

Université d'Orléans

From the Selected Works of Luigi V. Santy Cabrera

2018

Derecho Administrativo para el siglo XXI. Hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional

Luigi V. Santy Cabrera, *Université d'Orléans*



Available at: <https://works.bepress.com/luiggiv-santycabrera/240/>

**WILLIAM IVÁN GALLO APONTE
RAFAELLA NÁTALY FÁCIO
ALEJANDRO SANABRIA RODELO
XELHA MONTSERRAT BRITO JAIME
LISA ABCARIUS RACINES**

Coordinadores

DERECHO ADMINISTRATIVO PARA EL SIGLO XXI

**HACIA EL GARANTÍSMO NORMATIVO
Y LA TRANSPARENCIA INSTITUCIONAL**

Prólogo Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Apresentação Emerson Gabardo



FÓRUM

WILLIAM IVÁN GALLO APONTE
RAFAELLA NÁTALY FÁCIO
ALEJANDRO SANABRIA RODELO
XELHA MONTSERRAT BRITO JAIME
LISA ABCARIUS RACINES

Coordenadores

Prólogo

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Apresentação

Emerson Gabardo

DERECHO ADMINISTRATIVO PARA EL SIGLO XXI

HACIA EL GARANTÍSMO NORMATIVO
Y LA TRANSPARENCIA INSTITUCIONAL

Belo Horizonte

 **FÓRUM**

2018

© 2018 Editora Fórum Ltda.

É proibida a reprodução total ou parcial desta obra, por qualquer meio eletrônico, inclusive por processos xerográficos, sem autorização expressa do Editor.

Conselho Editorial

Adilson Abreu Dallari	Floriano de Azevedo Marques Neto
Alécia Paulucci Nogueira Bicalho	Gustavo Justino de Oliveira
Alexandre Coutinho Pagliarini	Inês Virginia Prado Soares
André Ramos Tavares	Jorge Ulisses Jacoby Fernandes
Carlos Ayres Britto	Juarez Freitas
Carlos Mário da Silva Velloso	Luciano Ferraz
Cármen Lúcia Antunes Rocha	Lúcio Delfino
Cesar Augusto Guimarães Pereira	Marcia Carla Pereira Ribeiro
Clovis Beznos	Márcio Cammarosano
Cristiana Fortini	Marcos Ehrhardt Jr.
Dinorá Adelaide Musetti Grotti	Maria Sylvia Zanella Di Pietro
Diogo de Figueiredo Moreira Neto	Ney José de Freitas
Egon Bockmann Moreira	Oswaldo Othon de Pontes Saraiva Filho
Emerson Gabardo	Paulo Modesto
Fabício Motta	Romeu Felipe Bacellar Filho
Fernando Rossi	Sérgio Guerra
Flávio Henrique Unes Pereira	Walber de Moura Agra



Luís Cláudio Rodrigues Ferreira
Presidente e Editor

Coordenação editorial: Leonardo Eustáquio Siqueira Araújo

Av. Afonso Pena, 2770 – 15º andar – Savassi – CEP 30130-012
Belo Horizonte – Minas Gerais – Tel.: (31) 2121.4900 / 2121.4949
www.editoraforum.com.br – editoraforum@editoraforum.com.br

Dados Internacionais de Catalogação na Publicação (CIP) de acordo com a AACR2

D431 Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional/ William Iván Gallo Aponte et al. (Coord.).– Belo Horizonte : Fórum, 2018.

447 p.
ISBN: 978-85-450-0569-8

1. Derecho Administrativo. 2. Derecho Constitucional. 3. Derecho Público Económico. I. Gallo, William Iván. II. Fácio, Rafaella Nátaly. III. Sanabria, Alejandro. IV. Brito, Xelha. V. Abcarius, Lisa. VI. Título.

CDD 341.3
CDU 342

Elaborado por Daniela Lopes Duarte - CRB-6/3500

Informação bibliográfica deste livro, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GALLO, William Iván et al. (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. 447 p. ISBN 978-85-450-0569-8.

AGRADECIMENTOS

Emprender un esfuerzo por aportar a la academia una obra colectiva de carácter internacional, es el resultado de combinar un conjunto de factores con los cuales se aguraría su éxito, no solo por el rigor que requiere, sino por la motivación constante de fortalecer la nueva generación de investigadores, particularmente, en el área del Derecho Público. En este sentir, la Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo (RIJDA) se forja día a día gracias al ímpetu de un equipo unido. Además del trabajo constante, el éxito de nuestra “jóven” labor se lo atribuimos a quienes han confiado en este proyecto, empresas, instituciones y académicos de indudable prestigio que no han dudado en poner su conocimiento al servicio de una misma causa: la promoción y producción académica del derecho.

Por ello, queremos externar nuestro agradecimiento a (todos aquellos) que nos brindaron su apoyo en la consecución de este ambicioso proyecto, especialmente en lo relativo a la celebración del “I Congreso Latinoamericano de Derecho Administrativo: aciertos y desaciertos del Derecho Administrativo”. En primer término, a la Universidad Andina Simón Bolívar, por abrirnos sus puertas y prodigarnos un espacio para pensar y debatir.

Asimismo, y de manera especial, a Jaime Villacreses Valle, distinguido profesor de Derecho Administrativo ecuatoriano, sin cuyo apoyo esta obra no hubiese dado el resultado querido.

Por otro lado, a los miembros de la comisión de validación académica, distinguidos juristas de América Latina, con cuya contribución se determinó la pertinencia de las letras que ilustran esas páginas. Hasta Brasil, a Eneida Desiree Salgado, Leticia Camargo Kreuz, Daniel Castanha de Freitas y Ana Aguilar Viana. Hasta nuestro querido México, a Rodrigo Brito Melgarejo, Raúl Spayro Vargas, José Manuel Ledezma y Manuel de Jesús Jiménez. Hasta Argentina, a Miriam Mabel Ivanega. Muy cerca de allí, en Uruguay, a Pablo Schiavi. Finalmente, en Perú, a Lucio Andrés Sánchez Pavis y en Colombia a Bibiana Ximena Sarmiento Álvarez.

De igual modo, este proyecto no hubiese visto la luz sin el constante apoyo de los reconocidos profesores, Daniel Wunder Hachem, Emerson Gabardo y Guadalupe Fernández. Así como del aliento y consejo invaluable del magnífico Jorge Fernández Ruiz y Jaime Rodríguez- Arana Muñoz, quien nos ha dado el honor de prologar estas letras.

Al mismo tiempo, es menester exaltar nuestra gratitud con la prestigiosa editorial Fórum de Brasil, especialmente a la doctora María Amélia, directora. Así como la atención de Marina Andrade, coordinadora jurídico institucional y a Leonardo Araújo, productor editorial.

Finalmente, instar la labor de cada uno, quienes formamos parte de la Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo para seguir dando lo mejor de sí, animando a las futuras generaciones de juristas, en beneficio de esta disciplina y de la consolidación del bien común nuestras Naciones.

Cordialmente,

Xelha Monserrat Brito Jaime

Presidenta RIJDA.

William Ivan Gallo Aponte

Vicepresidente RIJDA.

SUMÁRIO

PRÓLOGO

JAIME RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ

España

Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo..... 19

APRESENTAÇÃO

EMERSON GABARDO

Brasil

Vicepresidente del Instituto Brasileño de Derecho Administrativo – PUC-PR..... 35

Parte I

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

REPRESENTAÇÕES POLÍTICO-CULTURAIS ENTRE AS REFORMAS DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

JOSÉ OSÓRIO DO NASCIMENTO NETO 39

Brasil

1	Introdução	39
2	Processos culturais e tensões no estado constitucional.....	41
3	O pluralismo epistemológico na equação dos processos culturais e do constitucionalismo latino-americano	45
4	Desafios dos processos culturais entre os (novos) direitos do século XXI	47
5	Considerações finais	48
	Referências	50

EL RENACER DE UN DESACIERTO: SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN CHILE ¿EL FIN DE LA POTESTAD SANCIONADORA?

FRANCISCO URTUBIA MARÍN 53

Chile

I	A modo de introducción: <i>¿Lobos en pieles de oveja?</i> El temor frente a un Estado absoluto.....	53
II	La aplicación de la tesis de Soto Kloss en el Tribunal Constitucional: ¿El fin del Derecho Administrativo sancionador?	56
III	<i>El hombre es el lobo del hombre:</i> La sanción como <i>acto administrativo</i> . ¿Una herramienta de gestión?	60
	Referencias	62

REFORMA CONSTITUCIONAL, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DESAFÍOS

ALFONSO MENDOZA JUÁREZ 65

México

I	Introducción.....	65
II	Cambios a nivel constitucional.....	67
III	Cambios a nivel secundario (nivel legislativo).....	69
IV	Elementos genéricos a todas las autoridades.....	70
V	Cambios constitucionales y participación ciudadana.....	72
VI	Consideraciones finales.....	73
	Fuentes Bibliografías.....	74

PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA: ANÁLISIS DE SU INCORPORACIÓN Y EVOLUCIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

ANDREA MATURANA BARTH

NATALIA OYARCE CARRASCO 75

Chile

1	Introducción.....	75
2	Un primer acercamiento	76
3	Estudio del cambio en los criterios de la jurisprudencia administrativa	78
3.1	Criterios sostenidos en la década anterior	78
3.2	Cambio de paradigma en la Jurisprudencia Administrativa.....	79
4	Ámbito de aplicación	82
5	Ordenación de la Confianza Legítima, por parte de la Contraloría General de la República.	83
6	Toma de Razón	84
7	Régimen Recursivo	85
8	Pronunciamiento de los tribunales que ejercen jurisdicción	85
9	Conclusiones	86
	Referencias	87

POLÍTICAS PÚBLICAS COMO UM INSTRUMENTO PARA A PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL

PRISCILA BEPLER SANTOS 89

Brasil

1	Introdução	89
2	Políticas públicas	90
3	Controle judicial	93
4	Desenvolvimento nacional	94
5	Considerações finais	96
	Referências	97

Parte II

**LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS
Y SU RELACIÓN CON LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

**LA CAPTURA CORRUPTA DEL ESTADO COMO DAÑO MULTIDIMENSIONAL
A LOS DERECHOS HUMANOS**

ALEJANDRO SANABRIA RODELO 101

Colombia

1	Introducción.....	101
2	La captura corrupta del Estado como falla de la administración pública	102
2.1	La corrupción de la administración pública.....	103
2.2	La captura corrupta del Estado y la reconfiguración cooptada.....	105
3	La corrupción violatoria de derechos humanos.....	107
3.1	Los daños clásicos de la corrupción en la administración pública: la dimensión relativa y ocasional	107
3.2	Los daños consecuencia de la captura del Estado: la dimensión generalizada y sistemática	109
3.3	La captura del Estado como violación sistemática a los derechos humanos.....	112
4	Fundamentos de la responsabilidad del Estado por corrupción violatoria de derechos humanos	114
4.1	La relación causal entre la corrupción y la responsabilidad del Estado	114
4.2	La responsabilidad estatal por los actos de sus agentes o instituciones	116
5	Conclusiones	117
	Referencias	118

**LA DIGNIDAD HUMANA DEBE SER GARANTIZADA POR LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA**

JOAQUÍN GABRIEL BENMERGUI 121

Argentina

1	Introducción.....	121
2	El paso de un concepto de pobreza absoluta a uno de pobreza relativa.....	122
3	La democracia deliberativa y los derechos sociales esenciales.....	124
4	El Derecho Público y el Derecho Privado: armonización de regulaciones en pos de garantizar la existencia digna.....	125
5	El Núcleo Mínimo. La razonabilidad como alternativa.....	126
6	La Vulnerabilidad y el Derecho de Daños.	128
7	Los actos administrativos y las decisiones judiciales fundadas en elementos del caso concreto.....	129
8	El Activismo Judicial y la Sentencia T-025 de la Corte Constitucional colombiana.....	129
9	La necesidad de efectuar reformas en la Administración Pública.....	131
10	Conclusiones	132
	Referencias	133

A NECESSÁRIA FLEXIBILIZAÇÃO DA SOBERANIA À PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: EM BUSCA DE UMA ADMINISTRAÇÃO COOPERATIVA

RAFAELE BALBINOTTE WINCARDT 135

Brasil

1	Introdução	135
2	Direito Constitucional Internacional: onde se encontra a essência da cooperação	137
3	Princípios fundamentais à atuação Administrativa estatal e jurisdicional na promoção de uma Cooperação Jurídica Internacional bem-sucedida.....	141
4	Considerações finais	144
	Referências	146

EL DERECHO HUMANO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: LA IMPORTANCIA DE LA TRANSPARENCIA PARA SU IMPLEMENTACIÓN EN AMÉRICA LATINA

XELHA MONTSERRAT BRITO JAIME 149

México

I	Introducción.....	149
II	El Derecho Administrativo del siglo XXI.....	150
III	El derecho humano a una buena administración.....	152
D)	El derecho a una buena administración pública en la Constitución Política de la Ciudad de México	156
F)	Avances doctrinarios en Latinoamérica respecto al derecho humano a una buena administración.....	158
IV	La transparencia como elemento de una buena administración pública	160
V	Conclusión.....	162
	Referencias	163

Parte III

DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

LA FIGURA DE LA CADUCIDAD EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: UNA LECTURA COMPARADA DE SU RÉGIMEN JURÍDICO EN EL PERÚ Y ECUADOR

GIANPIERRE VALVERDE ENCARNACIÓN 169

Perú

1	Introducción.....	169
2	La figura de la caducidad en el Derecho Administrativo.....	170
2.1	Naturaleza jurídica de la caducidad	170
2.2	Definición de la caducidad	170
2.3	Elementos de la caducidad	171
2.3.1	Elemento subjetivo.....	171

2.3.2	Elemento objetivo.....	171
2.3.3	Elemento Formal	171
2.4	Ámbito de aplicación de la caducidad en el Derecho Administrativo	171
2.4.1	Acto administrativo.....	171
2.4.2	Procedimiento administrativo	172
2.5	Tipologías de la caducidad	173
2.5.1	Caducidad carga o caducidad de acción y derechos	173
2.5.2	Caducidad sanción.....	173
2.5.3	Caducidad preclusión.....	173
2.5.4	Caducidad perención.....	173
3	La caducidad en el ámbito administrativo sancionador.....	174
3.1	El carácter extintivo y objetivo de la caducidad.....	174
3.2	Fundamentos	175
3.3	Plazos	175
3.3.1	Inicio del plazo	175
3.3.2	Final del plazo.....	176
3.4	Efectos	176
3.5	Las diferencias entre la prescripción y la caducidad	176
4	El régimen jurídico de la caducidad en el ámbito administrativo sancionador en el Perú y Ecuador	177
4.1	La regulación de la caducidad en el Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444.....	178
4.2	La regulación de la caducidad en el Código Orgánico Administrativo.....	178
4.3	Divergencias y convergencias en la caracterización de la caducidad en los regímenes administrativos del Perú y el Ecuador	179
4.3.1	La noción y el carácter de la caducidad en ambas legislaciones.....	179
4.3.2	Ámbito de aplicación	180
4.3.3	Plazos	181
4.3.4	Efectos	181
5	Conclusiones	181
	Referencias	182

LÍMITES DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO COMO FORMA DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

CARLOS ERNESTO BECILLA PEÑAFIEL.....	185
---	------------

Ecuador

1	Introducción.....	185
1.1	El derecho de petición	186
1.2	El procedimiento administrativo	187
2	El principio de autotutela	188
3	Terminación del procedimiento administrativo.....	190
4	El acto administrativo	191

5	El silencio administrativo	192
	Referencias	198

PRINCIPIOS Y PRÁCTICA PROBATORIA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ECUATORIANO, SEGÚN EL CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO

LISA ABCARIUS RACINES	199
------------------------------------	-----

Ecuador

1	Introducción	199
2	El debido proceso ecuatoriano	199
2.1	Principios que conforman el debido proceso ecuatoriano, con enfoque hacia el derecho administrativo:	199
2.2	La oralidad	201
3	Del procedimiento administrativo ecuatoriano	201
3.1	De los principios que rigen al procedimiento administrativo ecuatoriano	201
3.2	Del procedimiento administrativo	202
4	Consideraciones preliminares de la prueba dentro del procedimiento administrativo	203
4.1	Principios probatorios	203
4.2	Carga probatoria	203
5	De los medios probatorios y práctica, conforme el Código Orgánico Administrativo	205
5.1	Medios probatorios admisibles	205
5.2	De la práctica probatoria con el Código Orgánico Administrativo	207
6	Conclusiones	210

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRA CONTRACTUAL DEL ESTADO

KEVIN ARNEY ALBÁN GUATO	211
--------------------------------------	-----

Ecuador

1	Introducción	211
2	Responsabilidad	212
3	Principio de responsabilidad del Estado en vinculación con el principio de legalidad	212
4	Responsabilidad contractual del Estado	214
5	Requisitos para la existencia de responsabilidad contractual el Estado	217
6	Responsabilidad extracontractual del Estado	218
7	Requisitos para la existencia de responsabilidad extracontractual del Estado	221
8	Eximentes de responsabilidad	221
9	Reclamo por responsabilidad extracontractual	222
10	Acción de repetición por responsabilidad extracontractual del Estado	222
11	Metodología	223
12	Conclusiones	223
	Referencias	224

CONTRATACIÓN PÚBLICA: PARADIGMA Y PROSPECTIVA

LA DEMOCRATIZACIÓN DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA DEL ESTADO EN AMÉRICA LATINA: UN ANÁLISIS A PARTIR DEL EJERCICIO DISCRECIONAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

WILLIAM IVÁN GALLO APONTE..... 229

Colombia

I	Introducción.....	229
II	La discrecionalidad administrativa en la intervención económica: una propuesta para el adecuado ejercicio de la transferencia de derechos.....	230
III	La experiencia normativa en los procesos de transferencia de acciones: El caso particular de México, Brasil, Chile y Colombia	232
IV	La democratización de la propiedad accionaria del Estado y su articulación con el ejercicio discrecional de la Administración.....	238
V	Conclusiones	241
	Referencias	243

DÍALOGO COMPETITIVO EN EL CONTEXTO DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS EN LA UNIÓN EUROPEA

JAVIERA CID VEGA 247

Chile

I	Introducción.....	247
II	Antecedentes. Las asociaciones público-privadas.....	247
III	EVOLUCIÓN DEL ENTORNO JURÍDICO.....	250
IV	Supuesto de procedencia. Contratos complejos	252
V	Etapas y dinámica de funcionamiento	253
VI	Identificación de beneficios y problemas de su implementación	255
VII	Aplicación práctica.....	257
VIII	Conclusiones finales	258
	Referencias	260

ACERCA DE LA DENOMINADA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO EN CASO DE RESOLUCIÓN POR INTERÉS GENERAL, ¿RECONOCIMIENTO DEL LUCRO CESANTE?

