacidad de influir en las elecciones individuales, de la misma forma en que lo hace el costo que representa el pago de un precio. Así, para exponer el punto anterior con un ejemplo, una refinería de petróleo, con conocimiento de aquellas conductas que se encuentran prohibidas con la finalidad de salvaguardar el medio ambiente y consciente del costo que representa la imposición de la sanción, comparará los costos de la sanción con los costos de hacer su operación más segura y menos tóxica, siempre que perciba como inminente la imposición de la sanción y las consecuencias que de esta se desprenden, cuestión que en última instancia, depende de la existencia de un Estado capaz de hacer cumplir las normas que promulga.

### 3. Racionalidad limitada en un solo punto.

Por último, Lozano Rodríguez se vale de los planteamientos de Krugman y Wells en materia de economía conductual para recordarnos que la búsqueda de una solución perfecta es inherentemente costosa para los individuos, al punto de que al momento de realizar elecciones pueden optar por alternativas buenas y no necesariamente perfectas, entonces aparece que la maximización del interés es relativa y la racionalidad es limitada por la disponibilidad de la información y el tiempo, elementos que se emplean al momento de tomar una decisión, al igual que las limitaciones cognitivas de cada sujeto económico, propias de las situaciones de incertidumbre.

Inclusive, desde la aplicación del criterio de Pareto, adoptar una alternativa buena y no perfecta permite la mejora sin que esto signifique que ningún otro individuo empeore, pese a las limitantes expuestas de la racionalidad.

Así las cosas, de las anteriores líneas es posible concluir que los fenómenos que ocurren en la esfera económica son tan ineludibles, apremiantes e influyentes como aquellos que se manifiestan en otros ámbitos de la vida humana y que encuentran una voz autorizada para su estudio en la sociología, en la antropología o en la ciencia política, disciplinas que tradicionalmente han sido aceptadas en el corazón en la hermenéutica jurídica, sin hacer parte ni de la dogmática ni de la teoría del derecho.

Como fue anotado al principio de este artículo, las herramientas y postulados que desde la economía se toman para construir el AED son fundamentales para una comprensión de la conducta humana. De ahí que, cuando se trata del ejercicio de la potestad sancionadora por parte del Estado, su utilización sea ineludible, debido a que es de la naturaleza de esta actuación un juicio de reprochabilidad, esto es, determinar si le era posible a un individuo actuar de manera distinta con ocasión de las circunstancias en las que se encontraba al momento de cometer la conducta proscrita. El máximo tribunal de lo contencioso administrativo en

Colombia, el Consejo de Estado, define el juicio de reprochabilidad de la siguiente manera: *“La posibilidad de declarar responsabilidad depende en todo momento de la necesaria realización de un juicio de reprochabilidad, que implica que solo actúa culpablemente aquella persona que, de acuerdo con el ordenamiento jurídico, podía proceder de otra manera”*.<sup>23</sup>

Entonces, si el objetivo es lograr que el Derecho haga propios aquellos argumentos que le permitan establecer la naturaleza de una conducta particular al momento de imponer una sanción —y aquella decisión será, en últimas, una norma en sí misma—, es menester identificar cuál es el vehículo eficiente para alcanzar dicha finalidad, por lo que, en este punto, es pertinente analizar desde el AED el ejercicio del derecho a ser oído en un procedimiento administrativo sancionador.

## VI. INCENTIVOS AL EJERCICIO DEL DERECHO A SER OÍDO

Tomando en cuenta lo señalado en el acápite anterior, y con el propósito de demostrar que el ejercicio del derecho a ser oído no puede constituir una potestad discrecional de la administración pública, con base en el análisis económico del derecho efectuaremos una valoración de este, fijando la atención en los incentivos que produce.