PAOLO FERNÁNDEZ ROJAS 263

Perú

1	Introducción.....	263
2	Contratación pública e interés público	264
2.1	Un concepto tan indeterminado como es el interés público	264
2.2	De los contratos administrativos y la expresión de la entidades.....	265
2.3	De las prerrogativas de la administración pública en materia de contrataciones.....	266

3	Terminación de los Contratos administrativos: resolución unilateral y sus consecuencias.	268
3.1	La resolución unilateral de los contratos administrativos.	268
3.2	¿Responsabilidad contractual del Estado como consecuencia de la resolución unilateral?	269
3.3	Indemnización como consecuencia de la resolución unilateral del contrato administrativo.	272
4	Conclusiones	274
	Referencias	274

Parte V

LA EFECTIVIDAD DE LOS MECANISMOS DE CONTROL EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y EL COMBATE CONTRA LA CORRUPCIÓN

ACCIÓN DE REPETICIÓN CONTRA FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL URUGUAY

PABLO SCHIAVI	279
----------------------------	-----

Uruguay

I	Entorno doctrinal y jurisprudencial	279
II	La responsabilidad de los funcionarios públicos por los daños causados a terceros en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio	280
II.1	La responsabilidad patrimonial frente a terceros recae siempre sobre la Administración no siendo posible accionar directamente contra el funcionario, salvo en casos de actos personalísimos	280
II.2	La responsabilidad civil directa de los funcionarios públicos: la responsabilidad ante los particulares.....	281
III	Acción de repetición contra funcionarios públicos	282
III.1	Consideraciones preliminares.....	282
III.2	Procedencia	282
III.3	Admisibilidad de la acción de repetición.....	283
III.4	La existencia del daño	284
III.5	Legitimación activa.....	285
III.6	¿A quién puede demandar el Estado en materia de repetición?.....	285
III.7	Culpa grave y dolo	286
III.8.	Acción de repetición: ¿facultativa o acto debido?	287
III.9	Procedimiento: la nueva solución a la luz de la Ley N° 19.090 de 14/6/2013	288
IV	Jurisprudencia destacada.....	289
V	Reflexiones finales	291
	Referencias	292

CINCO ANOS DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA E O COMBATE PREVENTIVO À CORRUPÇÃO: UM PARALELO ENTRE A ISO 19600:2014 E O DECRETO 8.420/2015

RODRIGO PIRONTI AGUIRRE DE CASTRO

RAFAELLA NÁTALY FÁCIO 295

Brasil

1	Introdução	295
2	Legislação brasileira acerca do combate preventivo à corrupção	297
2.1	O combate preventivo à corrupção na Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção ou Lei de Probidade Administrativa Empresarial)	297
2.2	O Programa de Integridade nas demais legislações (Lei nº 13.303/2016 e leis estaduais).....	298
3	A adequação das disposições legais brasileiras acerca de Programas de Integridade à luz da norma internacional ISO 19600:2014	299
a)	Programa de Integridade e o contexto da organização: a importância da gestão de riscos	300
4	Conclusões.....	304
	Referências	304

ORGANISMOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS EN AMÉRICA LATINA, REDISEÑO Y DEMOCRACIA

ISSAC ROBERTO MARTÍNEZ BARRAZA..... 307

México

1	Introducción.....	307
2	La división de poderes y los Organismos Constitucionales Autónomos	308
3	Rasgos de los Organismos Constitucionales Autónomos en Latinoamérica y México.....	310
3.1	Rasgos elementales de los organismos constitucionales autónomos en América Latina (México, Ecuador, Venezuela, Bolivia y Colombia).....	311
4	Caso mexicano	313
4.1.	Revisión de La Comisión Nacional de los Derechos Humanos.....	316
5	Análisis y Conclusiones	318
	Referencias	321

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: EL PROBLEMA CHILENO

BERNARDO MUNDACA ARANDA

TOMÁS HUDSON BASSI..... 323

Chile

I	Introducción.....	323
II	Breve crónica del contexto chileno	324
III	Chile y el procedimiento administrativo sancionador	325
3.1	Hacia una justificación teórica del actuar administrativo chileno	327

3.2	Un problema que reclama atención inmediata: derechos del consumidor	328
3.3	Un gran terremoto: el Servicio Nacional del Consumidor	329
IV	Una argumentación irracional: la teoría interpretativa como (cor)rectora del problema.....	330
4.1	Lagunas en el Derecho	331
4.2	Antinomias aparentes	331
V	Conclusiones	332
	Referencias	332

EL REGIMEN JURIDICO DEL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN EN EL ESTADO MEXICANO

FRANCISCO JAVIER MARTÍNEZ CASTAÑEDA..... 335

México

I	Introducción.....	335
II	El control interno y externo en la administración pública.....	337
III	La corrupción y el nacer de un nuevo sistema	338
IV	El sistema nacional anticorrupción -el fortalecimiento de la secretaría de la función pública y la auditoría superior de la federación-.....	340
V	Conclusiones	348
	Referencias	349

LOS EFECTOS DE LA PENA EN EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN CHILE

IGNACIO PAVÓN VERDUGO..... 351

Chile

	Introducción.....	351
1	Del concepto de responsabilidad, sus clases y el principio de independencia de responsabilidades.....	352
1.1	Concepto de responsabilidad.....	352
1.2	Responsabilidad Civil	353
1.3	Responsabilidad Penal	354
1.4	Responsabilidad Administrativa.....	356
1.5	El principio de independencia de responsabilidades de los funcionarios públicos	359
2	Absolución del funcionario público en el proceso penal.....	362
2.1	La reincorporación del funcionario público al servicio	362
2.2	La indemnización por años de servicio ante la imposibilidad de ser reincorporado... 363	
3	Condena del funcionario público	363
3.1	Cumplimiento efectivo de la pena.....	363
3.2	Las penas sustitutivas de la ley 18.216	364
	Conclusión.....	368
	Referencias	369

LA DEFENSA EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

PAÚL ALEJANDRO CENTENO MALDONADO..... 371

Ecuador

I	Introducción.....	371
II	Desarrollo.....	371
2.1	Normativa pertinente.....	371
2.2	Procedimiento.....	373
2.3	Derecho a la defensa.....	375
III	Conclusiones.....	379
	Referencias.....	379

AVANCE NORMATIVO ANTICORRUPCIÓN Y EL IMPULSO DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN MÉXICO

RAQUEL FERNANDA GARCÍA OJEDA..... 381

México

1	Contextualización y gravedad de la corrupción en México.....	382
2	Contexto histórico de la participación ciudadana en México.....	383
3	Participación de la sociedad civil en el combate a la corrupción.....	385
4	Iniciativa de leyes y reforma.....	387
5	Conclusiones.....	389
	Referencias.....	390

Parte VI

NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

RETOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN HONDURAS

BRADIS OSWALDO OYUELA..... 393

Honduras

1	Introducción.....	393
2	Concepto de administración pública.....	394
3	Antecedentes históricos constitucionales de la administración pública en Honduras.....	396
4	Leyes administrativas en Honduras.....	402
5	Retos de la administración pública.....	404
6	Conclusion.....	406
	Referencias.....	407

DERECHO ADMINISTRATIVO, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y GOBERNANZA
GLOBAL

MARIO MOLINA HERNÁNDEZ 409

México

I	Introducción.....	409
II	La gobernanza global.....	410
III	Impacto en la administración pública y el derecho administrativo nacional.....	412
IV	Consideraciones conclusivas.....	414
	Referencias.....	415

EL COOPERATIVISMO COMO OPORTUNIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN
PARA PROMOVER LA INCLUSIÓN FINANCIERA

KARLA PAULINA MATUS CASTRO 417

México

I	Introducción.....	417
II	Situación actual e inclusión financiera.....	419
2.1	Pobreza y propiedad privada.....	419
2.2	Importancia del sector financiero en países de economía de mercado abierto.....	421
2.3	Inclusión financiera.....	422
III	El cooperativismo como medio para acceder a la inclusión financiera.....	423
3.1	Cooperativismo y Principios cooperativos.....	423
3.2	Sociedades cooperativas.....	424
3.3	Sociedades cooperativas de ahorro y préstamo, caso mexicano.....	425
IV	Conclusiones.....	427
	Referencias.....	428

LOS ACIERTOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LOS ESTADOS MIEMBRO
DE LA MANCOMUNIDAD DE NACIONES EN AMÉRICA LATINA

LUIS MIGUEL GUTIÉRREZ GARCÍA 431

México

I	Introducción.....	431
II	Breve historia de la mancomunidad de naciones en América Latina.....	432
III	Actividades de la mancomunidad de naciones en materia de derecho administrativo en los estados miembro de America Latina.....	434
IV	Conclusión.....	437
	Referencias.....	438

CONCLUSIÓN GENERAL..... 441

SOBRE OS AUTORES..... 443

Tengo mucho gusto en prologar esta obra colectiva que la Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo (RIJDA) ofrece a los operadores jurídicos de la región sobre “El Derecho Administrativo del Siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional” Por mucha razones. Porque la juventud es el porvenir de los pueblos y las culturas y hay que alentar y animar iniciativas valiosas como la presente. Porque el tema es de rabiosa y palpitante actualidad pues en un mundo como el que vivimos, en el que las ansias de la tecnoestructura por reducir y cosificar la dignidad humana es una triste realidad, es menester que desde el Derecho Administrativo se recuerde que esta rama del Derecho Público posee una inquebrantable vocación de compromiso con la defensa, protección y promoción de los derechos fundamentales de la persona. Y también, por qué no constatarlo, porque la región iberoamericana es, en mi opinión, el espacio jurídico del futuro a causa de la vitalidad y de la ilusión que preside el entero quehacer de juristas y estudios del Derecho.

Esta magnífica opera prima de la RIJDA, Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo, presenta seis partes bien diferenciadas que atienden efectivamente a los más relevantes problemas y desafíos que hoy tiene planteada la ciencia del Derecho Público en general y del Derecho Administrativo en particular.

En primer lugar, la constitucionalización del Derecho Administrativo. En efecto el Derecho Administrativo, tal y cómo se nos presenta en la cotidianeidad en nuestros países, es, lo sabemos bien, un producto cultural que hunde sus raíces en la necesidad de racionalizar el ejercicio del poder, que trae causa de aquel magnífico compromiso con la libertad, la igualdad y la fraternidad de los seres humanos que fue la revolución francesa. En efecto, el Derecho Administrativo, tal y como lo conocemos hoy, es una respuesta comprometida a la necesidad de objetivar el poder público, antaño, en el Antiguo Régimen, expuesto al capricho y a la pura voluntad de mando del Rey.

Pues bien, hoy el Derecho Administrativo adquiere una gran relevancia pues asistimos al intento, desesperado a veces, del fundamentalismo económico, o de la lógica del poder por el poder, por arrumbar, por abatir las más nobles aspiraciones de justicia a favor del beneficio empresarial, el dominio político o la utilidad, que son hoy los nuevos ídolos ante los que legiones de seres humanos hincan sus rodillas en señal de veneración. Pues bien, frente a este intento de teñir el interés general bajo consideraciones parciales, se levanta hoy el nuevo Derecho Administrativo como un dique de contención frente a tanto atentado contra el bienestar general e integral del pueblo como se perpetra a diario en nombre de un pensamiento único que desdice de la esencia, de la naturaleza, del alma de un Ordenamiento jurídico construido para que el poder público actúe a través de la senda del derecho consciente de su función de servicio objetivo al interés general.

En la década de los ochenta del siglo pasado, sobre todo, empezó a utilizarse por parte de la doctrina un término bien expresivo de un fenómeno que ciertamente había producido una cierta confusión y no poca inquietud en cuantos se dedican al

estudio de nuestra disciplina: la huida del Derecho Administrativo. Expresión, me parece, con la que se pretendía, y todavía se pretende hoy, llamar la atención sobre la pérdida de influencia del Derecho Administrativo como Ordenamiento matriz a partir del cual debía regirse jurídicamente toda actuación del aparato público, sea cual sea su caracterización normativa. En el fondo, se añora la posición del Derecho Administrativo como Derecho Unico sobre el que debe girar el régimen jurídico de la Administración pública, olvidando, con más o menos intensidad, que existe un núcleo básico de principios constitucionales vinculados a las actividades administrativas y a los fondos públicos vinculados al interés general, que con su manto trascienden la naturaleza del Derecho de que se trate en cada caso.

En este sentido, es menester ofrecer una alternativa ante el embate que sufre el Derecho Administrativo, en unos países más que en otros, de mano de doctrinas y teorías que buscan convertirlo en un Ordenamiento sin sustancia, en un Ordenamiento al servicio del poder político, en unos casos, o, en otros, al servicio del interés económico. Frente a tales agresiones, hoy los administrativistas iberoamericanos levantamos la voz para reclamar que no se ceda en la tarea legislativa y que no se ceda ante la tentación de los nuevos autoritarismos de signo político y ante el dominio de la tecno estructura económica y empresarial que pretende despojar a nuestra disciplina de su esencial función de racionalizar del poder público.

Desde este punto de vista destaca la necesaria caracterización constitucional de Derecho Administrativo pues desde este punto de vista encontramos unas sólidas bases que nos permiten pensar con cierto optimismo en la tarea que tiene todavía por delante un sector del derecho Público que encontró en la lucha contra las inmunidades del poder, como diría García de Enterría, su principal señal de identidad. El derecho Administrativo Constitucional trae consigo necesarios replanteamientos de dogmas y criterios que han rendido grandes servicios a la causa y que, por tanto, deben sustituirse de manera serena y moderada por los principios que presiden el nuevo Estado social y democrático de Derecho, por cierto bien diferente en su configuración, y en su presentación, al del nacimiento del Estado-Providencia y de las primeras nociones sobre la conformación y dirección de las tareas sociales como esencial función de competencia del Estado. Hoy, en mi opinión, la garantía del interés general es la principal tarea del Estado y, por ello, el Derecho Administrativo ha de tener presente esta realidad y adecuarse, institucionalmente, a los nuevos tiempos pues, de lo contrario perderá la ocasión de cumplir la función que lo justifica, cual es la mejor ordenación y gestión de la actividad pública con arreglo a la justicia.

Parece también fuera de dudas que el Derecho Administrativo del siglo XXI es distinto del Derecho Administrativo del siglo pasado en la medida en que el sustrato político y social que le sirve de base es bien otro, como también es bien diferente el modelo de Estado actual. El Derecho Constitucional pasa, el Derecho Administrativo permanece es una manida y reiterada frase acuñada según parece por Otto Mayer que nos ayuda a entender que las instituciones típicas de la función administrativa, de una u otra forma, son permanentes, pudiendo variar obviamente la intensidad de la presencia de los poderes públicos de acuerdo con el modelo político del Estado en cada momento.

El entendimiento que tengamos del concepto del interés general va a ser capital para caracterizar el denominado Derecho Administrativo Constitucional que, en dos palabras, aparece vinculado al servicio objetivo al interés general y a la defensa, protección

y promoción de los derechos fundamentales de la persona. La perspectiva iluminista del interés público que, en definitiva, vino a consagrar la hegemonía de la entonces clase social emergente, la burguesía, que dirigió con manos de hierro la burocracia, hoy quizás no sea compatible con un sistema sustancialmente democrático en el que la Administración pública, y quienes la componen, lejos de plantear grandes o pequeñas batallas por afianzar su “status quo”, deben estar a plena y exclusiva disposición de los ciudadanos, pues no otra es la justificación constitucional de la existencia de la entera Administración pública. En esta línea, el Derecho Administrativo Constitucional plantea la necesidad de releer y repensar dogmas y principios considerados hasta no hace mucho como las señas de identidad de una rama del Derecho que se configuraba esencialmente a partir del régimen de exorbitancia de la posición jurídica de la Administración como correlato necesario de su papel de gestor, nada más y nada menos, que del interés público. Insisto, no se trata de arrumbar elementos esenciales del Derecho Administrativo, sino repensarlos a la luz del Ordenamiento constitucional. Es el caso, por ejemplo, de la ejecutividad del acto, que ya no puede entenderse como categoría absoluta sino en el marco del principio de tutela judicial efectiva, como consecuencia de los postulados de un pensamiento compatible y complementario que facilita esta tarea.

Hoy, el papel del interés general ofrece otra perspectiva desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, y nos convoca al trabajo, ya iniciado hace algunos años, de adecuar nuestras instituciones a la realidad constitucional. Tarea que se debe acometer sin prejuicios ni nostálgicos intentos de conservar radicalmente conceptos y categorías que hoy que encajan mal con los parámetros constitucionales. No se trata, de ninguna manera, de una sustitución “in toto” de un cuerpo de instituciones, conceptos y categorías, por otro; no, se trata de estar pendientes de la realidad social y constitucional para detectar los nuevos aires que han de alumbrar los nuevos conceptos, categorías e instituciones con que el Derecho Administrativo, desde este punto de vista, se nos presenta, ahora en una nueva versión más en consonancia con lo que son los elementos centrales del Estado social y democrático de Derecho dinámico, o también denominado de segunda generación. Ello no quiere decir, como se comentará más adelante, que estemos asistiendo al entierro de las instituciones clásicas del Derecho Administrativo. Más bien, hemos de afirmar que el nuevo Derecho Administrativo está demostrando que la tarea que tiene encomendada de proteger, garantizar, asegurar y promover los derechos de los ciudadanos requiere de una suerte de presencia pública, quizás mayor en intensidad que en extensión, que hace buena aquella feliz definición del Derecho Administrativo como el Derecho del poder para la libertad (González Navarro).

De un tiempo a esta parte, observamos notables cambios en lo que se refiere al entendimiento del interés general en el sistema democrático. Probablemente, porque según transcurre el tiempo, la captura de este concepto por la entonces emergente burguesía- finales del siglo XVIII- que encontró en la burocracia un lugar bajo el sol desde el que ejercer su poder, lógicamente ha ido dando lugar a nuevos enfoques más abiertos, más plurales y más acordes con el sentido de una Administración pública que sirve con objetividad los intereses generales. Es decir, si en la democracia los agentes públicos son titulares de funciones de la colectividad y ésta está llamada a participar en la determinación, seguimiento y evaluación de los asuntos públicos, la necesaria esfera de autonomía de la que debe gozar la propia Administración ha de estar empapada de esta lógica de servicio permanente a los intereses públicos. Y éstos, a su vez, deben abrirse, tal

y como ha establecido el Tribunal Constitucional español en una sentencia de 7 de febrero de 1984, tan célebre cómo aislada, a los diversos interlocutores sociales, en un ejercicio continuo de diálogo, lo cual, lejos de echar por tierra las manifestaciones unilaterales de la actividad administrativa, plantea el desafío de construir las instituciones, las categorías y los conceptos de nuestra disciplina desde nuevos enfoques bien alejados del autoritarismo y el control del aparato administrativo por los que mandan en cada momento. No es una tarea sencilla porque la historia nos demuestra que la tensión que el poder político introduce en el funcionamiento administrativo a veces socava la necesaria neutralidad e imparcialidad de la Administración en general y de los funcionarios en particular.

Instituciones señeras del Derecho Administrativo como las potestades de que goza la Administración para cumplir con eficacia su labor constitucional de servir con objetividad los intereses generales (ejecutividad, ejecutoriedad, "potestas variandi", potestad sancionadora...) requieren de nuevos planteamientos pues evidentemente nacieron en contextos históricos bien distintos y en el seno de sistemas políticos también bien diferentes. Y, parece obvio, la potestad de autotutela de la Administración no puede operar de la misma manera que en el siglo XIX por la sencilla razón de que el sistema democrático actual parece querer que el ciudadano, el administrado, ocupe una posición central y, por tanto, la promoción y defensa de sus derechos fundamentales no es algo que tenga que tolerar la Administración sino, más bien, hacer posible y facilitar.

En segundo lugar, la obra colectiva que estamos prologando se refiere a otra cuestión central para nuestra disciplina como es la garantía de los derechos humanos y su relación con la Administración pública. Capítulo que empalma perfectamente con el sentido y alcance del interés general en el Estado social y democrático de Derecho, en la medida en que, como señalamos con anterioridad, hoy el interés general tiene mucho que ver con los derechos fundamentales de las personas. Hasta el punto de que descansa en la protección, defensa y promoción de los derechos fundamentales de la persona.

Como es sabido, los derechos fundamentales "constituyen la esencia misma del régimen constitucional" (sentencia del Tribunal Constitucional del Reino de España de 21 de febrero de 1986) y son "elementos esenciales del Ordenamiento objetivo de la comunidad nacional, en cuanto ésta se configura como marco de una convivencia humana justa y pacífica" (sentencia del Tribunal Constitucional español de 14 de julio de 1981). Como nervio central de la Constitución que son los derechos fundamentales, el Tribunal Constitucional de mi país no duda en reconocer "el destacado interés general que concurre en la protección de los derechos fundamentales" (sentencia de 16 de octubre de 1984), por lo que, lógicamente, la acción netamente administrativa de los poderes públicos debe estar orientada a que precisamente los derechos fundamentales resplandezcan en la realidad, en la cotidianeidad del quehacer administrativo.. En este sentido, una parte muy considerable del Derecho Administrativo que denomino Constitucional debe estar abierto a proyectar toda la fuerza jurídica de los derechos fundamentales sobre el entero sistema del Derecho Administrativo: sobre todos y cada uno de los conceptos, instituciones y categorías que lo conforman. Obviamente, la tarea comenzó al tiempo de la promulgación de la Constitución, pero todavía queda un largo trecho para que, en efecto, las potestades públicas se operen desde esta perspectiva. Ciertamente, las normas jurídicas son muy importantes para luchar por un Derecho Administrativo a la altura de los tiempos, pero las normas no lo son todo: es menester que en el ejercicio ordinario de las potestades, quienes son sus titulares estén embebidos

de esta lógica constitucional, pues, de lo contrario, se puede vivir en un sistema formal en el que, en realidad, pervivan hábitos y costumbres propios del pensamiento único y unilateral aplicado al interés general.

Ahora, cuando la Administración actúa debe tener siempre presente que forma parte de su acervo profesional la sensibilidad constitucional, por lo que debe acostumbrarse a asumir su papel de poder comprometido en la efectividad de los parámetros constitucionales, entre los que los derechos fundamentales encuentran un lugar muy destacado.

Los derechos fundamentales, ha señalado el Tribunal Constitucional español desde el principio, “son los componentes estructurales básicos, tanto del orden jurídico objetivo, como de cada una de las ramas que lo integran, en razón de que son la expresión jurídica de un sistema de valores que, por decisión del constituyente, han de informar el conjunto de la organización jurídica y política”(sentencia de 11 de abril de 1985). Es decir, informan el conjunto del Derecho Público y, por tanto, la construcción del nuevo Derecho Administrativo debe partir de su consideración, lo que trae consigo, como sabemos, la necesidad de releer y replantear tantas y tantas instituciones que, entre nosotros, se han explicado desde una perspectiva demasiado, en ocasiones, pegada a la prerrogativa y al privilegio.

Relevantes e interesantes son las páginas que se dedican en la obra colectiva que tenemos el honor de prologar a la lucha contra la corrupción y a la centralidad de la dignidad humana en la conformación de los principales retos y desafíos del Derecho Administrativo en los nuevos tiempos. En efecto, la corrupción, mal que nos pese, es una realidad. Una amarga y lamentable realidad que ha caracterizado, en determinados momentos con más intensidad que en otros, la vida del hombre desde su aparición en el planeta.

La figura de la Hydra de Lerna es un buen símbolo de la potencia e intensidad de la corrupción. Como sabemos por la mitología griega, Hércules, encargado de terminar con el terrible animal, tuvo muchas dificultades a causa de sus múltiples cabezas y del veneno que supuraba cada vez que se aniquilaba una de ellas. Cada vez que Hércules cortaba una de dichas cabezas, surgían dos nuevas por lo que tuvo que pensar en algún sistema diferente a los empleados hasta el momento. Así, con el concurso de su sobrino, cada vez que cortaba una de las cabezas de la Hydra utilizaba trapos ardientes para quemar los cuellos decapitados. Hércules, como cuenta Apodoloro, cortaba las cabezas y su sobrino quemaba los cuellos degollados y sangrantes. Finalmente, Hércules acabó con la última cabeza del animal aplastándola debajo de una gran roca. Acto seguido, Hércules bañó su espada en la sangre derramada y después quemó las cabezas cortadas para que jamás volvieran a crecer. En fin, un método nada convencional pero efectivo que conjugó la potencia de Hércules con la inteligencia de su sobrino. Probablemente, la combinación de armas que se precisan para acabar con esta terrible lacra social: contundencia e inteligencia.

La lucha contra la corrupción no es sólo cuestión de elaborar y aprobar normas y más normas. En muchas ocasiones incluso la proliferación de leyes y reglamentos lo que hace es facilitar la corrupción. La clave está en disponer de las normas que sean necesarias, claras y concretas y, sobre todo, de un compromiso ético real, constante y creciente.

En la actualidad, en un mundo en profunda crisis y en acelerada transformación, constatamos como esta lacra golpea con fuerza la credibilidad de las instituciones y la confianza de la ciudadanía en la misma actividad pública, también en la privada por supuesto. Es verdad, en estos dramáticos momentos de la historia, la corrupción sigue omnipresente sin que aparentemente seamos capaces de expulsarla de las prácticas políticas y administrativas. Se promulgan leyes y leyes, se aprueban códigos y códigos, pero ahí está, desafiante y altiva, uno de los principales flagelos que impide el primado de los derechos fundamentales de la persona y, por ende, la supremacía del interés general sobre el interés particular. Ante nosotros, con nuevos bríos y nuevas manifestaciones, de nuevo la corrupción, amparada, es una pena, por una legión de políticos y administradores que han hecho del enriquecimiento económico y la impunidad un *modus vivendi* prácticamente inexpugnable.

La lucha contra la corrupción o, si se quiere, la promoción de los valores de la ética pública desde un punto de vista positivo, concitan el estudio y la investigación de numerosos analistas y profesores que proponen aproximaciones, reflexiones, consideraciones, también medidas concretas, que puedan detener el paso a este gigante que no cesa en su empeño de teñir de suciedad y oscuridad el mundo político, administrativo y empresarial.

La corrupción, bien lo sabemos, supone un atentado grave a la misma esencia del servicio público en la medida que supone que el funcionario o el político deliberadamente traicionan el sentido de la gestión objetiva de los intereses. En estos casos se produce, por tanto, una conversión del interés general en interés personal. Esa es su malicia y su peligro en un mundo en el que una de las máximas es que las empresas deben ganar cuanto más dinero mejor en el más breve plazo de tiempo posible y, en el ámbito político, los partidos deben conseguir el mayor número de votos por el procedimiento que sea. En ambos casos, el fin justifica los medios y, entonces, todo, absolutamente todo, vale.

Si admitimos la existencia de un derecho fundamental de la persona, un derecho humano a una buena Administración pública, caracterizada por la justicia, la equidad, la imparcialidad y la racionalidad, entonces la perspectiva de análisis de la corrupción va a depender del grado de percepción social de este fenómeno y de las posibilidades reales de reacción general de la ciudadanía ante los ilícitos penales y administrativos que se perpetren, por acción u omisión, en la actuación de los funcionarios públicos y autoridades políticas. Este es, me parece, la dimensión fundamental del problema. Si el pueblo no tolera la corrupción, la batalla estará ganada, tarde o temprano. Pero si la corrupción no es más que el reflejo de una sociedad enferma, entonces la medicina no es sencilla y es menester que crezca el temple y cultura cívica de la ciudadanía, al final la destinataria de las políticas públicas.

La corrupción también ha sido el resultado, comprobado a lo largo de la historia, de anteponer la fuerza al Derecho. La idea de que el poder debe estar al servicio de los derechos de los ciudadanos y de que el poder tiene límites es presupuesto necesario del Estado de Derecho, modelo político y cultural en el que la fuerza y el poder siempre están sometidos al Derecho, al principio de juridicidad, nunca por encima de él.

El reciente informe de la Comisión Europea sobre la corrupción, de principios de 2014, que identificó las tres fuentes de la corrupción en la contratación pública, el urbanismo y la financiación de los partidos políticos, a pesar de no haber sorprendido a nadie, pone de relieve que los ciudadanos tienen una idea muy clara de cómo se

manejan los asuntos públicos en el viejo continente en este tiempo. De entrada, tres de cuatro ciudadanos, según encuestas y análisis propios de la Unión Europea, estiman que viven, que vivimos, en un ambiente de corrupción generalizada. O lo que es lo mismo, que el poder público se administra al servicio, no del interés general, sino de intereses parciales, particulares. Llama la atención, sin embargo, que siendo tan elevada la sensación de que estamos instalados en un clima de corrupción general, la reacción ciudadana es la que es.

En fin, la lucha contra la corrupción no es solo cuestión de leyes y normas, ni tampoco es cuestión únicamente de palabras y gestos. Supone, y no es fácil conseguirlo en poco tiempo, borrar ese magma viscoso y putrefacto que desprenden estas prácticas con conductas y comportamientos que manifiesten servicio y respeto a los ciudadanos. Necesitamos otras formas de hacer y de estar en política.

La dignidad humana es, ciertamente, el gran objetivo para el derecho como ciencia social y como producto cultural que es. El tiempo en que vivimos, 2018, es tiempo de cambios y transformaciones de orden social, político, económico y jurídico. El Derecho, que es una de las principales ciencias sociales, no está exento de recuperar su vocación hacia la justicia y, por ello, hacia el fortalecimiento de la dignidad del ser humano. La realidad, empero, nos muestra en todo el globo, de uno a otro confín, un cuadro bien pesimista: tantos años de lucha por el Derecho y por la Justicia y a nuestro alrededor siguen existiendo lamentables relatos que a pesar de estar en el siglo XXI nos interpelan gravemente.

No es necesario asomarse al llamado Tercer Mundo, en el llamado Primer mundo todavía perviven espacios de explotación, nuevas esclavitudes, adornados con las más sofisticadas formas de modernidad. Y con el advenimiento de la crisis, aparecen necesidades humanas que pensábamos superadas y que exigen respuestas del Derecho Público adecuadas y, sobre todo, humanas, a la altura de la centralidad que tiene la dignidad del ser humano.

Una causa de que el Estado no haya sido capaz de evitar la generación, a veces el crecimiento, de las necesidades sociales, obedece en buena medida a que no se ha comprendido suficientemente el alcance del denominado Estado social y democrático de Derecho y, por ello, que los derechos sociales fundamentales, no todos los llamados derechos sociales siguen siendo en muchos Ordenamientos metas y aspiraciones políticas, principios rectores sin exigibilidad jurídica, que únicamente pueden facilitarse de acuerdo con el dogma de la reserva de lo posible, un criterio de se ha interpretado desde el economicismo y desde la perspectiva de anteponer la estabilidad financiera a la dignidad humana. Por cierto, una estabilidad y equilibrio financiero que siendo como es un principio, quien lo podrá dudar, de buena administración, rinde pleitesía a esa perversa forma de prestar servicios y bienes a los ciudadanos que consiste en un endeudamiento constante y creciente que impide los avances sociales porque siempre, mientras sigamos este juego, habrá que hacer frente a miles de millones de deuda mientras se resiente, y se quiebra en muchos casos, la dignidad humana.

En estos casos, los ministerios sociales deben reservar en sus presupuestos, tras estudios empíricos solventes, recursos que permitan atender los derechos sociales mínimos, la base y el fundamento, de los derechos sociales fundamentales. A partir de ahí, el principio de promoción de los derechos sociales fundamentales y el de prohibición de la regresividad en esta materia, al margen de bandería partidarias, permitirán que el

libre y solidarios desarrollo de la personalidad de los ciudadanos deje de ser esa quimera en que se ha convertido en los últimos años.

Ciertamente, ni el postulado de la solidaridad social ni el de la participación, están asentados convenientemente al interior del sistema político e institucional. El hecho de los recortes sociales hayan hecho aparición con esta crisis demuestra que los derechos sociales fundamentales, a pesar de ser exigencias de una vida social digna, siguen siendo una asignatura pendiente para millones y millones de seres humanos. Y, la escasa participación real que caracteriza la vida pública en nuestros países muestra efectivamente que en las políticas públicas, en todas las fases de su realización, todavía no existe el grado de participación de la ciudadanía que sería menester después de los años en que la democracia y el Estado de Derecho, afortunadamente, acampan entre nosotros.

La tesis de la libertad solidaria, en la que llevo trabajando desde hace años, permite comprender mejor la esencia del Estado social y democrático de Derecho como promoción de derechos fundamentales y remoción de los obstáculos que impidan su efectividad. En este sentido adquieren su lógica los planteamientos abiertos que se siguen en estas líneas así como las posibilidades de reconocimiento de derechos sociales fundamentales, donde la Constitución no lo haga, a través de las bases esenciales del Estado de Derecho teniendo en cuenta la centralidad de la dignidad humana y la capitalidad del libre y solidario desarrollo de la personalidad de los individuos en sociedad.

Por tanto, es necesaria una relectura desde la dignidad del ser humano, de todo el desarrollo y proyección que se ha realizado de este modelo de Estado en el conjunto de Derecho Administrativo. Me temo que el problema radica en que se ha intentado entender sobre mimbres viejos y el resultado es que contemplamos. La tarea, pues, de proyectar el supremo principio de la dignidad humana sobre el entero sistema de fuentes, categorías e instituciones de Derecho Público, todavía debe ser realizada, lo que demanda las nuevas perspectivas que ofrece el pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario.

En realidad, la comprensión de esta forma de entender el Derecho Público en el Estado social y democrático de Derecho parte de consideraciones éticas, pues en sí mismo este modelo de Estado no es ajeno a la supremacía de la dignidad humana y a la necesidad de que los Poderes públicos promuevan derechos fundamentales de la persona y remuevan los obstáculos que lo impidan. Ambas, por supuesto, referencias éticas que no pueden pasarse por alto pues de lo contrario nos pasaríamos al dominio del funcionalismo y la técnica y al final los derechos humanos acaban siendo, así acontece, monedas de cambio que se intercambian los fuertes y poderosos en función de unos intereses ordinariamente inconfesables.

La dimensión ética del Derecho Administrativo es un rasgo inseparable e indisolublemente unido a su raíz y a sus principales expresiones. No podría ser de otra forma porque atiende de manera especial al servicio objetivo a los intereses generales que, en el Estado social y democrático de Derecho, están inescindiblemente vinculados a los derechos fundamentales, individuales y sociales, de las personas. La forma en que los principios éticos y sus principales manifestaciones sean asumidos por el Derecho representa el compromiso real de los Poderes del Estado en relación con la dignidad del ser humano y el libre y solidario ejercicio de todos sus derechos fundamentales.

Poco a poco, en este tiempo de convulsiones y de transformaciones, esperemos que la efectividad y exigibilidad de los derechos sociales fundamentales ocupe un lugar por derecho propio en la mente y en la agenda de las principales decisiones que tomen las autoridades políticas, económicas, sociales y culturales. Nos jugamos mucho en ello, tanto como que la dignidad del ser humano y sus derechos inalienables funden, de nuevo, ahora con más fuerza, un remozado orden jurídico, económico y social que ya no puede esperar más tiempo.

Si la dignidad del ser humano y el libre y solidario desarrollo de su personalidad son el canon fundamental para medir la temperatura y la intensidad del Estado social y democrático de Derecho, entonces es llegado el tiempo en el que de una vez por todas las técnicas del Derecho Administrativo se diseñen de otra forma. De una forma que permita que los valores y parámetros constitucionales sean una realidad en la cotidianidad. Si el Derecho Administrativo es el Derecho Constitucional concretado, no hay otro camino.

La tercera parte de la obra colectiva promovida por la RIJDA se dedica al Derecho Procesal Administrativo, especialmente al silencio administrativo, a la caducidad y a la responsabilidad del Estado, categorías jurídicas relevantes que no pueden faltar en una investigación de esta naturaleza.

El silencio administrativo, decía en sus clases el profesor Garrido Falla, es una patología administrativa. Con toda razón porque lo normal en un régimen democrático es que las autoridades y funcionarios, que están a disposición de la ciudadanía, contesten, salvo casos extraordinarios debidamente justificados, a las preguntas y solicitudes de los ciudadanos. Es decir, la regla debe ser que se contesten las peticiones. Si es verdad que existe un derecho fundamental a una buena administración pública parece que una de sus consecuencias debiera ser, salvo excepciones justificadas, que la Administración pública responda a las peticiones de información y de datos que demandamos los ciudadanos. Claro está, ante peticiones abusivas o desproporcionadas, la Administración lo que debe hacer, en lugar de dar la callada por respuesta, es explicar porque tal solicitud o petición es irracional o pone en peligro el servicio público, si fuera el caso.

La realidad, sin embargo, es otra muy distinta. Probablemente porque la convicción, profundamente democrática, de que las instituciones, los procedimientos y los fondos públicos son de los ciudadanos, aunque bien sabida, no se practica demasiado, al menos por estos lares. Si así fuera, lo habitual ante solicitudes razonables es que se cursen y se contesten en plazo. El derecho fundamental a la buena administración pública, recogido en la Carta Europea de los Derechos Fundamentales, se concreta en que la Administración responda a los ciudadanos en plazo razonable. Y el plazo razonable es eso, plazo razonable, no la callada por respuesta.

Es verdad que el silencio administrativo abre la puerta a los recursos, y que desde hace tiempo tiene una consideración procesal para recurrir ante la propia Administración pública, pero en los tiempos que corren el silencio debe ser considerado una práctica censurable que debe ser sancionada salvo que, insisto, exista justificación razonable para no contestar en plazo. Y la justificación debe estar conveniente y concretamente argumentada en razones de interés general.

En el 70% de las consultas en el Reino de España a los Poderes públicos, según un reciente informe de la Fundación Civio, silencio. Si a este dato se añade que la ley de transparencia española de 2013 sigue considerando el silencio administrativo como respuesta negativa, el panorama resulta desalentador. Sobre todo cuándo a

nivel europeo se ha reconocido el derecho fundamental de la persona a una buena administración pública, derecho que se concreta en que las resoluciones administrativas europeas deben dictarse en un plazo razonable. Por tanto, si tal principio se incorporara al Derecho español, la consecuencia del silencio no sería su consideración negativa y correspondiente acceso a los recursos, sino, simple y llanamente, la demanda ante el juez contencioso administrativo de la inactividad administrativa. Si además, pensáramos en un régimen de responsabilidad personal del funcionario que no contesta en los supuestos de dilaciones indebidas, como acontece por ejemplo en el reciente Derecho italiano, entonces probablemente el silencio administrativo dejaría de tener la frecuencia que tiene en nuestro tiempo.

El silencio administrativo, como es una patología, hay que curarla. Y para ello nada mejor que permitir al ciudadano que ejerza con todas las garantías su derecho a la buena administración y que el funcionario incumplidor, responda de su actuación.

El tema de la responsabilidad patrimonial de la Administración pública es uno de los temas centrales del Derecho Público. Se trata de una cuestión clásica en los programas académicos de nuestra disciplina siempre presente en la medida en que el principio de la reparación de los daños ocasionados a los particulares en sus bienes o derechos por el funcionamiento de los servicios públicos constituye uno de los principios generales del moderno Derecho Administrativo Constitucional. Un principio general que lo es del Derecho, tanto en su dimensión privada como pública. Quien causa un daño, sea quien sea, una persona jurídica privada o una persona jurídica pública, está obligado a reparar el daño causado.

Desde otro punto de vista, puede decirse también que la cuestión de la responsabilidad extracontractual, patrimonial, de la Administración pública es un tema que aunque la ley positiva ha resuelto, siguiendo la estela de la dimensión objetiva, la contemplación de la realidad y, sobre todo, el sentido de la justicia y el entendimiento del interés general en el Estado social y democrático de Derecho, demandan nuevos enfoques, nuevos planteamientos.

Cientos de millones de euros y de dólares son abonados anualmente por las Administraciones con ocasión de los daños que irrogan a los particulares en sus bienes y derechos. Tales sumas de dinero que salen de los bolsillos de los ciudadanos, de nuestros bolsillos, debieran hacer pensar también hasta qué punto, con qué alcance el Estado debe ofrecer una cobertura universal a todos cuantos riesgos, sociales, de una u otra forma, tengan alguna relación con actividades más o menos vinculadas al interés general. Es una cuestión delicada que puede analizarse desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario en materia de responsabilidad extracontractual. Por una razón poderosa: porque el sistema de responsabilidad universal, objetiva y directa no es real. Más bien, el sistema, aunque objetivo en su formulación, no lo es tanto en su aplicación, pues como señala el profesor Moreno Molina, la jurisprudencia nos ofrece ribetes culpabilísticos que no son más que la constatación de la proyección del modelo a la realidad.

Nos encontramos, pues, ante una cuestión de gran trascendencia, donde se ventilan intereses económicos cuantiosos que los juristas tenemos que analizar y estudiar con detenimiento porque mantener, contra viento y marea, como dogma el principio objetivo, directo y universal de la responsabilidad de la Administración pública tal y como está planteado sin variaciones, entraña problemas de entendimiento con los

postulados del nuevo Derecho Administrativo Constitucional. En este sentido, el Estado social y democrático de Derecho no se compadece con este super-blindaje que tienen los funcionarios frente a los ciudadanos como consecuencia del principio de la responsabilidad objetiva directa y universal de la Administración pública. Insisto, es verdad, sólo faltaría, que los ciudadanos tienen derecho a ser resarcidos de los daños que les produzcan, en sus bienes o derechos, las Administraciones públicas con su actuación, su omisión, su inactividad o a través de las vías de hecho, pero también ha de tenerse en cuenta que un régimen general de anonimato propicia y hace posible una cierta irresponsabilidad en la tarea de quienes componen las estructuras de la Administración que son los agentes, los funcionarios, los empleados públicos que en ella laboran.

La cuarta parte de esta pertinente obra colectiva está dedicada a la contratación. La Administración pública, bien lo sabemos, actúa ordinariamente de forma unilateral o bilateral. A través de actos y normas, y también buscando el concurso y la colaboración de terceros, de la iniciativa social. Las políticas públicas son tareas o quehaceres a cargo de los poderes públicos que se destinan, de una y otra forma, a través de las diferentes técnicas disponibles, a la mejora de las condiciones de vida de los ciudadanos. Esto es así, entre otras razones, porque en la democracia, gobierno del, para y por el pueblo, el complejo Gobierno-Administración debe estar y actuar al servicio objetivo del interés general.

La actividad contractual que realizan las diferentes Administraciones públicas consiste en ofrecer los mejores bienes y servicios públicos posibles a los ciudadanos contando con la colaboración del sector privado. Primero porque tales actividades no se pueden realizar directamente por la propia Administración y segundo porque, de esta manera, se asocia a la sociedad en la función de servicio al interés general, que ni es privativa de la Administración ni sólo a ella concierne.

En este contexto, conviene subrayar que la Administración cuándo contrata con empresas la realización de obras o servicios de naturaleza pública dispone de una posición jurídica especial que le permite disponer de una serie de poderes que sólo se justifican en la medida en que previamente estén explicitados en lo concreto en razones de interés general. Por tanto, a través de la contratación del sector público es posible, y deseable, que los ahora llamados poderes adjudicadores garantizan que esa forma de prestar los servicios o de construir obras públicas se realice desde los postulados del servicio objetivo al interés general.

En efecto, de esta manera la Administración puede diseñar en la realidad de los pliegos de los contratos compromisos sociales tan relevantes como la protección medioambiental, la prohibición del trabajo infantil, los postulados del comercio justo, la lucha contra la discriminación, la promoción del empleo y un sinfín de especificaciones que en cada momento materializan las exigencias nada menos que del Estado social y democrático de Derecho.

Es decir, la Administración pública cuándo contrata, por su mismo compromiso al servicio objetivo del interés general, debe fomentar y facilitar, no sólo el ejercicio de los derechos fundamentales, sino los valores del propio Estado social y democrático de Derecho, entre los que están la protección del medio ambiente y el fomento del desarrollo sostenible. Es más, a través de la contratación pública, en cuanto expresión del quehacer de las Administraciones públicas, debe posibilitarse la realización de los derechos fundamentales individuales y de los derechos fundamentales sociales.