En el procedimiento administrativo sancionador, en la fase resolutive, el hecho que el administrado ejerza su derecho a ser oído maximiza los intereses tanto del administrado como del órgano resolutive. Se ha hecho referencia en extenso a la maximización de los intereses del administrado, al expresar su posición y su defensa de manera oral y lograr con ello la empatía con el receptor, en la búsqueda de convencerlo. En este punto, no cabe duda que contraargumentar y rebatir la teoría del caso planteada por el órgano instructor implica me-

jorar la posición del administrado sin que nadie empeore en la suya, más allá del resultado que se obtenga, que, en principio, ciertamente será más favorable, aunque no sea absolutorio.

Y se señala que será más favorable porque el órgano resolutive contará con todos los elementos necesarios para tomar la decisión, porque, desde el punto de vista de la maximización de los intereses de la administración pública, al escuchar al administrado, el órgano resolutive va a estar más cerca de la verdad material del procedimiento. Se encontrará en la mejor posición para tomar una decisión sobre el caso, pues no solo conoce la teoría del caso planteada por el órgano instructor en el informe final de instrucción, sino que conoce también de primera mano los hechos y circunstancias que han motivado la acción u omisión que ha sido materia de imputación, así como todos los elementos de defensa del administrado, incluyendo las nulidades que se pueden haber generado durante la tramitación del expediente.

Siendo esto así, la posibilidad de que la resolución emitida por el órgano resolutive contenga vicios de nulidad se minimiza notablemente, debido a que los vicios detectados por el administrado y no evidenciados por el órgano instructor serán puestos de manifiesto en ese momento, lo que le permite a este órgano subsanarlos, superarlos o, en su defecto, declarar las nulidades que correspondan por su existencia, sin tener que esperar que el administrado, vía la interposición de un recurso administrativo, solicite las nulidades por los vicios advertidos.

En este punto, aplicando la teoría de los precios implícitos, el órgano instructor ponderará los costos que significa el hacer o no un trabajo respetando los caracteres del procedimiento sancionador. Por un lado, tendrá el costo de realizar un trabajo a cabalidad, lo cual ordinariamente consume más tiempo y recursos, versus el costo de cumplir, pero generando vicios,

23. «Consejo de Estado, Sección Tercera, Subsección C, 22 de octubre de 2012, 05001-23-24-000-1996-00680-01(20738)», Consejo de Estado del Gobierno de Colombia, acceso el 20 de marzo del 2022, [https://www.consejo-deestado.gov.co/documentos/boletines/117/S3/05001-23-24-000-1996-00680-01\(20738\).pdf](https://www.consejo-deestado.gov.co/documentos/boletines/117/S3/05001-23-24-000-1996-00680-01(20738).pdf)

que puede efectuarse, en principio, en menos tiempo, pero con la posibilidad de que los vicios en los que se incurran sean advertidos por el órgano resolutorio, con la consecuencia negativa en tiempo y en mala utilización de recursos, además de la sanción funcional que puede acarrear. Es así que, en aplicación de los precios implícitos, resultará más eficiente cumplir en la fase instructora con la tramitación del procedimiento administrativo de acuerdo con la ley que no hacerlo, y que esto sea conocido por el órgano resolutorio a través del administrado, en ejercicio de su derecho a ser oído.

De otro lado, dado que la resolución del procedimiento administrativo sancionador es más favorable para el administrado en cuestión de eficiencia, existen menos incentivos para que el administrado plantee un recurso administrativo contra la resolución misma, pues esta no contendrá agravios que deban ser conocidos por un superior jerárquico.

Siendo esto así, se logran pronunciamientos más justos, y el administrado no tendrá que invertir tiempo y dinero en conseguir que lo resuelto esté ajustado a derecho; además, como contracara de la misma moneda, no se tendrá a la administración pública invirtiendo tiempo y recursos en enmendar pronunciamientos viciados o que no han sido resueltos de una manera idónea por falta de conocimiento del caso, como suele ocurrir en la actualidad.