En efecto, tales cláusulas de contenido social han de ser integradas en un complejo jurídico que permita que la Administración pública, en colaboración con el sector privado, sea el social o el puramente empresarial, pueda poner a disposición de los ciudadanos obras, bienes y servicios de la mayor calidad con el más elevado compromiso social. Tal pretensión, ni es imposible ni es consecuencia de planteamientos retóricos. Es posible siempre y cuándo se parta de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario que encierra la cláusula del Estado social y democrático de Derecho. Una metodología de acercamiento, tanto al Derecho Administrativo, como a las Políticas Públicas, que cuándo se aplica produce resultados en los que se aprecia el equilibrio entre sensibilidad social, libertad económica y rigor jurídico.

En este contexto, la contratación como política pública contribuye, debe contribuir, a una mayor humanización de la realidad pues es posible, vaya si lo es, diseñar las técnicas contractuales de manera que la centralidad de la dignidad del ser humanos brille su presencia. Simplemente con establecer estímulos fiscales a las más variadas expresiones del denominado comercio justo, ya estaríamos trabajando en esa dirección.

En tiempos de crisis económica, es lógico que se racionalicen las estructuras administrativas y, si es posible, que se dispongan en mejores condiciones de servir con mayor calidad a los usuarios. En este sentido, las normas en materias de contratación pública también están haciendo un esfuerzo para simplificar el procedimiento y mejorar las ratios de adjudicación. Además, la crisis económica y financiera reclama que existan los debidos controles materiales en el mundo de la contratación que garanticen adecuadamente que el contenido de los pliegos sea real. Para ello los tribunales administrativos creados en muchos países, en la medida que subrayen la autonomía, idoneidad e independencia de sus miembros, podrán prestar un gran servicio a la objetividad en el desarrollo de los contratos públicos.

El sentido de la libertad económica y el alcance de la presencia del Estado en la economía y en las finanzas es un tema permanente del debate académico acerca de las relaciones entre libertad y Estado. En mi opinión, siguiendo a los profesores de la Escuela de Friburgo, los patrocinadores de la teoría de la economía social de mercado la clave está en que exista tanta libertad como sea posible y tanta intervención como sea imprescindible.

Esta breve y sabia fórmula resuelve muchos problemas y ayuda sobremanera a situar ambas cuestiones desde la perspectiva del pensamiento compatible y complementario. En términos generales, se puede afirmar que la principal función del Estado es la de garantizar el ejercicio de los derechos y las libertades de los ciudadanos. Tarea promocional que, sin embargo, en ocasiones, no pocas, brilla por su ausencia porque el Estado, traicionando su legítima función, invade y se adentra en el sacrosanto mundo de la libertad.

Para comprender mejor el alcance de las tareas u funciones que deben caracterizar a un Estado que sitúe en el centro, en el corazón, la dignidad del ser humano, es menester comprender mejor cómo la libertad, también en la economía, debe ser la regla general, pero una regla general que no debe entenderse de manera absoluta, sino, más bien, en el marco de los límites y limitaciones que conforman la realidad. Ni el Estado, como decía Hegel, es la encarnación del ideal ético, ni el mercado, como afirman algunos de los más rutilantes representantes de la Escuela de Chicago es el espacio de la asignación de los derechos y los deberes.

En quinto lugar se analiza en esta excelente publicación una de las principales manifestaciones de la actividad administrativa, hoy en profunda crisis, como es la actividad de control. Como es bien sabido, el tema del control en la Administración Pública, el control en el Derecho Administrativo, es una cuestión medular de nuestra disciplina. Es de esas materias sobre las que hay que volver una y otra vez porque constituye uno de esos temas-testigo en los cuales la fuerza del Derecho, la fuerza de la justicia aparece, por sí misma, como uno de los elementos fundamentales que ayudan a entender el sentido de la democracia, el alcance del Estado Social y democrático de Derecho.

En efecto, si hacemos una incursión histórica en las fuentes del pensamiento democrático, nos encontramos que los antiguos, los clásicos que estudiaron y que pusieron en funcionamiento el sistema democrático nos dicen que hay dos características básicas y fundamentales que ilustran la fortaleza de un sistema democrático. Por una parte, la ética en el ejercicio del poder público, es decir, el poder público como función de servicio a la sociedad, y por otra, la existencia de mecanismos y sistemas de control del poder público para gestionar con eficacia los intereses generales. Analizar los límites que el propio sistema impone al funcionamiento de la Administración es trascendente y permite precisamente fortalecer el propio sistema democrático.

El límite es consustancial a la idea misma del poder en la democracia. Los fundadores del Estado de Derecho nos alertaron acerca de la necesidad de que existan mecanismos de control, de que existan contrapoderes que aseguren el ejercicio equilibrado y moderado del poder mismo. Por eso, existen diferentes técnicas y procedimientos que, correctamente empleados, más que obstáculos o dificultades al ejercicio del poder, son efectivamente fórmulas que ayudan a que el ejercicio del poder se realice en el marco y conforme a cánones o estándares democráticos. El control impide que el poder se ejerza desde la mentalidad del Antiguo Régimen porque el poder en el Estado de Derecho es de la titularidad ciudadana y el pueblo, que es el dueño del poder, lo confía provisionalmente a los funcionarios y políticos para que lo ejerzan en su nombre y con arreglo a unos principios de racionalidad y motivación que hoy han ayudado a construir esa idea tan central de la rendición de cuentas.

En este tiempo que nos ha tocado vivir la idea de control está, como dirían los periodistas, de palpitante y rabiosa actualidad. En efecto, las instituciones públicas de control, supervisión, vigilancia y de verificación de los mercados de valores y del sistema financiero han saltado por los aires dejando inerte, sin protección, valores como la racionalidad o la objetividad que han de caracterizar la actividad económica y social en un Estado de Derecho. Estas instituciones, agencias o entes no han cumplido su función probablemente porque la fuerza de un mercado sin límites, autorregulado, fue capaz de sortear los sistemas y procedimientos previstos en el régimen jurídico de estas instituciones.

Finalmente, el trabajo que estamos glosando remata con las nuevas tendencias del Derecho Administrativo. Hasta ahora, bien lo sabemos y bien lo hemos experimentado años atrás, el papel protagonista lo tenía la propia Administración y sus fenomenales privilegios contemplados tantas veces desde la unilateralidad y desde una peculiar manera de entender el interés general. Así, no era infrecuentemente que la interpretación en cada caso de lo que deba ser el interés general se cerrara sobre el entramado burocrático expulsando cualquier posibilidad de apertura a la vitalidad de lo real. Así las cosas,

hoy las modernas tendencias para el estudio y análisis de las Ciencias sociales parecen situarse en los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario, lo que para el tema que ahora nos ocupa tiene, también, gran relevancia en la medida que nos ayuda igualmente a acercarnos al Derecho Administrativo sin prejuicios.

El pensamiento abierto está en las antípodas del pensamiento único, por esencia cerrado, propio de las versiones petrificadas del Derecho Administrativo que son patrocinadas desde el inmovilismo y la resistencia a los cambios que la realidad, la testaruda realidad, una y otra vez se encarga de ponernos delante de nuestros ojos. El pensamiento abierto me parece que mucho tiene que ver con una actitud metodológica de generosidad para aceptar la realidad tal y como es, sin pretender leerla desde diferentes teorías que buscan que la realidad se adapte a ellas. De ahí que un excesivo apegamiento a las teorías que tradicionalmente han explicado el sentido y alcance de muchas instituciones, hoy es probable que dificulten el entendimiento de los cambios y la presentación. Quizás, también en el Derecho Administrativo, como en tantas otras manifestaciones de la Ciencia jurídica sea preciso una cierta liberación de prejuicios o estereotipos propios de otras épocas y otros momentos en los que, insisto, su itinerario se asentaba sobre un modelo de Estado y sociedad bien distintos a los de hoy.

Lógicamente, el pensamiento abierto es un pensamiento plural en el que el ejercicio de la libertad del investigador le llevara por el camino que sea menester, sin que la existencia de dogmas reduzca su tarea científica, siempre en el marco de las técnicas propias del Derecho Administrativo. El pluralismo es el resultado del ejercicio de la libertad de investigación y es una expresión de la vitalidad y dinamismo de la realidad. Dinamismo que, hoy por hoy, no es sólo una característica cierta del mundo en que vivimos, sino que, además y lógicamente, impregna el ambiente de las instituciones, categorías y conceptos de las Ciencias sociales, el Derecho Administrativo entre ellas. Quizás, en ocasiones ese dinamismo sea un tanto desproporcionado y, en ocasiones, de al traste con aproximaciones razonables del sentido y alcance de determinados conceptos. Es decir, el dinamismo no justifica por sí mismo el cambio de orientación y de rumbo de la funcionalidad de numerosas instituciones del Derecho Administrativo, puesto que los cambios y reformas que contemplamos casi a diario no son ni certificados de calidad ni patentes de curso de legitimidad académica. Es más, tantas veces no son más que la expresión de una manera radical de entender los cambios, que lejos de postular, cuando proceda, determinados aspectos susceptibles de mejora, propician transformaciones radicales, hoy sin sentido. De todas maneras, es conveniente, a mi juicio, registrar que el pensamiento dinámico puede suministrar buenos caminos para entender la proyección del Derecho Administrativo sobre el mundo en que vivimos. Además, no podemos olvidar que el llamado pensamiento estático debe ser puesto en cuestión ya que, de alguna manera, las instituciones operan sobre la realidad, no sobre la abstracción, y el investigador del Derecho Administrativo debe navegar en el mundo real, sin que, por otra parte, la realidad le condicione del tal manera que pierda el sentido crítico necesario para señalar las tachas que, tantas veces, los periódicos oficiales manifiestan como consecuencia de lo apresurado de la producción normativa de la Administración.

Otra característica, a mi juicio relevante, de las nuevas tendencias observadas en las Ciencias sociales, se refiere al pensamiento compatible o complementario que, ciertamente, se encuentra en las antípodas de lo que hemos llamado pensamiento único. Sistema que, en el caso que nos ocupa, reclama la existencia del Derecho

Administrativo clásico como único Ordenamiento aplicable a cualquier relación jurídica en que tome parte la Administración pública como tal o en perspectiva instrumental. Para esta manera de contemplar la realidad administrativa, la Administración en cuanto dueña del interés general, requiere un Derecho construido para diseñar los privilegios y prerrogativas que acompañan la existencia de la Administración pública y que le permiten la gestión de los intereses generales. Desde este punto de vista, la unilateralidad del privilegio y la prerrogativa se extiende sobre todo el amplio mundo de la acción administrativa originando un conjunto de relaciones jurídicas peculiares que han tenido en la exorbitancia la nota más características. Es decir, lo importante y relevante del Derecho Administrativo en esta concepción es la Administración y sus privilegios. Sin embargo, la llegada de la Constitución y del sistema democrático han abierto quiebras bien grandes en todo esta construcción de forma que, al entenderse el interés general hacia los ciudadanos, nos encontramos con que, efectivamente, el nervio que ha de discurrir por todos los conceptos, categorías e instituciones del Derecho Administrativo pasa de la prerrogativa a la garantía de los derechos de los ciudadanos, particulares o administrados. No es que se anulen, sólo faltaría, las potestades, que no prerrogativas o privilegios de la Administración, sino que precisamente esas potestades se van a justificar en la medida en que garanticen o aseguren los derechos y libertades de los ciudadanos. Por tanto el Derecho Administrativo es el Derecho del Poder público para la libertad solidaria de los ciudadanos, sintetizando certeramente el sentido del Derecho Administrativo en el marco constitucional y teniendo presente el sistema del pensamiento compatible o complementario.

Desde esta metodología del pensamiento moderno puede entenderse bien que entre conceptos que enfrentó en su día el pensamiento ideologizado, variante del pensamiento único, como público y privado, hoy, más que barreras infranqueables, encontramos puentes que ayudan a entender en clave de complementariedad dichas realidades. Es más, me atrevería a firmar que incluso el concepto moderno de libertad lleva ínsito, en su misma esencia, la idea de solidaridad.

Desde los postulados de las modernas tendencias de las Ciencias sociales encontramos nuevos caminos para buscar los espacios de equilibrio entre poder y libertad sobre los que asentar las modernas instituciones del Derecho Administrativo Constitucional. En esta tarea llevamos ya algunos años trabajando. No es fácil ni sencilla porque el peso del pasado y el necesario sentido del principio de conservación y continuidad de las instituciones demandan planteamientos abiertos, plurales, dinámicos y complementarios en el marco del servicio objetivo al interés general, principal tarea que la Constitución encomienda a la Administración y que tanto tiene que ver con el Derecho Administrativo

Vuelve el Derecho Administrativo, eso sí, con nuevos contornos y perfiles, con un nuevo colorido que deriva de la fuerza del Estado social y democrático de Derecho. La huida del Derecho Administrativo de décadas atrás pasó a la historia porque incluso cuando aparece el Derecho Privado como Ordenamiento al que se sujeta la Administración, hay materias que mantienen su dependencia de los principios básicos de lo público tal como la selección del personal y la contratación. Sí, ante nosotros un nuevo Derecho Administrativo, pero desde los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario.

Termino este prólogo felicitando a todos los autores de esta magnífica obra colectiva escrita por jóvenes administrativistas iberoamericanos. La calidad de las reflexiones y el empeño puesto de manifiesto ponen de relieve la actualidad, y el futuro que tiene el Derecho Administrativo Iberoamericano. Que sigan adelante en su camino, que sigan portando esa antorcha de la justicia, del Estado material de Derecho y que el compromiso inquebrantable e inviolable con la dignidad humana les ayude a continuar esta gran aventura de la lucha por el Derecho, un combate que vale la pena y del que estos jóvenes, el porvenir del Derecho Administrativo Iberoamericano, son una evidente esperanza.

Coruña, 28 de junio de 2018.

Jaime Rodríguez-Arana Muñoz

Presidente del Foro Iberoamericano de Derecho Administrativo.

APRESENTAÇÃO

É com muita satisfação que eu apresento à comunidade acadêmica latino-americana o livro intitulado *El Derecho Administrativo del siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Trata-se de uma obra única, primeiro produto literário resultante dos trabalhos acadêmicos da Rede Ibero-americana Juvenil de Direito Administrativo.

É realmente gratificante ver jovens talentos do Direito Público de países como Brasil, Equador, México, Uruguai, Chile, Colômbia, Argentina, Peru e Honduras, ao lado de alguns professores já consagrados em seus respectivos países, produzindo textos científicos do mais alto gabarito. Tanto os encontros realizados nos congressos, seminários e eventos, quanto a produção deles advinda, são contribuições importantes para a resolução dos problemas jurídicos da vida comunitária, e também como instrumento de aproximação entre os povos.

Não é difícil diagnosticar as questões que temos, muitas delas comuns mesmo entre os peculiares sistemas jurídicos das nações latino-americanas. Entretanto, precisamos urgentemente fazer o mais difícil, que é buscar soluções para as dificuldades que surgem progressivamente na sociedade atual, cada vez mais urbana, globalizada, tecnológica e complexa. E os estudos contidos na presente coletânea consistem em um passo importante neste sentido.

Foram reunidos artigos a partir de cinco eixos estruturantes: A Constitucionalização do Direito Administrativo, A Garantia dos Direitos Humanos e sua Relação com a Administração Pública, Direito Processual Administrativo, Contratação Pública: paradigma e prospectiva, A Efetividade dos Mecanismos de Controle na Administração Pública e o Combate à Corrupção, e Novas Tendências do Direito Administrativo. O resultado não poderia ter sido mais exitoso.

Enfim, trata-se de uma obra muito interessante, fruto dos esforços de dois grandes realizadores, William Ivan Gallo Aponte e Xelha Monserrat Brito Jaime, que já despontam como exemplos do brilhantismo acadêmico que se faz presente no horizonte do Direito Administrativo da América Latina.

Parabéns à Editora Fórum, por ter mais uma vez demonstrado o seu pioneirismo em apoiar a evolução do Direito Público, notadamente dando espaço e atenção aos autores mais jovens e que consistem no que há de mais arrojado e promissor nesta segunda década do século XXI.

Em Curitiba, Brasil, no mês de julho de 2018.

Prof. Dr. Emerson Gabardo

Professor Titular de Direito Administrativo da Pontifícia Universidade Católica do Paraná. Professor Adjunto de Direito Administrativo da Universidade Federal do Paraná. Vice-presidente do Instituto Brasileiro de Direito Administrativo.

Parte I

LA CONSTITUCIONALIZACIÓN DEL
DERECHO ADMINISTRATIVO

REPRESENTAÇÕES POLÍTICO-CULTURAIS ENTRE AS REFORMAS DO CONSTITUCIONALISMO LATINO-AMERICANO

JOSÉ OSÓRIO DO NASCIMENTO NETO

1 Introdução

Honrado pela oportunidade de participar do *I Congreso Latinoamericano Juvenil de Derecho Administrativo*, entre os dias 1 e 2 de agosto de 2018, uma realização da *Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo*, escrevo este ensaio crítico sobre processos culturais em torno das reformas do constitucionalismo latino-americano na nova ordem mundial por gentil convite do *Vicepresidente RIJDA – Investigador Universidad Externado de Colombia*, William Ivan Gallo Aponte, *Comité Organizador*.

Democracia e constitucionalismo estão em pauta desde o surgimento do Estado Moderno,¹ numa relação nem sempre linear.² A partir do Estado Contemporâneo, a tensão existente entre um e outro se intensifica, em especial, com o renascer das sociedades plurais – com novos direitos e novos sujeitos de direito, bem como com a judicialização da política no âmbito do Judiciário, provocando conflitos com os poderes Legislativo e Executivo. Em meio à referida tensão, novas soluções vão surgindo e, conseqüentemente, outros debates sobre desenhos institucionais do Estado, rediscussão de mecanismos de exercício da soberania popular e da legitimidade dos poderes instituídos vão se intensificando, para além dos três poderes.

Em que pese não haver, pelo menos, neste início do Século XXI, uma resposta imediata à tensão em comento, alguns itens deste debate precisam ser elevados à categoria de premissas para que o assunto avance no tempo. Sob a perspectiva sociocultural, o que talvez seja interessante na relação entre constitucionalismo e democracia, levantam-se justamente as demandas contemporâneas que revigoram o debate teórico e que chamam

¹ MAMED, Danielle de Ouro. La modernidad y la mercantilización de la naturaleza: buscando nuevos caminos frente a la crisis socioambiental. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, v. 1, p. 101-120, 2015.

² SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. De como a natureza foi expulsa da modernidade. *Revista Crítica do Direito*, São Paulo, v. 66, p. 88-105, 2015.

por novas práticas a educação em direitos humanos. Para que isto seja possível, algumas justificativas e recortes se fazem necessários à metodologia científica deste trabalho propositivo e interdisciplinar.

A questão do tempo e suas terminologias são importantes. Em primeiro lugar, há se lembrar de que o constitucionalismo tradicional se caracterizou por ser eminentemente normativo. O constitucionalismo contemporâneo, por sua vez, compreendido a partir da Revolução dos Estados Unidos, com o estabelecimento de um texto normativo de hierarquia superior em forma de um documento solene, tem como conteúdos necessários aspectos relacionados à limitação e organização do poder e dos órgãos de soberania, com a construção de um Estado cuja ação está vinculada ao Direito.³

Alinhado à ideia de que a superação do modelo tradicional das estruturas jurídicas importa em reorganização das relações entre os poderes; e, à percepção de que as atividades dos Poderes que representam Institucionalmente o Estado Democrático de Direito devem acordar com os novos parâmetros impostos pelo neoconstitucionalismo, esta pesquisa está centrada numa proposição interdisciplinar⁴ como possível articulação entre Constitucionalismo e Democracia. Não se trata, conseqüentemente, de teorias da Justiça/Democracia, judicialização da política, ativismo ou legitimidade do controle judicial das leis e nem das análises sobre as possibilidades e limites da hermenêutica constitucional.

No caso do constitucionalismo latino-americano, que outorgam à natureza o status de sujeito de direito,⁵ questiona-se a admissão sob qualquer flexibilização dos capitais natural e humano, devendo o capital econômico submeter-se à necessidade de manutenção do equilíbrio socioambiental. É nesse contexto que se insere a proposta de estudo do multiculturalismo e a forma como se pode canalizar as instituições para a promoção de mecanismos de inclusão social e construção da cidadania.

Premissas teóricas também são importantes. Por um lado, sabe-se que *John H. ELY*, *Jürgen HABERMAS* e *Carlos Santiago NINO*, defensores da chamada democracia procedimental, argumentam que os valores da sociedade só podem ser definidos num debate democrático realizado pela própria sociedade e não pelo Poder Judiciário, que não teria legitimidade por não ter sido eleito. Por outro lado, a doutrina brasileira foi influenciada por teóricos da teoria substantiva norte-americana, em que impera o *judicial review*, que permite um controle de valores da Constituição por parte do Poder Judiciário, de modo a rever as leis emanadas pelo Legislativo. Aqui, *Ronald DWORKIN* sustenta que o *judicial review* deve procurar garantir direitos por intermédio de decisões de princípios e não de política. Nesse ambiente, serão estudadas as noções de multiculturalismo e as tensões existentes no Estado Constitucional.

³ Sobre o histórico do Constitucionalismo, recomenda-se: ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. *Neoconstitucionalismo: ultrapassagem ou releitura do positivismo jurídico?* Curitiba: Juruá, 2011.

⁴ Fazendo referência a *Carlos Santiago NINO* e a *Roberto GARGARELLA*, uma alternativa a ser explorada é a de percorrer um caminho comum às duas noções, de tal forma a ressaltar as peculiaridades e qualidades do constitucionalismo e da democracia. Em outras palavras, o fato de que um é constitutivo do outro, sem que isso signifique necessariamente o fim da tensão ou um certo apaziguamento ingênuo entre ambos.

⁵ MORAES, Germana de Oliveira e FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de Pachamama e o bem viver (*sumak kawsay*). In: WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013. p. 57.

2 Processos culturais e tensões no estado constitucional

A democracia continua sendo a palavra chave dos regimes políticos. A primeira ideia quando se fala em democracia é a de governo da maioria. Não obstante, apesar do voto majoritário ser considerado pedra fundamental no sistema da democracia representativa, o mesmo não é suficiente para garantir decisões corretas ou mesmo resultados justos e racionais, uma vez que o princípio majoritário não assegura a igualdade política. Ou seja, o resultado do voto majoritário representa a voz dos vencedores e não necessariamente o bem comum ou o interesse de todos, e a questão está em saber se apenas o procedimento democrático seria capaz de assegurar um resultado justo e correto para todos.⁶

Por esta razão, nos Estados Constitucionais atuais, o governo da maioria deve conviver com os direitos das minorias, geralmente elevados à categoria de direitos fundamentais, já que o pluralismo e as minorias se fazem presentes, e todos, absolutamente todos, devem ser protegidos.⁷ O ideal moderno da igualdade e da autodeterminação impõe uma relação entre governantes e governados, tomada ora como identidade, ora mediada pela representação política. Em regra, no entanto, o “governo do povo” torna-se o “governo autorizado pelo povo” e a instrumentalização da cidadania⁸ e da soberania popular, em uma democracia contemporânea, faz-se pelo instituto da representação política.¹⁰

O fato de diferentes culturas postularem o mesmo direito de exercerem, num mesmo país, as suas diferenças, exige das democracias uma espécie de mediação entre a igualdade e a diferença, entre constâncias da maioria e devires criativos das minorias, na medida em que sua universalidade comporta.¹¹

E é aí que está a tensão entre democracia e constitucionalismo, na medida em que este acaba por limitar a liberdade de deliberação dos representantes eleitos pelo povo que, por sua vez, não podem elaborar leis que afrontem direitos fundamentais das minorias, ou mesmo individuais, elencados na Constituição.¹²

Para Jon ELSTER, o constitucionalismo se justifica como um ato de pré-compromisso que serve para proteger decisões imprudentes.¹³ Aqui, o papel das limitações constitucionais seria o de impedir que a sociedade modifique sua opinião em questões importantes baseada apenas em paixões, autoengano e histerias, que podem determinar

⁶ KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia*, 2007. Sequencia (Florianópolis), v. 56, p. 151, jun. 2008.

⁷ Idem.

⁸ BELLO, Enzo. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul: Educus, 2012. p. 13.

⁹ NASCIMENTO NETO, José Osório do. Cidadania e regulação no Estado Constitucional: apontamentos da democracia para a implementação de políticas públicas no Brasil. In: KNOERR, Viviane Coêlho de Sellos. (Org.). *Diálogos (im)pertinentes: Estado, Direito e Democracia*. Curitiba: Instituto Memória, 2014. p. 103.

¹⁰ SALGADO, Eneida Desiree. A representação política e sua mitologia. In: RUIZ, Jorge Fernández. (Org.). *Estudios de Derecho Electoral*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. p. 107.

¹¹ ALCALÁ, J. Alberto del Real. Problemas de gestión de la diversidad cultural en un mundo plural. In: RUIZ, Ruiz Ramón; et al. (Editores). *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*. Madrid: Dykinson, 2005. p. 57.

¹² KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia*, 2007. Sequencia (Florianópolis), v. 56, p. 151, jun. 2008.

¹³ ELSTER, Jon. Introducción. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. (Org.). *Constitucionalismo y democracia*. Estudio introductorio de Alejandro Herrera M. Ciudad del México: Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, 1999. p. 38.

que uma maioria temporal estabeleça alterações lamentadas posteriormente. Assim, a noção central é de que a assembleia constituinte aprova as leis fundamentais que são a base para todas as gerações seguintes. De modo que, só a assembleia constituinte é realmente um ator político, no sentido forte de *la politique politisante*; todas as gerações seguintes estão restritas a *la politique politisée*.

A partir dessa constatação, sugere uma noção de que através da assembleia constituinte a sociedade se amarra estabelecendo poderes de decisão sobre alguns temas ao judiciário e criando super-maiorias para a modificação da Constituição, propondo o ‘paradoxo da democracia’, segundo o qual: cada geração quer ser livre para obrigar a sua sucessora, enquanto não é obrigada pelos seus predecessores. No entanto, como se percebe, trata-se de discussão que pode ser enfrentada com base em argumentos intertemporais, pois, sob esta perspectiva, a Constituição é legítima somente porque todas as alternativas disponíveis carecem de legitimidade, dando a entender que a geração seguinte não tem obrigação de se sentir amarrada, nem possui o direito de legitimamente amarrar seus sucessores.

No entanto, como se sabe, o constitucionalismo do positivismo oitocentista é um constitucionalismo frágil que se limita a estabelecer o esquema básico da ordem política e de suas instituições, atribuindo competências e determinando procedimentos, um constitucionalismo das regras do jogo, dos limites que não podem ser ultrapassados, dos direitos que não podem ser transgredidos, um constitucionalismo de mínimos que estabelece um marco de convivência baseado na autonomia dos indivíduos nas esferas social e política.¹⁴

Na Suprema Corte norte-americana, por outro lado, afirmou-se um conjunto de técnicas de auto-restrição no exercício de sua função de revisão da legislação (*judicial self-restraint*). Com isso, tinha-se por objetivo harmonizar o exercício das funções estatais dentro de uma lógica de freios e contrapesos. Os seguintes elementos destacam-se nessa doutrina de autocontenção: (i) *cases and controversies*; (ii) *standing to sue*; (iii) *precedent*; (iv) *comity*; (v) *political questions*. Gustavo Ferreira SANTOS bem explica:

Com a primeira técnica, a controvérsia a ser analisada deve estar devidamente delimitada, uma vez que é função do Judiciário solucionar conflitos na aplicação da lei e não meramente emitir opiniões. A segunda técnica diz respeito à exigência de que prove a parte que requer a decisão da Suprema Corte o seu interesse direto na solução do conflito. Com a terceira técnica, o órgão de decisão apresenta-se vinculado a decisões anteriores, apesar de serem tais decisões passíveis de reapreciação, funcionando o precedente como uma espécie de guia às atividades, em razão da adoção da regra do *stare decisis*. A quarta técnica destaca o papel da Suprema Corte no sistema judicial da Federação, exigindo harmonização com os demais tribunais, o que faz necessária a exaustão dos recursos aos tribunais estaduais, como condição para que se exercite o direito de recurso ao tribunal superior. Na última técnica, que tem suscitado maiores polêmicas, a doutrina das questões políticas, exige a Corte que trate os casos levados à decisão da Suprema Corte de questões jurídicas *stricto sensu*, sendo presumida a constitucionalidade dos atos do legislador.¹⁵

¹⁴ CAMPUZANO, Alfonso de Julios; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Por quem dobram os sinos? Reflexões sobre neoconstitucionalismo e ciência jurídica. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 148, jul./dez. 2012.

¹⁵ SANTOS, Gustavo Ferreira. Neoconstitucionalismo e democracia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 43 n. 172, p. 49. out./dez. 2006. p. 49.

Com nuances que representam as diferenças entre os sistemas constitucionais dos Estados Unidos e do Brasil, todos esses elementos, de alguma forma, refletiram-se na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal ou nas normas que regem o nosso controle de constitucionalidade das leis. Ao ser explícita na Constituição a função de sua guarda, o Judiciário recebe uma atribuição política inegável. É preciso que o juiz constitucional tenha sempre isso claro na hora de decidir. O exercício dessa função deve ser observado e controlado pela sociedade, com consciência da dimensão política das questões constitucionais. Isso é da essência de sistemas que permitem ao Juiz revisar a legislação.¹⁶

Para Cristina QUEIROZ, essa realidade de uma concepção de direitos, que vai além do conceito de código e que traz o Poder Judiciário para o centro do constitucionalismo, implica um conceito de Direito que engloba, “além das normas, os princípios, os valores e as formas de argumentação, que servem de referência às decisões jurídicas”. Passa-se da dogmática à pragmática. Em outras palavras, a Jurisdição Constitucional tem, em sua atividade, um relacionamento estreito com o elemento político. Por isso, é prudente que se cuide para fugir de qualquer tentação de abuso desse poder.¹⁷

Nas palavras de Eneida Desiree SALGADO, “em nome de uma representação ‘adequada’ da vontade do eleitorado o Poder Judiciário acabou por impor mais um filtro entre o povo e o poder. (...) e em cenário de intensa fluidez ideológico-partidária, (...) esse intermediário apenas aumenta a impossibilidade de determinação do conteúdo da relação de representação”.¹⁸

No entanto, em que pese a tentativa de mitigar uma relação de representatividade por meio de uma Instituição Democrática – e responsável por valores substantivos das Sociedades – existem dois pontos que precisam ser trabalhados: (i) a tomada da responsabilidade pelo cidadão, que precisa compreender o seu papel na democracia e se dar conta das demais formas de interferência na formação da vontade política (sendo uma delas, por meio da educação); (ii) a legitimidade das Instituições do Estado Democrático de Direito que precisam ser democratizadas.¹⁹

Por um lado, a legitimidade demanda uma reconsideração profunda em duplo sentido: em primeiro lugar, porque não pode seguir sendo concebida como uma característica extrajurídica da norma, mas sim, é preciso que fique associada a uma concepção dinâmica de validade e eficácia; em segundo lugar, porque a legitimidade extrajurídica não pode seguir desvinculada da legitimidade política.²⁰ Seria inócua, por exemplo, atribuir ao Poder Judiciário e, logicamente aos seus ministros, a chamada apoliticidade (em sentido amplo). Portanto, anular ou reduzir a legitimidade de

¹⁶ *Ibidem*, p. 51.

¹⁷ QUEIROZ, Cristina. Constituição, constitucionalismo e democracia. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996. p. 477.

¹⁸ SALGADO, Eneida Desiree. A representação política e sua mitologia. In: RUIZ, Jorge Fernández. (Org.). *Estudios de Derecho Electoral*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011. p. 125.

¹⁹ Especialmente sobre democratização da jurisdição constitucional, recomenda-se: TAVARES NETO, José Querino; BARBOSA, Claudia Maria. Democratização da jurisdição constitucional: uma análise a partir de Pierre Bourdieu. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 36, n. 1, p. 60-84, jan./jun. 2012.

²⁰ CAMPUZANO, Alfonso de Julios; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Por quem dobram os sinos? Reflexões sobre neoconstitucionalismo e ciência jurídica. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 148, jul./dez. 2012.

Instituições Democráticas não parece ser o caminho mais acertado para reduzir a tensão entre Constitucionalismo e Democracia.

Por outro lado, este mesmo debate exige uma conexão imediata entre constitucionalismo e participação política, pois a base de todo regime constitucional é a expressão da vontade cidadã através de procedimentos legalmente previstos. Assim, sociedades plurais e suas respectivas cidadanias, enquanto centros de imputação de direitos difusos, somente adquirem sentido em uma ordem democrática através do exercício efetivo de participação democrática; de modo que a Constituição, enquanto modelo normativo que expressa uma vontade coletiva de convivência democrática, alcança sua máxima expressão através da participação como exercício de soberania popular.²¹

Com isso, o novo desenho institucional das relações plurais no constitucionalismo contemporâneo deve ficar sob o guarda-chuva protetor da legitimidade democrática, em conjunto com a participação como exercício de soberania popular. Difícil tarefa que recai sobre a mesma pergunta de outrora: como resolver este emblema? Como sustentar a atuação do Legislativo e/ou do Judiciário, na atividade de editar normas, criar direitos e afirmar a constitucionalidade das normas promulgadas?

O desenvolvimento de uma estrutura institucional de Estado Democrático de Direito, dotada de mecanismos adequados de representação, respaldada em critérios de legitimidade jurídico-político; somado à democratização destas mesmas Instituições, com participação nos processos de tomada de decisões, que refletem em demandas substantivas da Constituição, podem ser possíveis a partir do comportamento do multiculturalismo.

Neste caso, o multiculturalismo pode ser compreendido ou como fator social ou como teoria. O primeiro diz respeito à convivência de grupos distintos dentro de um mesmo território; a segunda possibilidade, por sua vez, toma o caráter normativo abrindo propostas para a solução dos conflitos provenientes da convivência entre diferentes pessoas ou grupos culturais que buscam a coexistência em um mesmo território. Aqui, existe a necessidade do reconhecimento público das diferenças para a sobrevivência dos diferentes grupos culturais em uma sociedade multicultural.

Ao se referir ao Estado (em sentido amplo) como detentor do Poder, levantou-se, num primeiro momento, a tensão existente entre Constitucionalismo e Democracia, evoluindo a discussão entre o exercício da soberania popular e a legitimidade das decisões das Instituições Democráticas que compõe o ordenamento jurídico brasileiro.

A partir deste contexto, propõe-se, aqui, a educação em direitos humanos como possível ponto de articulação entre o Constitucionalismo e a Democracia, considerando-se o comportamento institucional como modalidade de atuação do Estado Democrático de Direito e sua respectiva capacidade de integração entre Sociedades plurais e o Estado.

Quem se aproxima bastante desta (nova) proposta como instrumento de legitimidade das instituições democráticas no estado contemporâneo são as referências constitucionais latino-americanas. Apenas a título exemplificativo, sabe-se que: da Constituição de Weimar às constituições europeias do pós-guerra, o constitucionalismo social transforma profundamente a relação entre Estado e sociedade. O catálogo de

²¹ LEWIS, Norman. *Choice and the legal order: rising above politics*. Cambridge: Cambridge Univ., 1996. p. 1-30.

direitos fundamentais foi ampliado, abrangendo diversos direitos a prestações e à proteção da relação de trabalho.

Assim, defendendo um possível exemplo de correlação com o escopo de demonstrar que o liame entre o constitucionalismo e o multiculturalismo (característico também de um constitucionalismo latino-americano) reclama uma redefinição do modo de compreensão dos instrumentos democráticos para atender aos novos padrões do constitucionalismo contemporâneo, levanta-se a chamada integração de novos direitos e novos sujeitos de direito nas Sociedades Plurais.

Em que pese a questão do direito das minorias, dentro de um governo de maiorias, elevar a tensão já existente entre democracia e constitucionalismo, supõem-se, mutuamente, serem “equiprimordiais e co-originários”, constituindo um ao outro como afirma Menelick de CARVALHO NETTO: “a democracia só é democrática se for constitucional” e “o constitucionalismo só é constitucional se for democrático”.²²

Dessa forma – e a título exemplificativo, a participação das comunidades tradicionais nas discussões e debates favorece a construção de um país e de um regime político democrático com base num pluralismo social, político e cultural que considera e respeita as diferentes concepções e a diversidade cultural,²³ morando aí a atuação seja do Poder Legislativo, seja do Poder Judiciário, na atividade de editar normas, criar direitos e afirmar a constitucionalidade das normas promulgadas.

Daí a importância, sob uma perspectiva socioconstitucional, da educação em direitos humanos. Em sentido amplo, como meio de reafirmação da democracia e do constitucionalismo; e, em sentido estrito, através da reorganização de instituições democráticas e procedimentos adequados, que impliquem na efetiva participação de todos. Para tanto, não é preciso “força” ou “mão forte”, mas povo e Instituições democráticas fortificadas no espírito do socioconstitucionalismo. Isso significa vincular, teórica e praticamente, a educação em direitos humanos à articulação entre Democracia e Constitucionalismo contemporâneo.

3 O pluralismo epistemológico na equação dos processos culturais e do constitucionalismo latino-americano

O ser humano sempre buscou conhecer a natureza, entender o seu funcionamento, a causa de fatos e fenômenos. A busca pelo conhecer é própria da humanidade. Nesse sentido, diferentes são os caminhos percorridos por cada indivíduo e pela sociedade para entender o mundo a sua volta. É com base nessas perspectivas de epistemologia e de multiplicidade de formas de se conhecer que se encontra o pluralismo epistemológico.²⁴

²² CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia: a consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 88, p. 82-83, dez. 2003.

²³ ARBOS, Kerlay Lizane; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Constitucionalismo x democracia: o multiculturalismo e as comunidades tradicionais. *Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 57-58, jan./jun. 2010.

²⁴ SOUZA, Sanny Santos de. *Avaliação externa baseada no pluralismo epistemológico: um estudo sobre o tema “Ser Humano” e “Saúde” no estado de Sergipe*. 2016. 86 f. Dissertação (Pós-Graduação em Ensino de Ciências) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2016.

O pluralismo epistemológico nasce em oposição a ideia que se tinha sobre universalidade de conhecimento, o “universalismo epistemológico”. Para os universalistas, existe um conjunto de valores que o indivíduo acredita serem universais, uma verdade absoluta, uma cientificidade independente dos valores culturais.²⁵ Para explicar a “Epistemología pluralista”, no livro “Reflexiones sobre la educación superior en el Estado Plurinacional de Bolivia”, Raúl Prada ALCOREZA expõe que:

Pluralismo epistemológico nos lleva al horizonte abierto de la interculturalidad emancipadora, más allá de la multiculturalidad liberal, que concibe una jerarquía cultural, desde el núcleo de la cultura moderna, haciendo concesiones “democráticas” a las otras culturas. En cambio la interculturalidad emancipadora se plantea un descentramiento respecto de la cultura dominante, la moderna, y concibe la equivalencia cultural, comprendiendo la posibilidad civilizatoria de todas las culturas.²⁶

Nessa perspectiva de um pluralismo comunitário-participativo, há de se chamar a atenção para o fato de que a insuficiência das fontes clássicas do monismo estatal determina o alargamento dos centros geradores de produção jurídica mediante outros meios normativos não-convencionais, sendo privilegiadas neste processo, as práticas coletivas engendradas pelos movimentos sociais,²⁷ inserindo-se, aqui justamente a relação entre Direito, Estado, Sociedades, Povos e Meio Ambiente. Será que as “lentes da modernidade” foram confeccionadas para perceber a complexidade dos fatos da vida?²⁸

Aproximando este ponto sobre o multiculturalismo na educação, a partir de uma perspectiva de reconhecimento das pluralidades culturais, visualiza-se desafios postos a prática do profissional no contexto educacional. Aqui, HAMADA também questiona: será que a regulação do quase-mercado educacional não parece sujeita à distorção decorrente de tensões políticas-institucionais?²⁹

Ao defender-se multiculturalismo e processos culturais, não se põe em evidência o fato de também o professor emergir de um universo cultural. Também ele foi educado segundo determinados padrões culturais que devem, de certo modo, ser superados para que possa abrir-se para os outros.³⁰ Nessa mesma sequência, PRADA RAMÍREZ explica que:

²⁵ CANEN, Ana. O multiculturalismo e seus dilemas: implicações na educação. *Comunicação & Política*, v. 25, n. 2, p. 91-107, 2007.

²⁶ ALCOREZA, Raúl Prada. Epistemología pluralista. In: ZAMBRANA, Amílcar. *Pluralismo epistemológico. Reflexiones sobre la educación superior en el Estado Plurinacional de Bolivia*. FUNPROEIB: Andes, 2014. p. 13-54.

²⁷ WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997. p. 137.

²⁸ TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; GONÇALVES, Daniel Diniz. Pluralismo epistemológico no Direito e nas Universidades. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 39, n. 1, p. 181, jan./jun. 2015. <http://dx.doi.org/10.5216/rfd.v39i1.38202>.

²⁹ HAMADA, Guilherme Henrique. Instrumentos constitucionais para regulação do quase-mercado da educação superior brasileira. In: BONAT, Alan Lui; NASCIMENTO NETO, José Osório do; QUETES, Regeane Bransin. *Políticas públicas e desenvolvimento*. Curitiba: Íhala, 2016. p. 226.

³⁰ WERNECK, Vera Rudge. Uma avaliação sobre a relação multiculturalismo e educação. *Ensaio: aval. pol. públ. Educ.*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 60, p. 418, jul./set. 2008.

En realidad, se espera de la universidad una transformación social y productiva, una educación que contribuya eficazmente a la convivencia democrática y la reactivación económica de las regiones del país, que colabore, con la creación del conocimiento, a la transformación social y productiva de nuestras sociedades.³¹

Indiretamente, mas de forma precisa, Maria Cristina Vidotte Blanco TÁRREGA e Daniel Diniz GONÇALVES também explicam a importancia do pluralismo epistemológico na equação do multiculturalismo e do constitucionalismo latino-americano:

O aspecto interdisciplinar reclama que os campos do saber devem se abrir a outras disciplinas, comunicar-se e lutar contra a resistência gremial de corporações. Não se trata apenas de abrir o direito à economia, história, ciências sociais ou política, mas que, dentro do próprio Direito haja elementos econômicos, históricos, políticos, éticos e sociais, em uma perspectiva de verticalização de todas as produções de saberes, científicos e tradicionais.³²

Em outras palavras, é por meio do pluralismo epistemológico, inserido na equação do multiculturalismo e do constitucionalismo latino-americano, que se espera uma possibilidade de repensar o Direito e a Educação moderna, rechaçando a visão hegemônica eurocentrista dos saberes, assim também qualificadas como uniformes, binárias, excludentes e hierárquicas. No mesmo sentido, a esperada emancipação, para além de privações e marginalizações, só será possível a partir do reconhecimento e da maximização de (novos) direitos como mecanismos de enfrentamento de tensões entre democracia e constitucionalismo emergente.