En este punto del análisis, las fórmulas utilizadas para negar el ejercicio de este derecho, basadas en que los argumentos expuestos por las partes y las pruebas ofrecidas serían suficientes para resolver la cuestión controvertida, desde un punto de vista económico, terminan generando mayores costos en la administración y en el administrado, pues el hecho de que estén materializados en el expediente dichos argumentos no blindan el pronunciamiento de errores en los hechos, desconocimiento de lo sucedido, parcialidad en lo resuelto, ni de vicios en la tramitación. Lo único que justifica esta motivación utilizada para defender la discrecionalidad y negar el ejercicio de este derecho es que no se vaya a resolver sobre algo que

no sea parte de la cuestión controvertida, pero de ninguna manera garantiza el conocimiento profundo y necesario de lo ocurrido, lo actuado y de los argumentos de defensa, presupuestos imprescindibles para emitir un fallo correcto en términos de eficiencia.

Incluso, desde el análisis simplista que refleja la frase *"es mejor ser rico que ser pobre"*, siempre será más beneficioso escuchar al administrado que no escucharlo, pues el tiempo que el órgano resolutorio emplea para dicho fin —tiempo, además, remunerado— implica una inversión en el sentido lato de la palabra, es decir, se emplea el tiempo de la mejor manera posible: para resolver no solo según el derecho, sino bajo la convicción de emitir un fallo justo.

Lo que puede parecer un uso innecesario de tiempo para escuchar al administrado cuando *"todo está dicho en el expediente"* resulta ser más beneficioso, tanto para el administrado como para el órgano instructor, pues estos beneficios se materializan en conocimiento, arriba a la verdad material y, por lo tanto, en menos tiempo invertido en la conclusión de un procedimiento sancionador.

En la medida que los administrados sienten que la administración pública respeta sus derechos, los costos asociados al cumplimiento de las resoluciones emitidas bajan, lo que genera un cumplimiento espontáneo de lo decidido y un desincentivo a acudir a una instancia superior, pues se tiene conciencia de que no se obtendrá un pronunciamiento más justo que el ya emitido.

## VII. CONCLUSIONES

No en vano, Jairo Parra Quijano, para explicar la trascendencia e importancia del principio de oralidad, se remonta a los tiempos de Platón y en especial al mito de Naucratis de Egipto, que relata cómo el rey Thamus contradice a Theuth, el inventor de los caracteres de la escritura, al momento en que este la defiende como aquello que haría más sabios a los egipcios y vigorizaría su memoria. Dice entonces el monarca a aquel ingenioso inventor: *"Esto, en efecto, producirá en el alma de los que aprenden el olvido"*

*por descuido de la memoria, ya que, fiándose a la escritura, recordarán de un modo externo, valiéndose de caracteres ajenos, no desde su propio interior y de por sí(...).<sup>24</sup>*

Lo anterior es comparado por el profesor Parra Quijano con lo que el tratadista Chiovenda refiere en cuanto al lugar que debe tener la escritura en el contexto de los procesos judiciales, para quien esta debe circunscribirse a un criterio de utilidad, como un elemento auxiliar: *"Pero precisamente exige que no tenga sino el lugar que le compete según las condiciones de la vida moderna y según la utilidad que pueda dar en los juicios".<sup>25</sup>* Esto, en palabras de Parra Quijano, es exactamente lo que el relato de Platón nos trae a la conciencia, pues en los procedimientos jurídicos lo que se busca es que la decisión surja de un proceso de interiorización de los elementos expuestos en el debate entre las partes: *"(...) es lo mismo que nos dice Platón con el mito que nos ha quedado en parte narrado: recordar desde dentro del individuo y no valiéndose de algo externo, algo fuera del individuo. Las actas sirven para la memoria del juez —el juez debió estar en la audiencia de recepción de la prueba— y de documentación para instancias superiores".<sup>26</sup>*