4 Desafios dos processos culturais entre os (novos) direitos do século XXI

É exatamente aqui que se nota a necessidade do avanço do conhecimento científico no ambiente de estudo metodológico para avaliação de políticas educacionais. Primeiro, porque existe, sim, uma necessidade prévia de identificação de habilidades afetivas para a avaliação de uma política pública sociocultural. Não se trata de um mero questionamento subjetivo, que, claro, poderia dar margem a distorções num processo de avaliação minimamente confiável, mas de ponto metodológico que não pode ser ignorado ao se perguntar se existe ou não vontade de ambas as partes envolvidas na construção do conhecimento, razão pela qual a afetividade e a afinidade em relação à educação em direitos humanos precisam ser identificadas de forma imediata.

De forma sequencial, as habilidades cognitivas precisam ser tratadas como exigência de tutela estatal na prática de educação, pois é justamente por meio de uma percepção de formação qualitativa e de seu respectivo conhecimento que o professor consegue, por exemplo, captar a reação da turma e suas possíveis dificuldades durante o aprendizado.

³¹ PRADA RAMÍREZ, Fernando. Pensamiento de frontera y epistemologías en la educación superior. In: ZAMBRANA, Amílcar. *Pluralismo epistemológico*. Reflexiones sobre la educación superior en el Estado Plurinacional de Bolivia. FUNPROEIB: Andes, 2014. p. 73.

³² TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; GONÇALVES, Daniel Diniz. Pluralismo epistemológico no Direito e nas Universidades. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 39, n. 1, p. 181, jan./jun. 2015. <http://dx.doi.org/10.5216/rfd.v39i1.38202>.

Somada a estes pontos tem-se o mecanismo de interação entre os discentes como ponto de observação metodológico para a avaliação de uma política pública educacional, lembrando que, por se tratar de uma linguagem não verbal, a ausência de uma participação ativa, efetiva e intensa entre os sujeitos que compõem a turma também pode desestimular o aluno e/ou até mesmo o grupo. Isso significa, em outras palavras, que referida política pública social, voltada notadamente à educação, provavelmente só terá sucesso se houver a percepção real de que o grupo caminha junto durante o processo de aprendizagem.

Nesse mesmo ambiente, para a avaliação de uma política social no ambiente de aprendizagem, não se pode ignorar, em nenhuma hipótese, a comunicação entre professores e alunos, isso porque referido ambiente apresenta peculiaridades específicas como a linguagem não verbal. A postura do professor se traduz de certa forma como mecanismo indutor de uma política pública eficiente³³ e qualitativa.

E, por último, nestes breves traços metodológicos, para avaliação de uma política pública de educação, não se pode esquecer de que cada aluno tem seu próprio ritmo, cabendo ao professor fazer um planejamento individual-coletivo, seja em relação ao tempo, seja em relação à interdisciplinaridade do conteúdo propriamente dito. Fomentar uma conexão entre teoria e prática, é conceder ao aluno a possibilidade de demonstrar não apenas o que foi capaz de absorver como informação transmitida, mas também de expor seu pensamento, de forma a contribuir para o desenvolvimento da coletividade em que está inserido, justificando-se, portanto, mais uma tutela do Estado para o desenvolvimento da educação como direito social.

Em síntese, o professor precisa ter um repertório de conhecimentos e experiências bem diversificado, que se traduz, por sua vez, num passaporte para que ele apresente novas possibilidades diante da prática docente, incluindo-se aí a sala de aula e a temática dos direitos humanos, como ponto de partida para a resolução de conflitos socioambientais. Exatamente nesta linha, a inquietude, a curiosidade e os questionamentos reforçam a disposição do professor para sempre aprender continuamente, contribuindo de forma ativa para a construção e reconstrução do conhecimento, sendo este respaldado por um processo de ensino-aprendizado qualificado, bem organizado, planejado e estruturado.

5 Considerações finais

Em resposta à problemática apresentada, podem ser extraídas algumas conclusões articuladas, com as quais se pretende contribuir para o debate desse importante tema da atualidade.

Em linhas gerais, a democracia significa o povo decidindo as questões politicamente relevantes da sua comunidade, inclusive, os conteúdos da constituição; e, o constitucionalismo, limites à soberania popular.

A Constituição se autoimpõe como manifestação da soberania popular e do poder constituinte, vinculando ambos. Com isso, a conjugação entre constitucionalismo e democracia absorve outra discussão: o exercício da soberania popular e o poder

³³ Sobre a compreensão da expressão, recomenda-se: GABARDO, Emerson; GUIMARÃES, Edgar; LIBORIO, Daniela Campos. (Org.). *Eficiência e Ética no Direito Administrativo*. Curitiba: Íthala, 2017.

constituente. O constitucionalismo, em vez de frear o poder constituinte, exhibe-o e o reafirma quando garante e protege os compromissos históricos e socioculturais conquistados ao longo do tempo.

Com o constitucionalismo contemporâneo, “se desfazem” os sistemas jurídicos constitucionais antes fechados ao reconhecimento da pluriculturalidade e da multi-ethnicidade³⁴, surgindo uma postura constitucionalista forte, na qual a constituição não se basta como parâmetro orientador da política, mas se faz efetiva, com a fiscalização de uma jurisdição constitucional atuante e expansiva.

O fenômeno da judicialização da política afirma a expansão do Poder Judiciário no estado contemporâneo, provocando conflitos com os poderes Legislativo e Executivo, ao mesmo tempo em que “minorias” – a partir de Sociedades Plurais, passam a exigir, naturalmente, um espaço contramajoritário. O reconhecimento judicial dos direitos de “minorias”, ao contrário de significar uma ofensa ao princípio da separação dos poderes ou uma usurpação da função legislativa pelo poder judiciário, representa o reforço da própria democracia, desde que, claro, sob a premissa da democratização da jurisdição constitucional;

Assim, diante de um pretensão clico vicioso de tensão entre constitucionalismo e democracia, que parece insolúvel, soluções exigem novos desenhos institucionais, rediscussão de mecanismos de exercício da soberania popular e da legitimidade dos poderes instituídos em meio aos conflitos socioambientais.

A relação entre Estado, Sociedades, Povos e Meio Ambiente, nessa matéria, deve se pautar pelo aspecto multidisciplinar do chamado pluralismo epistemológico, na equação do multiculturalismo e do constitucionalismo latino-americano, que anima a tutela constitucional dos direitos socioculturais. Concessões de prestações individuais, sem a concomitante universalização e maximização do atendimento educacional, acabam por fulminar a própria razão de ser da proteção jurídica dos direitos em questão.

Como proposta (não de resposta aos questionamentos acima, mas como contribuição ao avanço do conhecimento plural), coloca-se a educação em direitos humanos como modalidade de atuação de um Estado Democrático de Direito para articular essa tensão entre constitucionalismo e democracia. Trata-se de uma educação, sob a perspectiva de multiculturalismo, dentro de um Estado Constitucional, que investiga os papéis do Direito na concepção e construção de sociedades plurais, por meio de desenhos institucionais que demonstrem o compromisso entre os dois polos da relação, seja em relação ao exercício de soberania popular, seja em relação à legitimidade de Instituições Democráticas, ambas capazes de criar direitos, afirmar e maximizar a constitucionalidade das normas promulgadas, para-além de posições binárias, excludentes ou dominatórias.

Em outras palavras, é preciso saber como canalizar as instituições para a promoção de mecanismos de inclusão social e construção da cidadania. A avaliação de uma política sociocultural no ambiente de aprendizagem, não se pode ignorar, em nenhuma hipótese, a comunicação entre professores e alunos, isso porque referido ambiente pode apresentar, naturalmente, peculiaridades específicas. Aqui, o repertório de conhecimentos e experiências bem diversificados se traduz num passaporte para que

³⁴ TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; GONÇALVES, Daniel Diniz. Estados plurinacionais como luta insurgente emancipadora. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 40, n.1, p. 74 - 94, jan./jun. 2016. <http://dx.doi.org/10.5216/rfd.v40i1.39314>.

apresentação de novas possibilidades diante da prática docente, incluindo-se aí a sala de aula e a temática dos direitos humanos, como ponto de partida para a resolução de conflitos socioculturais.

Em síntese, sob a perspectiva socioconstitucional, parte-se do pressuposto que diz respeito ao nexos interno entre a soberania popular e o exercício de direitos, que está na base da ação do Estado Democrático de Direito, inclusive, para suas próprias Instituições, morando justamente aí a educação em direitos humanos para a articulação entre Democracia e Constitucionalismo Latino-americano.

Referências

ALCALÁ, J. Alberto del Real. Problemas de gestión de la diversidad cultural en un mundo plural. In: RUIZ, Ruiz Ramón; et al. (Editores). *Derechos fundamentales, valores y multiculturalismo*. Madrid: Dykinson, 2005.

ALCOREZA, Raúl Prada. Epistemología pluralista. In: ZAMBRANA, Amílcar. *Pluralismo epistemológico*. Reflexiones sobre la educación superior en el Estado Plurinacional de Bolivia. FUNPROEIB: Andes, 2014. p. 13-54.

ALVINO-BORBA, Andreilcy; MATA-LIMA, Abel; MATA-LIMA, Herlander. PINHEIRO, Adilson; ALMEIDA, José Antônio. Impactos dos desastres naturais nos sistemas ambiental e socioeconômico: o que faz a diferença? *Ambiente & Sociedade*, São Paulo, v. 16, n. 3, p. 46, jul./set. 2013.

ARBOS, Kerlay Lizane; SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés. Constitucionalismo x democracia: o multiculturalismo e as comunidades tradicionais. *Prismas: Dir., Pol. Publ. e Mundial*, Brasília, v. 7, n. 1, p. 57-58, jan./jun. 2010.

BARBOSA, Erivaldo Moreira; NÓBREGA, Maria de Fátima. O Direito Ambiental em perspectiva: da hermenêutica-sistêmica ao saber ambiental. *Veredas do Direito*, Belo Horizonte, v. 10, n. 20, p. 183, jul./dez. 2013.

BELLO, Enzo. *A cidadania no constitucionalismo latino-americano*. Caxias do Sul: Educs, 2012.

CAMPUZANO, Alfonso de Julios; NASCIMENTO, Valéria Ribas do. Por quem dobram os sinos? Reflexões sobre neoconstitucionalismo e ciência jurídica. *Revista de Direitos Fundamentais e Democracia*, Curitiba, v. 12, n. 12, p. 148, jul./dez. 2012.

CANEN, Ana. O multiculturalismo e seus dilemas: implicações na educação. *Comunicação & Política*, v. 25, n. 2, p. 91-107, 2007.

CARVALHO NETTO, Menelick de. Racionalização do ordenamento jurídico e democracia: a consolidação das leis e o aperfeiçoamento da democracia. *Revista Brasileira de Estudos Políticos*, Belo Horizonte, n. 88, p. 82-83, dez. 2003.

CHUEIRI, Vera Karam de; RAMOS, Diego Motta. Liberdade de expressão, constitucionalismo e democracia: meios de comunicação de massa e regulação. *Revista Jurídica da Presidência*, Brasília, v. 14, n. 104, p. 558, out. 2012/jan. 2013.

CORTINA, A. Ciudadanía Intercultural, [s/p.]. CONILL, J. (Coord.). *Glosario para una sociedad intercultural*. Valência: Bancaja, 2002.

DERANI, Cristiane. Direito Ambiental Internacional e globalização. In: RAMINA, Larissa Liz Odreski; FRIEDRICH, Tatyana Scheila. (Org.). *Direito Internacional multifacetado: direitos humanos, meio ambiente e segurança*. v. II. Curitiba: Juruá, 2014. p. 13-33.

ELSTER, Jon. Introducción. In: ELSTER, Jon; SLAGSTAD, Rune. (Org.). *Constitucionalismo y democracia*. Estudio introductorio de Alejandro Herrera M. Ciudad del México: Colegio Nacional de Ciencias Políticas y Administración Pública, 1999.

FACHIN, Melina Girardi. *Direitos humanos e desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2014.

FUGITA JUNIOR, Nelson; NASCIMENTO NETO, José Osório do. Os bens culturais e os reflexos econômicos decorrentes do instituto do tombamento. In: FREITAS, Vladimir Passos de; MILKIEWICZ, Larissa. (Org.). *Direito Ambiental: tecnologia e impactos econômicos*. Curitiba: Juruá, 2018. p. 133-149.

GABARDO, Emerson. O princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse privado como fundamento do Direito Administrativo Social. *Revista de Investigações Constitucionais*, Curitiba, v. 4, n. 2, p. 95-130, maio/ ago. 2017.

GABARDO, Emerson; GUIMARÃES, Edgar; LIBORIO, Daniela Campos. (Org.). *Eficiência e Ética no Direito Administrativo*. Curitiba: Íthala, 2017.

GARDNER, Howard. Para cada pessoa, um tipo de educação. In: *Fronteiras do Pensamento*. Disponível em: <<http://www.youtube.com/watch?v=tLHrC1ISPXE>>. Acesso em: 07 de ago. 2013.

GOMES, Eduardo Biacchi; ROSSI, Amélia Sampaio. Neoconstitucionalismo e a (re)significação dos direitos humanos fundamentais. *Revista da Ajuris*, Porto Alegre, v. 41, n. 133, p. 63-82, mar. 2014.

HAMADA, Guilherme Henrique. Instrumentos constitucionais para regulação do quase-mercado da educação superior brasileira. In: BONAT, Alan Lui; NASCIMENTO NETO, José Osório do; QUETES, Regeane Bransin. *Políticas públicas e desenvolvimento*. Curitiba: Íthala, 2016. p. 199-228.

KOZICKI, Katya; BARBOZA, Estefânia Maria de Queiroz. *Jurisdição constitucional brasileira: entre constitucionalismo e democracia*, 2007. Sequencia (Florianópolis), v. 56, p. 151, jun. 2008.

LEWIS, Norman. *Choice and the legal order: rising above politics*. Cambridge: Cambridge Univ., 1996. p. 1-30.

LEXY, Robert. *Constitucionalismo discursivo*. Tradução de Luís Afonso Heck. 3. ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2011. p. 155-166.

MAMED, Danielle de Ouro. La modernidad y la mercantilización de la naturaleza: buscando nuevos caminos frente a la crisis socioambiental. *Revista de Derechos Humanos y Estudios Sociales*, v. 1, p. 101-120, 2015.

MELLO, Luci Ferraz de. *Educomunicação na educação: o diálogo a partir das mediações do tutor*. 306 f. (Dissertação de Mestrado). Programa de Pós-Graduação em Ciência da Comunicação. Escola de Comunicação da Universidade de São Paulo. 2010.

MORAES, Germana de Oliveira e FREITAS, Raquel Coelho. O novo constitucionalismo latino-americano e o giro ecocêntrico da Constituição do Equador de 2008: os direitos de Pachamama e o bem viver (sumak kawsay). In: WOLKMER, Antonio Carlos e MELO, Milena Petters. *Constitucionalismo latino-americano: tendências contemporâneas*. Curitiba: Juruá, 2013.

NASCIMENTO NETO, José Osório do. Cidadania e regulação no Estado Constitucional: apontamentos da democracia para a implementação de políticas públicas no Brasil. In: KNOERR, Viviane Coelho de Sellos. (Org.). *Diálogos (im)pertinentes: Estado, Direito e Democracia*. Curitiba: Instituto Memória, 2014. p. 103-121.

NASCIMENTO NETO, José Osório do. Multiculturalismo e (novos) direitos entre Democracia e Constitucionalismo latino-americano. *Revista da Faculdade de Direito da UFG, Goiânia*, v. 40, n. 2, p. 112-132, jul./dez. 2016.

NASCIMENTO NETO, José Osório do. *Políticas públicas e regulação socioambiental*. Governança, estratégias e escolhas públicas: energia e desenvolvimento em pauta. Curitiba: Íthala, 2017.

NASCIMENTO NETO, José Osório do; ALTHAUS, Ingrid Milano Centa. Educação plural e democracia latino-americana. In: BETTES, Maria Janaina; FURIATTI, Luiza de Araujo; SOUZA, Maria Augusta Oliveira de; NASCIMENTO NETO, José Osório do. (Org.). *Justiça e Democracia*. Curitiba: Íthala, 2018. p. 133-153.

OLIVEIRA, Fábio Corrêa Souza de; STRECK, Lenio. Um Direito Constitucional Comum Latino-Americano: por uma teoria geral do novo constitucionalismo latino-americano. *Revista do Instituto de Hermenêutica Jurídica*, ano 10, n. 11. Belo Horizonte: Fórum, 121-151, 2012.

PRADA RAMÍREZ, Fernando. Pensamiento de frontera y epistemologías en la educación superior. In: ZAMBRANA, Amílcar. *Pluralismo epistemológico*. Reflexiones sobre la educación superior en el Estado Plurinacional de Bolivia. FUNPROEIB: Andes, 2014. p. 55-92.

QUEIROZ, Cristina. Constituição, constitucionalismo e democracia. In: MIRANDA, Jorge (Org.). *Perspectivas constitucionais: nos 20 anos da Constituição de 1976*. Coimbra: Coimbra, 1996.

ROSSI, Amélia do Carmo Sampaio. *Neoconstitucionalismo: ultrapassagem ou releitura do positivismo jurídico?* Curitiba: Juruá, 2011.

SALGADO, Eneida Desiree. A representação política e sua mitologia. In: RUIZ, Jorge Fernández. (Org.). *Estudios de Derecho Electoral*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

SANTILLI, Juliana. *Socioambientalismo e novos direitos: proteção jurídica à diversidade biológica e cultural*. São Paulo: Peirópolis, 2005.

SANTOS, Gustavo Ferreira. Neoconstitucionalismo e democracia. *Revista de Informação Legislativa*, Brasília, a. 43 n. 172, p. 49. out./dez. 2006.

SANTOS, André Leonardo Copetti; SANTOS, Evelyne Freistedt Copetti. Democracia em cidades multiculturais. Ressignificando os sistemas de tomadas de decisão públicas à luz dos direitos humanos das minorias. *Revista Direitos fundamentais Democracia*, Curitiba, v. 19, n. 19, p. 169-209, jan./jun. 2016.

SARLET, Ingo Wolfgang; FENSTERSEIFER, Tiago. *Direito Constitucional Ambiental: estudos sobre a Constituição, os direitos fundamentais e a proteção do ambiente*. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2014.

SILVA, Larissa. O multiculturalismo e a política de reconhecimento de Charles Taylor. *Revista NEJ – Novos Estudos Jurídicos*, Univali, v. 11, n. 2, p. 313-322, jul./dez. 2006.

SILVA JÚNIOR, Gladstone Leonel da; SOUZA, Roberto Martins de Souza. As comunidades tradicionais e a luta por direitos étnicos e coletivos no sul do BR. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 33, n. 2, 128-142, jul./dez. 2009.

SOUZA, Sanny Santos de. *Avaliação externa baseada no pluralismo epistemológico: um estudo sobre o tema “Ser Humano” e “Saúde” no estado de Sergipe*. 2016. 86 f. Dissertação (Pós-Graduação em Ensino de Ciências) – Universidade Federal de Sergipe, São Cristóvão, 2016.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. El nuevo constitucionalismo en América Latina y los derechos de los pueblos indígenas. In: SANCHEZ, Enrique (org.). *Derecho de los pueblos indígenas en las constituciones de América Latina*: Bolívia, Brasil, Colombia, Ecuador, Guatemala, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Peru y Venezuela. Santafé de Bogotá: Disloque, 1996.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. De como a natureza foi expulsa da modernidade. *Revista Crítica do Direito*, São Paulo, v. 66, p. 88-105, 2015.

SOUZA FILHO, Carlos Frederico Marés de. Multiculturalismo e direitos coletivos. In: SANTOS, Boaventura de Souza (Org.). *Reconhecer para libertar: os caminhos do cosmopolitismo multicultural*. Rio de Janeiro: Civilização Brasileira, 2003.

TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; GONÇALVES, Daniel Diniz. Estados plurinacionais como luta insurgente emancipadora. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 40, n.1, p. 74 - 94, jan./jun. 2016. <http://dx.doi.org/10.5216/rfd.v40i1.39314>.

TÁRREGA, Maria Cristina Vidotte Blanco; GONÇALVES, Daniel Diniz. Pluralismo epistemológico no Direito e nas Universidades. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 39, n. 1, p. 175-193, jan./jun. 2015. <http://dx.doi.org/10.5216/rfd.v39i1.38202>.

TAVARES NETO, José Querino; BARBOSA, Claudia Maria. Democratização da jurisdição constitucional: uma análise a partir de Pierre Bourdieu. *Revista da Faculdade de Direito da UFG*, v. 36, n. 1, p. 60-84, jan./jun. 2012.

TAYLOR, Crarles. *El multiculturalismo y “la política del reconocimiento”*. México, Fondo de Cultura Económica, 1993.

WERNECK, Vera Rudge. Uma avaliação sobre a relação multiculturalismo e educação. *Ensaio: aval. pol. públ. Educ.*, Rio de Janeiro, v. 16, n. 60, p. 413-436, jul./set. 2008.

WOLKMER, Antônio Carlos. *Pluralismo jurídico: fundamentos de uma nova cultura no Direito*. 2. ed. São Paulo: Alfa Omega, 1997.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

NASCIMENTO NETO, José Osório do. Representações político-culturais entre as reformas do constitucionalismo latino-americano. In: GALLO, William Iván et al. (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 39-52. ISBN 978-85-450-0569-8.

EL RENACER DE UN DESACIERTO: SANCIONES ADMINISTRATIVAS Y JURISPRUDENCIA RECIENTE DEL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL EN CHILE ¿EL FIN DE LA POTESTAD SANCIONADORA?

FRANCISCO URTUBIA MARÍN

I A modo de introducción: *¿Lobos en pieles de oveja?* El temor frente a un Estado *absoluto*.

“Esta es la generación de aquel gran Leviatán, o más bien (hablando con más reverencia), de aquel *dios mortal* (...) que por el *terror* que inspira es capaz de conformar las voluntades de todos ellos para la paz, en su propio país, y para la mutua ayuda contra sus enemigos, en el extranjero. Y en ello consiste la esencia del Estado”. Thomas Hobbes, *El Leviatán* (publicado por primera vez en 1651).

En filosofía política, no cabe duda que la tesis contractualista más controversial es la de Thomas Hobbes. El reconocido filósofo inglés nos presenta un poder soberano sin frenos, un monstruo denominado *Leviatán* que vendría a surgir tras un supuesto pacto entre todos los súbditos, conformando una voluntad única que no admite ningún tipo de disenso.¹ No es de extrañarnos que el *Leviatán* sea la figura que se vincula con el *despotismo administrativo*, y es que, en efecto, para una tradición liberal que reconoce la separación de poderes como la nuestra, figuras como las de un Estado absoluto son un peligro.

La inspiración que notoriamente existía tras esos proyectos de ley era una teoría de la democracia bien degradada, según la cual a los órganos administrativos cabía reconocerles no sólo mayores poderes que a los tribunales, sino también poderes jurisdiccionales y normativos (propios del Legislativo).²

¹ HOBBS, Thomas. *El Leviatán*. México: Fondo de Cultura Económica, 1940.

² VERGARA, Alejandro. Sanciones, despotismo e identidad del Derecho Administrativo. *El Mercurio*, sección de análisis jurídico y regulatorio económico. Santiago, 20 abr. 2018. Disponible en: <<http://www.elmercurio.com/>

La cita precedente responde al conflicto suscitado en razón del reciente control de constitucionalidad ejercido por el Tribunal Constitucional chileno (en adelante TC) a los proyectos de ley que buscaban dotar de potestades sancionadoras a la Dirección General de Aguas (DGA) y al Servicio Nacional del Consumidor (SERNAC), siendo este último proyecto el que ha generado más pugnas dentro del mundo académico.

El Servicio Nacional del Consumidor es heredero de la paradigmática Dirección de Industria y Comercio (DIRINCO), que a través de las unidades administrativas locales de Juntas de Abastecimiento y Control de Precios (JAP) creadas durante los últimos años del gobierno de la Unidad Popular (1970-1973), se ejercía una problemática actividad consistente en fijar precios en el mercado, buscando luchar contra la “especulación y los monopolios, promoviendo el mejor aprovechamiento de los medios de subsistencia del pueblo y cooperando en general con todas las funciones de la Dirección de Industria y Comercio”.³ Es bastante claro que tanto la DIRINCO como la JAP eran expresiones de un *Leviatán* que ascendía sin mayores controles; pudiendo fiscalizar, sancionar, normar y provocar incertidumbre en un mercado en constante crisis.

La historia posterior a la eclosión inflacionaria del modelo intervencionista en Chile es bastante conocida. La *doctrina del shock* ejercida por la dictadura cívico-militar impuso la antípoda a la propuesta socialista: un modelo de Estado mínimo impensado bajo el normal curso democrático; a lo que se sumó una creciente y hegemónica doctrina constitucional autoritaria, en donde se radicaba toda potestad sancionadora -incluyendo la administrativa- en los tribunales de justicia.⁴ Y es que el miedo a un fenómeno como el vivido en Chile en tiempos de guerra fría caló hondo, facilitando la apertura del poder a órganos que si bien se reputan imparciales no están necesariamente especializados en lo contencioso administrativo.⁵

El exacerbado respeto al rol que juegan los tribunales chilenos es tal, que incluso el proyecto de ley aquí tratado no buscaba despojar de funciones a los Juzgados de Policía Local, sino que más bien dejar a opción del consumidor presentar su demanda a través de éste o directamente en el SERNAC. La diferencia está dada en que éste último órgano es especializado en derecho del consumidor, además de que el proyecto de ley establece que su actuar sería gratuito para los particulares. Sin perjuicio de lo anterior, el TC señala que las disposiciones declaradas inconstitucionales:

Vienen a traspasar facultades punitivas, desde los tribunales de justicia o juzgados de policía local, al Servicio Nacional del Consumidor, *sin que esta cesión de competencias aparezca justificada razonablemente*. Si este Tribunal Constitucional no objeta el incremento de las

legal/noticias/analisis-juridico/2018/03/20/sanciones-despotismo-e-identidad-del-derecho-administrativo.aspx>. Acceso en: 25 abr. 2018.

³ DIRECCIÓN DE INDUSTRIA Y COMERCIO. *RESOLUCIÓN N°112*: Orientaciones para el trabajo de la JAP. Chile: Centro de Estudios Miguel Enríquez, 1973.

⁴ Sobre el *shock neoliberal* aplicado en Chile, véase: KLEIN, Naomi. *La doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre*. España: Paidós, 2007. 110 f. 136 v. En lo relativo a la instauración de un constitucionalismo autoritario, véase: RUIZ-TAGLE, Pablo; CRISTI, Renato. *El constitucionalismo del miedo*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2014. 153 f. 77 163 v.

⁵ Al respecto, véase: PIERRY, Pedro. Tribunales contencioso administrativos. *Revista de Derecho*: Editada por el Consejo de Defensa del Estado, Santiago de Chile, v. 2, n. 1, p.56-65, dic. 2000. Semestral. Disponible en: <<http://www.cde.cl/estudiosybiblioteca/wp-content/uploads/sites/15/2016/05/REVISTA-DE-DERECHO-2.pdf>>. Acceso en: 25 jun. 2018.

multas que estas y otras disposiciones del Proyecto establecen; *si se comprueba que con estas normas no se busca beneficiar ni siquiera a los consumidores*, dado que todas las multas van en beneficio fiscal, y dado que el cambio de adjudicador de la pena implica la pérdida de una garantía judicial para los proveedores, todo lo anterior, unido, lleva a concluir que las normas referidas son inconstitucionales, por privar a los tribunales de una potestad sin motivo válido ni cuestionamiento jurídico alguno (el énfasis es nuestro).⁶

Uno de los académicos defensores del reciente actuar del TC, Alejandro Vergara, considera que dotar a estos órganos de potestades sancionadoras no sólo carece de fundamento razonable sino que también supone crear *lobos con piel de oveja*, atentando contra el fundamento que da vida al derecho administrativo, esto es, proteger los derechos de los particulares.

El derecho administrativo nació hace dos siglos precisamente para impedir el `despotismo administrativo`. En efecto, las bases y principios que le dieron origen como cultura y como disciplina (nacimiento que, como sabemos, se produjo en el mismo momento que nacían las democracias y la modernidad) están dirigidas a evitar el descontrol de la burocracia y evitar que (como los reyes déspotas del Antiguo Régimen) se arrogue funciones que en nuestra democracia corresponden a otros poderes del Estado.⁷

Esta fundamentación propia del Derecho Natural, autodenominada democrática en razón de una entusiasta forma de comprender la separación de poderes, es en definitiva una forma de ver el derecho más enfocada en poner límites y controlar que en permitir un actuar administrativo eficaz. En Chile tiene como principal exponente a Eduardo Soto Kloss, quien tendría una considerable influencia en las principales universidades en tiempos de dictadura cívico-militar, siendo sus disruptivas tesis evidentemente serviles ante un gobierno que observaba con suspicacia el actuar de la administración en el ámbito económico. Como nos señala el destacado profesor, Raúl Letelier:

El principal logro de las teorías de este autor (Soto Kloss) fue que generaron eficientemente control contencioso-administrativo en una época en que la Administración respondía o era controlada de forma muy deficiente. Las máximas sotoklossianas de la primacía de la persona, la nulidad ipso jure y ab initio, la responsabilidad objetiva, la proscripción de la autotutela, la aplicación de garantías penales a las sanciones administrativas, el debido proceso administrativo, entre otras, fueron instrumentos muy eficaces para producir control judicial y en esto radica el principal mérito de la obra que las contuvo.⁸

Los postulados de Soto Kloss en derecho administrativo han sido progresivamente abandonados por la jurisprudencia, por lo que no es de extrañarnos que las razones esgrimidas en los fallos relativos a la DGA y al SERNAC no hayan estado exentas de

⁶ CHILE. Tribunal Constitucional. Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley Que Modifica Ley N° 19.496, Sobre Protección de Los Derechos de Los Consumidores, Correspondiente Al Boletín N° 9369-03. n° 4012 - 17. *Sentencias del Tribunal Constitucional*. Chile, 18 en. 2018. Considerando cuadragésimo primero.

⁷ VERGARA, Alejandro. Sanciones, despotismo e identidad del Derecho Administrativo. *El Mercurio*, sección de análisis jurídico y regulatorio económico. Santiago, 20 abr. 2018.

⁸ LETELIER, Raúl. El retroceso de Soto Kloss. Tribunal Constitucional en materias de aguas. *Diario Constitucional*, sección Debate Constitucional. Santiago, 18 en. 2018. Disponible en: <<http://www.derecho.uchile.cl/comunicaciones/columnas-de-opinion/140861/el-retroceso-a-soto-klossbrraul-letelier>>. Acceso en: 25 de jun.2018.

críticas. Desde el mundo académico se señala estar frente a un agravio al desarrollo dogmático democrático del Derecho Administrativo, a tal punto de constituir una “pérdida de identidad” del Derecho Administrativo;⁹ críticas que se suman a los crecientes cuestionamientos a un Tribunal Constitucional cada vez más desprestigiado.¹⁰

II La aplicación de la tesis de Soto Kloss en el Tribunal Constitucional: ¿El fin del Derecho Administrativo sancionador?

Podemos identificar tres aspectos controversiales del fallo relativo al SERNAC que nos explican por qué el crítico voto de minoría del TC considera que estamos en presencia de una sentencia *refundacional*.

Que la sentencia que ha adoptado la mayoría viene a refundar cimientos que parecían claros y sólidos en el derecho público chileno y en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional. Bajo el alero de principios generales como la “separación de poderes” o la “separación de funciones”, se desfiguran las funciones de la Administración, despojándola de atribuciones para resolver o precaver conflictos, y en definitiva, proteger y garantizar los derechos de las personas.¹¹

En primer lugar, se quiebra una tradición republicana que reconocía sin mayores problemas la constitucionalidad del Derecho Administrativo Sancionador. Siguiendo a la profesora Camacho, con posterioridad a la Constitución de 1980 podemos identificar dos corrientes doctrinarias que buscan diluir la potestad administrativa sancionadora o derechamente abogan por desconocerla, haciéndola en los hechos una potestad estéril e inoperativa.¹²

La primera de ellas es la que aboga por su constitucionalidad, pero afirmando la procedencia de garantías penales.¹³ Su fundamento reside en que tanto la sanción

⁹ Al respecto, ver: CORDERO, Luis. El problema de identidad del Derecho Administrativo. *El Mercurio*, sección de análisis jurídico y regulatorio económico. Santiago, 27 feb. 2018. Disponible en línea: <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/02/27/El-problema-de-identidad-del-Derecho-Administrativo-chileno.aspx?disp=1>>. Acceso en: 26 de jun. 2018.

¹⁰ Además de problemas contencioso-administrativos, en Chile el Tribunal Constitucional ha estado en la palestra al actuar como legislador positivo en el denominado proyecto de “aborto en tres causales”. Al respecto, ver: “COMENTARIO DE JURISPRUDENCIA. LEY DE ABORTO EN CHILE”. Santiago de Chile: Facultad de Derecho, Universidad de Chile, 2017. (120 min.), son., color. Disponible en: <https://www.youtube.com/watch?time_continue=5&v=UsRePPbSKUg>. Acceso en: 26 jun. 2018.

¹¹ CHILE. Tribunal Constitucional. Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley Que Modifica Ley N° 19.496, Sobre Protección de Los Derechos de Los Consumidores, Correspondiente Al Boletín N° 9369-03. n° 4012 - 17. *Sentencias del Tribunal Constitucional*. Chile, 18 en. 2018. Voto de Marisol Peña.

¹² CAMACHO, Gladys. La legitimidad de la potestad administrativa sancionadora. *Revista de Derecho Público*, Santiago de Chile, v. 1, n. 69, p.9-23, jun. 2007. Semestral. Disponible en: <<https://revistas.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/39911>>. Acceso en: 25 jun. 2018. Sobre una postura contraria a la tesis aquí esbozada, defensora del predominio del Derecho Penal se encuentra en lo escrito por el actual presidente del TC. En: ARÓSTICA, Iván. Algunos problemas del Derecho Administrativo Penal. *Revista de Derecho*: Universidad de Concepción, Concepción, v. 2, n. 182, p.71-81, jul. 1987. Semestral.

¹³ Al respecto, véase una postura favorable a la aplicación de garantías penales en las sanciones administrativas que dan cuenta de la jurisprudencia del TC en Chile: VALDÉS, Domingo. La culpabilidad en el ilícito infraccional. En: ARANCIBIA, Jaime (Org.). *La primacía de la persona: estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2009. p. 809-821.

penal como la administrativa comparten una ontología común, derivando ambas de un mismo *ius puniendi estatal*. Esta es la postura que había venido desarrollando el TC desde hace más de veinte años, al señalar que “los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, *por regla general*, al derecho administrativo sancionador”.¹⁴

Sin perjuicio de que el argumento relativo al *ser* es bastante poco persuasivo al omitir que la sanción penal es una sanción de *ultima ratio*, y que las garantías penales se fundan en dar protección a uno de los bienes jurídicos más sensibles de nuestro ordenamiento jurídico como lo es la libertad personal;¹⁵ esta postura había progresado jurisprudencialmente desde la aplicación “por regla general” de las garantías penales a reconocer su procedencia “con matices”, destacando las evidentes diferencias entre sancionar administrativamente tras la comisión de un hecho ilícito como castigar un delito.¹⁶ Antes del fallo aquí cuestionado podríamos haber predicho que el paso siguiente sería separar definitivamente ambos regímenes, como ya lo ha sugerido la jurisprudencia de la Corte Suprema;¹⁷ pero como podrá apreciar el lector, como bien me dijo mi amigo, Francisco Saragoni, aquí no hay un retroceso en un paso, sino que dos, eludiendo sin escrúpulos todos los avances en el reconocimiento de la potestad sancionadora en la Administración.

La segunda postura relativa a las sanciones administrativas es la radical propuesta de Eduardo Soto Kloss durante los años ochenta –quien posteriormente abogaría por la postura descrita en el párrafo anterior–,¹⁸ quien consideraría que toda sanción

¹⁴ CHILE. Tribunal Constitucional. Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley, Aprobado Por El Congreso Nacional, Enviado Por La Cámara de Diputados y Que Modifica La Ley N° 4.601, Ley de Caza, A Fin de Proteger La Fauna. n° 244. *Sentencias del Tribunal Constitucional*.

¹⁵ Al respecto, véase: LETELIER, Raúl. Garantías penales y sanciones administrativas. *Política Criminal*, Santiago de Chile, v. 12, n. 24, p.622-689, dec. 2017. Semestral. Disponible en: <http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A1.pdf>. Acceso en: 25 jun. 2018. Por otra parte, cabe añadir que las garantías penales se fundan en una histórica comprensión del *castigo* heredada de una corriente ilustrada que tiene ya más de tres siglos. Al respecto, ver: FOUCAULT, Michel. *Vigilar y Castigar*. Argentina: Siglo Xxi Editores, 2002. 118 f. 77 v.

¹⁶ Como destaca la profesora Gladys Camacho: “El Tribunal Constitucional ha hecho importantes precisiones en las sentencias 479 y 490 de 2006, de donde se deduce con mayor claridad que la aplicación de las garantías penales al ámbito administrativo sancionador no es mecánica sino que ésta debe sufrir graduaciones (...). El Alto Tribunal parte de la constatación de que las sanciones penales y las administrativas tienen diferencias, de ahí es que se esclarece que la aplicación de las garantías punitivas no tienen por qué ser coincidente en el ámbito penal y en el ámbito administrativo, dejando abierta la posibilidad de armonizar la interpretación de estos principios y darle un contenido semántico apropiado a las particularidades del Derecho Administrativo Sancionador”. En: CAMACHO, Gladys. La legitimidad de la potestad administrativa sancionadora. *Revista de Derecho Público*, Santiago de Chile, v. 1, n. 69, jun. 2007. p. 22.

¹⁷ Nos referimos al famoso “caso cascadas”, en donde la Corte Suprema opta por no dar aplicación al principio de proporcionalidad –penal– en la sanción administrativa. Al respecto, ver: LETELIER, Raúl: Un paso delante de la Corte Suprema, dos pasos atrás del Tribunal Constitucional: garantías penales y sanciones administrativas. *El Mercurio*, sección de análisis jurídico y regulatorio económico. Santiago, 02 de Dic.2016. Disponible en línea: <<http://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2016/12/02/un-paso-adelante-de-la-corte-suprema-dos-pasos-atras-del-tribunal-constitucional-garantias-penales-y-sanciones-administrativas.aspx>>. Acceso en: 25 de jun.2018. Para una postura disidente, véase: NAVARRO, Enrique. Proporcionalidad y jurisprudencia del TC. *El Mercurio*, sección de análisis jurídico y regulatorio económico. Santiago, 13 de Oct. 2016. Disponible en línea: <<http://www.derecho.uchile.cl/comunicaciones/columnas-de-opinion/127833/enrique-navarro-proporcionalidad-y-jurisprudencia-del-tc>>. Acceso en: 25 de jun.2018.

¹⁸ Al respecto, ver: CAMACHO, Gladys. La legitimidad de la potestad administrativa sancionadora. *Revista de Derecho Público*, Santiago de Chile, v. 1, n. 69, p.9-23, jun. 2007. Semestral.

administrativa es derechamente inconstitucional.¹⁹ Desafortunadamente, esta es la postura que se aprecia en la reciente sentencia del TC relativa al SERNAC.

En el voto de mayoría del TC se considera que la propuesta legislativa estaría restando potestades que son propias de los órganos que ejercen jurisdicción. Siguiendo a Soto Kloss, se sostiene que *sancionar es juzgar*, potestad radicada en los jueces en tanto ellos son conforme al paradigma propio del Derecho Natural ya descrito, “los ángeles tutelares de los derechos de las personas”. Como se extrae del razonamiento del Tribunal en la sentencia aquí comentada:

Es importante recalcar que los diferentes factores que se han señalado para evaluar la imparcialidad e independencia del SERNAC para imponer sanciones (multar) y con ello respetar la exigencia de racionalidad y justicia procedimental deben apreciarse en forma conjunta. Es decir, no se está afirmando que cualquiera de los factores prejudiciales a dicho objetivo sea por sí solo. Según nuestro parecer, del análisis realizado previamente es posible concluir que se vulnera el artículo 19, n°3 inciso sexto de la Constitución.²⁰

Cabe destacar que dicho artículo versa “toda *sentencia* de un órgano que *ejerza jurisdicción* debe fundarse en un proceso previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

El argumento refundacional del TC señala que estamos frente a un procedimiento judicial, en donde corresponde dar aplicación al principio de *cosa juzgada*. Así, se niega que la sanción sea un acto administrativo con ejecutoriedad y presunción de legalidad, en tanto se vulneraría un debido proceso en donde la Administración actuaría como *juez y parte*, y por tanto, no actuaría como un órgano imparcial, facilitando, en definitiva, que derechos de los particulares como el de propiedad sean sencillamente vulnerados.²¹

¹⁹ Al respecto, Iván Aróstica, actual presidente del TC escribiría por los años 80: “No es ninguna novedad que ahora digamos –puesto que antes ya lo había señalado Soto Kloss- que si la Constitución Política asegura que nadie puede ser condenado si no es juzgado legalmente por el tribunal competente y por una ley cuya promulgación sea anterior al hecho sobre que recae el juicio (...), y que si sólo al Poder Judicial le es permitido ejercer funciones jurisdiccionales, no pudiendo dinamizarlas ni el Presidente de la República ni ningún órgano administrativo (...), resulta que no cabe sino concluir que, si sancionar supone juzgar, tal poder le está vedado a la Administración, pues le pertenece con exclusividad a los jueces (...) es evidente que –a falta de atribución constitucional en ese sentido- la Administración no puede imponer sanciones, castigos o penas (autotutela declarativa), ni puede ejecutar por sí misma sus actos que, eventualmente, pudieran contener tales sanciones (autotutela ejecutiva)”. En: ARÓSTICA, Iván. Algunos problemas del Derecho Administrativo Penal. *Revista de Derecho*: Universidad de Concepción, Concepción, v. 2, n. 182, jul. 1987. Semestral. p. 72.