Ahora, recordando lo que Platón en su tiempo consideraba acerca del uso de la dialéctica, como forma de la oralidad, y lo que Chiovenda sostenía de la intermediación del juez en el proceso, el mencionado autor concluye: *"(...) el debate, el empleo del diálogo dialéctico, tiene que ser oral, y de él surgirán los frutos, que se pueden recoger por escrito, pero no para aprender —primera vez—, sino para recordar —lo ya aprendido—".<sup>27</sup>*

Al comienzo de este artículo se expuso la manera en que la norma de procedimiento admi-

nistrativo consagra la oportunidad de solicitar una audiencia, esto es, conferir el derecho a ser oído, a la manera de una facultad discrecional por parte del órgano resolutorio, aún cuando lo hace en ejercicio de la potestad sancionadora, función que define la naturaleza del Estado mismo y justifica históricamente su existencia.

Por otro lado, se hizo un recorrido por la consagración constitucional del derecho a ser oído hasta la manera en la que se encuentra establecido en los diferentes instrumentos internacionales, para exhibir la forma en la que su núcleo fundamental de protección exige en los Estados una forma particular en la que deben estar dispuestas sus instituciones jurídicas, que sobrepasan, por mucho, la creación de una simple facultad discrecional.

Pero si de la potestad sancionadora se trata, todos estos contenidos adquieren una relevancia superior, pues esta exige que en todos los casos se deba hacer un juicio de reprochabilidad, para establecer si le era posible al sujeto sancionable actuar de manera diferente en el contexto de los hechos. Es ahí donde el ejercicio dialéctico que se suscita mediante el ejercicio del derecho a ser oído abre la puerta para que los elementos propios de la disciplina económica y que hacen parte del AED nutran la decisión que el fallador deberá tomar.

Así, aplicando el AED, podemos llegar a la conclusión de que permitir que el administrado ejerza su derecho a ser oído representa la maximización de los intereses del administrado y de la administración pública. Del administrado, porque le permite contraargumentar y rebatir la teoría del caso planteada por el órgano instructor y, con ello, mejorar su posición sin que

24. Jairo Parra Quijano, *Juicios orales en Colombia: divagaciones sobre el proceso oral. Juicios orales. La reforma judicial en Iberoamérica. Homenaje al maestro Cipriano Gómez Lara*, (México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016): 110.

25. Óp. cit. pág. 122.

26. Óp. cit. pág. 122.

27. Óp. cit. pág. 123.

nadie empeore la propia, más allá del resultado que se obtenga, que en principio será más favorable, aunque no sea absolutorio.

Desde el punto de vista de la maximización de los intereses de la administración pública, al escuchar al administrado, el órgano resolutorio va a estar más cerca de la verdad material del procedimiento. Se encontrará en la mejor posición para tomar una decisión sobre la controversia, pues no solo conoce la teoría del caso planteada por el órgano instructor, sino que conocerá también de primera mano los hechos y circunstancias que han motivado la acción u omisión que ha sido materia de imputación, así como todos los elementos de defensa del administrado, incluyendo las nulidades que se pueden haber generado durante la tramitación del expediente.

Por lo tanto, siempre será más beneficioso escuchar al administrado que no escucharlo, pues

el tiempo que el órgano resolutorio emplea para dicho fin implica una inversión para resolver, no solo según el derecho, sino bajo la convicción de emitir un fallo justo, y en la medida de que los administrados sienten que la administración pública respeta sus derechos, los costos asociados al cumplimiento de las resoluciones emitidas bajarán, lo que generará un cumplimiento espontáneo de lo decidido y un desincentivo a acudir a una instancia superior, pues se tendrá conciencia de que no se obtendrá un pronunciamiento más justo que el ya emitido.

Así queda demostrado que la importancia de este derecho no se limita al hecho de que sea un derecho constitucionalmente reconocido ni que tenga carácter supranacional. La importancia de su ejercicio radica en los beneficios que genera, tanto para el administrado como para la administración pública, beneficios que se materializan en tiempo, conocimiento y arribo a la verdad material.