²⁰ CHILE. Tribunal Constitucional. Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley Que Modifica Ley N° 19.496, Sobre Protección de Los Derechos de Los Consumidores, Correspondiente Al Boletín N° 9369-03. n° 4012 - 17. *Sentencias del Tribunal Constitucional*. Chile, 18 en. 2018. Considerando vigésimo séptimo.

²¹ Al respecto, el profesor Vergara, nos presenta el argumento del TC de la siguiente forma: “(El proyecto) unifica la potestad de investigar y sancionar, por una parte, con potestades jurisdiccionales a favor del Sernac (mediación, conciliación y medidas coercitivas), por otra parte; y, *además*, se impide que el administrado discuta con posterioridad ante un juez la decisión de Sernac; esto es, unido a no separar la función de fiscalización con la de sanción se le da el efecto de cosa juzgada a la decisión de un órgano administrativo, quebrantando así los arts. 19 N° 3, 38 y 76 CPR”. En: VERGARA, Alejandro. Sanciones, despotismo e identidad del Derecho Administrativo: respuesta a un crítico (parte ii). *El Mercurio*, sección de análisis jurídico y regulatorio económico. Santiago, 13 abr. 2018. Disponible en: <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/04/13/Sanciones-despotismo-e-identidad-del-derecho-administrativo-respuesta-a-un-critico-Parte-II.aspx>>. Acceso en: 25 abr. 2018.

Como nos señala el profesor Ferrada, el voto de mayoría del TC parece haber olvidado el sentido del art. 38 inc.2 de Carta Fundamental chilena, el cual señala “cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado (...), podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley”, del cual se desprende que el mérito ejecutivo del acto administrativo no implica la negación de una eventual impugnación judicial por el particular afectado.²² Similar objeción la presenta el voto de minoría del fallo aquí comentado.²³

Como segundo aspecto problemático, el TC ha considerado que el proyecto de ley establece facultades a un órgano administrativo que son propias del Congreso Nacional, señalando que la potestad reglamentaria conferida por el proyecto de ley al SERNAC estaría “desbordada por la nueva facultad normativa”.²⁴ Al respecto, el voto de minoría del TC da cuenta de esta problemática manera de caracterizar al principio de separación de poderes, adhiriendo al destacado constitucionalista alemán Karl Loewenstein, quien nos describe a un constitucionalismo plagado de controles, teniendo como algunos de sus elementos esenciales “un mecanismo planeado que establezca la cooperación de los diversos detentadores del poder. Los dispositivos y las instituciones en forma de frenos y contrapesos, significan simultáneamente una distribución y, por tanto, una limitación del poder político”.²⁵

La premisa que da lugar a la configuración de lo que Vergara denomina “despotismo administrativo” parece desconocer que además de los fundamentos de eficacia, la distribución de potestades permite justamente el control del poder, lo que es necesario en una historia constitucional que ha reconocido potestades normativas en distintos órganos de la administración.²⁶ Opinión similar tiene el profesor Ferrada:

En relación al otorgamiento de una supuesta “potestad legislativa” al Sernac en el proyecto de ley respectivo, ello carece de todo asidero, ya que se está confundiendo la potestad normativa derivada de los servicios públicos con la potestad legislativa del Congreso Nacional. En efecto, como se sabe, en nuestro Derecho no solo el Presidente de la República, sino una gran cantidad de órganos administrativos, ostentan potestades

²² FERRADA, Juan. Bases del Derecho Administrativo chileno y Tribunal Constitucional (parte ii). *El Mercurio*, sección de análisis jurídico y regulatorio económico. Santiago, 26 de abr.2018. Disponible en línea: <<http://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2018/04/26/bases-del-derecho-administrativo-chileno-y-sentencias-del-tribunal-constitucional-parte-ii.aspx>>. Acceso en: 25 abr. 2018.

²³ Al respecto, ver considerandos 82 a 88 de la sentencia relativa al SERNAC. Cabe destacar, el 86, el cual señala: “(El voto de mayoría) confunde la cosa juzgada con la fuerza ejecutiva de los actos administrativos que le impone un imperio y exigibilidad desde el inicio del acto frente a sus destinatarios”. En: CHILE. Tribunal Constitucional. Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley Que Modifica Ley N° 19.496, Sobre Protección de Los Derechos de Los Consumidores, Correspondiente Al Boletín N° 9369-03. n° 4012 - 17. *Sentencias del Tribunal Constitucional*. Chile, 18 en. 2018.

²⁴ Véase los considerandos 42 a 45 del fallo relativo al SERNAC. Al respecto, el ya reiteradamente citado en este artículo, profesor Vergara, señala: “Como si lo anterior fuese poco, se quiso dotar al Sernac de la potestad de dictar “normas de carácter general” con el fin de “proteger a los consumidores”, con olvido de ser ello parte del dominio exclusivo de una ley generada en el Congreso Nacional, según el art. 63 CPR”. En: VERGARA, Alejandro. Sanciones, despotismo e identidad del Derecho Administrativo: respuesta a un crítico (parte ii). *El Mercurio*, sección de análisis jurídico y regulatorio económico. Santiago, 13 abr. 2018.

²⁵ LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, España: Ariel, 1986. Citado en el sentencia aquí analizada.

²⁶ Antes de la creación del Tribunal de la Libre Competencia, por ejemplo, la Fiscalía Nacional Económica contaba con facultades normativas muy similares a las que han sido declaradas inconstitucionales. Facultades similares están presentes en la Inspección del Trabajo, las Superintendencias y otros órganos administrativos chilenos.

normativas para complementar las normas legales en aspectos técnicos o de detalle en el ámbito de su competencia, pero ello obviamente debe ser respetando aquellas y fuera del ámbito reservado al legislador (artículo 63 de la Constitución). Entender que la habilitación por ley de una potestad normativa a un órgano administrativo estaría habilitándolo para intervenir en el ámbito legislativo sería extremar su interpretación.²⁷

En tercer lugar, son evidentes las graves señales que emiten la sentencia analizada para el correcto funcionamiento del mercado. La potestad de sancionar al seguir radicada en los Juzgados de Policía Local, se mantiene el escenario advertido por el mismo SERNAC, quien, sin mayores escrúpulos, acusan que bajo el modelo sotokloseano actual se convive con una clara desprotección de los consumidores.

Desde una perspectiva práctica, la decisión de eliminar la facultad sancionatoria, se traduce en que *se obliga a los consumidores a seguir acudiendo a los Juzgados de Policía Local*, invirtiendo tiempo y dinero (una notificación puede costar cerca de 40.000 pesos) en un escenario que, *siempre será más cómodo para las empresas, quienes, por regla general, cuentan con asesoría legal para su defensa particular*. Esto, representa un claro desincentivo para que los consumidores ejerzan sus derechos²⁸ (los énfasis son nuestros).

Idea similar se esgrimió desde en voto en contra de la ministra Marisol Peña, quien de manera acertada destaca que la propuesta presente en el proyecto de ley no surge como propuesta ideológica de sectores contrarios a la economía de mercado, sino que más bien “es la reafirmación de que el mercado debe ser el mecanismo de asignación de bienes en donde su transacción debe operar bajo reglas transparentes y justas”²⁹. En definitiva, al contrario de las razones fundadas en los temores heredados del funcionamiento de la DIRINCO presentes en el voto de mayoría, no se trataría entonces de abogar por una intervención despótica, sino que más bien se buscaría justamente lo contrario: proteger el buen funcionamiento del mercado y consigo los derechos de los consumidores.

III *El hombre es el lobo del hombre: La sanción como acto administrativo.* ¿Una herramienta de gestión?

“En una situación semejante *no existe oportunidad para la industria*, ya que su fruto es incierto; por consiguiente no hay cultivo de la tierra, ni navegación, ni uso de los artículos que pueden ser importados...” Thomas Hobbes, *El Leviatán*.

Ya van quedando atrás en la jurisprudencia chilena aquellas posturas que tenían por objeto controlar judicialmente al *Leviatán*: de una responsabilidad objetiva se ha pasado a un reconocimiento de la jurisprudencia francés y la razonable responsabilidad

²⁷ FERRADA, Juan. Bases del Derecho Administrativo chileno y Tribunal Constitucional (parte ii). *El Mercurio*, sección de análisis jurídico y regulatorio económico. Santiago, 26 de abr.2018.

²⁸ Disponible en línea: <<https://www.sernac.cl/director-nacional-fallo-tribunal-constitucional-puede-producir-efectos-catastrofos-proteccion-cons/>>

²⁹ HILE. Tribunal Constitucional. Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley Que Modifica Ley N° 19.496, Sobre Protección de Los Derechos de Los Consumidores, Correspondiente al Boletín N° 9369-03. n° 4012 - 17. *Sentencias del Tribunal Constitucional*. Chile, 18 en. 2018

por falta (*culpa*) de servicio; se está abandonando progresivamente la nulidad de derecho público al desconocerle características absurdas como su imprescriptibilidad y su aplicación de pleno derecho; y en cuanto a Derecho Administrativo Sancionador, al menos antes de las dos sentencias aquí comentadas, se había avanzado de una jurisprudencia que hacía intuir que las garantías penales desaparecían de las sanciones administrativas en un futuro cercano.

Sin perjuicio de lo anterior, nuestro autor reiteradamente citado, Alejandro Vergara, considera que el Derecho Administrativo *neomoderno* surgió en períodos de dictadura con Soto Kloss, y que su legado no ha sufrido mayores cambios en la vuelta a la democracia en razón de que “(se) interpretó a ese pueblo tan bien que el legislador de una democracia posterior lo ha seguido y desarrollado sin realizar cambios significativos en la estructura jurídica que de ahí nació”.³⁰ En nuestra opinión, la propuesta de Soto Kloss dista mucho de lo que podríamos considerar una teoría propia del Derecho Administrativo moderno.³¹

Como ya hemos señalado, Alejandro Vergara, en nombre de la democracia, destaca que dotar de facultades sancionadoras a la DGA o al SERNAC no es más que crear *lobos con piel de oveja*, es decir, contribuir a una Administración sin frenos que vulneraría de manera sencilla los derechos de los particulares. Sin embargo, la postura sostenida por Vergara olvida que justamente Hobbes nos propone un *Leviatán* para evitar el *poder de los lobos*, quienes en la reconocida frase del filósofo inglés que da comienzo a este acápite, supone a los sujetos privados relacionándose sin coacción pública alguna.

Al final de cuentas, la premisa “*el lobo es el lobo del hombre*” no nos conduce necesariamente a un Estado despótico como propone Hobbes, sino que más bien nos advierte de los peligros del poder de los particulares cuando se ausenta un control estatal eficaz. En una línea bastante similar, el destacado jurista, Luigi Ferrajoli, nos advierte de lo que él denomina los “*poderes salvajes*”. Para el citado autor, al igual como existen relaciones de poder en el Estado, el poder está presente en una relación de pareja en donde hay violencia intrafamiliar; en el narcotráfico; en el Derecho Internacional; y también existe *poder* y una evidente relación asimétrica entre los consumidores y las empresas transnacionales.³²

En la sentencia aquí comentada, el TC ha identificado a los proveedores como particulares y ha actuado de manera entusiasta en su defensa, olvidando que la ausencia de un Derecho administrativo sancionador eficaz impide proteger a los consumidores de un mercado que en los hechos no se regula así mismo. Y es que a diferencia de lo que opina el voto de mayoría del TC, sancionar supone un *acto administrativo* que *da señales en el mercado*, es una *herramienta de gestión* para desincentivar conductas indeseables. Supone

³⁰ VERGARA, Alejandro. La era del derecho neomoderno. *El Mercurio*, sección de análisis jurídico y regulatorio económico. Santiago, 11 may. 2018. Disponible en: <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/05/11/La-era-del-derecho-neomoderno.aspx>>. Acceso en: 25 abr. 2018.

³¹ Intuimos que opinión similar tendría el destacado jurista, Schmitd-Assmann, quien al analizar en qué consiste el estudio del Derecho Administrativo, nos señala: “En la actualidad, la delimitación que deviene más fértil no es la que concierne a los tres poderes clásicos del Estado, sino a la que separa la autorganización social de la organización social, es decir, la que atiende, no a las funciones del Estado para definir residualmente lo que sea la Administración, sino la relación entre el Estado y la sociedad”. Véase: SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. El método de la ciencia en el Derecho Administrativo. En: BARNES, Javier (Ed.). *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Sevilla, España: Global Law Press, 2013. p. 33-84.

³² Ver: FERRAJOLI, Luigi. *Los poderes salvajes: La crisis de la democracia constitucional*. 2. ed. España: Trotta, 2011

a fin de cuentas que el poder no sólo está en el Estado, resultando contraproducente conjeturar desde las abstracciones sólo la relación entre el Estado y los particulares. Y es que como nos sugiere el destacado jurista, Schmidt Assmann: “el Derecho ocupa una posición privilegiada dentro del Estado de Derecho, aunque no exclusiva”.³³

El estudio del Derecho Administrativo Moderno no puede ser pensado como ciencia exclusivamente normativa y delimitada conforme a propuestas provenientes del formalismo jurídico, requiere más bien comprender –siguiendo a Assmann- que el Derecho “no representa el único medio de dirección de los procesos sociales”, provocando efectos importantes, por ejemplo, en el mercado. Es razonable entonces el malestar del mundo académico con una sentencia que considera sin fundamentos la procedencia de la potestad sancionadora en la Administración, señalando sin mayores escrúpulos que el proyecto de ley no estaría pensado para el beneficio de los consumidores. Como nos señala el profesor Letelier:

Mientras hoy muchos administrativistas queman sus pestañas tratando de verificar las condiciones para que una multa logre disuadir a posibles infractores, de entender las condiciones de eficiencia en el procedimiento administrativo de imposición, de diseccionar los distintos vicios de legalidad en que pueden incurrir esas sanciones, de dar cuenta del tipo de control judicial que conserva correctamente la separación de poderes, de observar cada uno de los sectores económicos para dar cuenta del mejor tipo de enforcement a las reglas del sector, es una verdadero agravio a ese desarrollo dogmático retroceder a un argumento tan precariamente construido³⁴.

Esperamos que la sentencia refundacional aquí descrita no traiga mayores retrocesos en la alicaída jurisprudencia administrativa chilena, volviéndose más un magro recuerdo que un giro jurisprudencial sostenible que traiga consigo el fin de la potestad sancionadora. De lo que podemos tener certeza es que conforme a lo expuesto, y a las crecientes críticas al TC, el *poder* no sólo está presente en la Administración, sino que también en los particulares. Incluso en el TC hay quienes tienen la piel de oveja trasquilada.

Referencias

ARÓSTICA, Iván. Algunos problemas del Derecho Administrativo Penal. *Revista de Derecho*: Universidad de Concepción, Concepción, v. 2, n. 182, p.71-81, jul. 1987. Semestral

CAMACHO, Gladys. La legitimidad de la potestad administrativa sancionadora. *Revista de Derecho Público*, Santiago de Chile, v. 1, n. 69, p.9-23, jun. 2007. Semestral. Disponible en: <<https://revistas.uchile.cl/index.php/RDPU/article/view/39911>>. Acceso en: 25 jun. 2018.

CHILE. Tribunal Constitucional. Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley Que Modifica Ley N° 19.496, Sobre Protección de Los Derechos de Los Consumidores, Correspondiente Al Boletín N° 9369-03. n° 4012 - 17. *Sentencias del Tribunal Constitucional*. Chile, 18 en. 2018

³³ SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. El método de la ciencia en el Derecho Administrativo. En: BARNES, Javier (Ed.). *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Sevilla, España: Global Law Press, 2013. p. 46.

³⁴ LETELIER, Raúl. El retroceso de Soto Kloss. Tribunal Constitucional en materias de aguas. *Diario Constitucional*, sección Debate Constitucional. Santiago, 18 en. 2018.

CHILE. Tribunal Constitucional. Control de Constitucionalidad del Proyecto de Ley, Aprobado Por El Congreso Nacional, Enviado Por La Cámara de Diputados y Que Modifica La Ley N° 4.601, Ley de Caza, A Fin de Proteger La Fauna. n° 244. *Sentencias del Tribunal Constitucional*.

CORDERO, Luis. El problema de identidad del Derecho Administrativo. *El Mercurio*, sección de análisis jurídico y regulatorio económico. Santiago, 27 feb. 2018. Disponible en línea: <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/02/27/El-problema-de-identidad-del-Derecho-Administrativo-chileno.aspx?disp=1>>. Acceso en: 26 de jun.2018.

DIRECCIÓN DE INDUSTRIA Y COMERCIO. *RESOLUCIÓN N°112*: Orientaciones para el trabajo de la JAP. Chile: Centro de Estudios Miguel Enríquez, 1973.

FERRADA, Juan. Bases del Derecho Administrativo chileno y Tribunal Constitucional (parte ii). *El Mercurio*, sección de análisis jurídico y regulatorio económico. Santiago, 26 de abr.2018. Disponible en línea: <<http://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2018/04/26/bases-del-derecho-administrativo-chileno-y-sentencias-del-tribunal-constitucional-parte-ii.aspx>>. Acceso en: 25 abr. 2018.

HOBBS, Thomas. *El Leviatán*. México: Fondo de Cultura Económica, 1940.

KLEIN, Naomi. *La doctrina del shock. El auge del capitalismo del desastre*. España: Paidós, 2007. 110 f. 136 v.

LETELIER, Raúl. El retroceso de Soto Kloss. Tribunal Constitucional en materias de aguas. *Diario Constitucional*, sección Debate Constitucional. Santiago, 18 en. 2018. Disponible en: <<http://www.derecho.uchile.cl/comunicaciones/columnas-de-opinion/140861/el-retroceso-a-soto-klossbrraul-letelier>>. Acceso en: 25 de jun.2018.

LETELIER, Raúl. Garantías penales y sanciones administrativas. *Política Criminal*, Santiago de Chile, v. 12, n. 24, p.622-689, dic. 2017. Semestral. Disponible en: <http://www.politicacriminal.cl/Vol_12/n_24/Vol12N24A1.pdf>. Acceso en: 25 jun. 2018.

LETELIER, Raúl: Un paso delante de la Corte Suprema, dos pasos atrás del Tribunal Constitucional: garantías penales y sanciones administrativas. *El Mercurio*, sección de análisis jurídico y regulatorio económico. Santiago, 02 de Dic. 2016. Disponible en línea: <<http://www.elmercurio.com/legal/noticias/opinion/2016/12/02/un-paso-adelante-de-la-corte-suprema-dos-pasos-atras-del-tribunal-constitucional-garantias-penales-y-sanciones-administrativas.aspx>>. Acceso en: 25 de jun.2018.

LOEWENSTEIN, Karl. *Teoría de la Constitución*. Barcelona, España: Ariel, 1986. Citado en el sentencia aquí analizada.

NAVARRO, Enrique. Proporcionalidad y jurisprudencia del TC. *El Mercurio*, sección de análisis jurídico y regulatorio económico. Santiago, 13 de Oct.2016. Disponible en línea: <<http://www.derecho.uchile.cl/comunicaciones/columnas-de-opinion/127833/enrique-navarro-proporcionalidad-y-jurisprudencia-del-tc>>. Acceso en: 25 de jun.2018.

PIERRY, Pedro. Tribunales contencioso administrativos. *Revista de Derecho*: Editada por el Consejo de Defensa del Estado, Santiago de Chile, v. 2, n. 1, p.56-65, dic. 2000. Semestral. Disponible en: <<http://www.cde.cl/estudiosybiblioteca/wp-content/uploads/sites/15/2016/05/REVISTA-DE-DERECHO-2.pdf>>. Acceso en: 25 jun. 2018

RUIZ-TAGLE, Pablo; CRISTI, Renato. *El constitucionalismo del miedo*. Santiago de Chile: LOM Ediciones, 2014. 153 f. 77 163 v.

SCHMIDT-ASSMANN, Eberhard. El método de la ciencia en el Derecho Administrativo. En: BARNES, Javier (Ed.). *Innovación y reforma en el Derecho Administrativo*. Sevilla, España: Global Law Press, 2013. p. 33-84.

SOTO, Pablo. Un tribunal constitucional de Guerra Fría: El Sernac y los proveedores infractores como "el prójimo". *El Mostrador*, sección opinión. Santiago, 22 en.2018. Disponible en línea: <<http://www.elmostrador.cl/noticias/opinion/2018/01/22/un-tribunal-constitucional-de-guerra-fria-el-sernac-y-los-proveedores-infractores-como-el-projimo/>>. Acceso en: 25 abr. 2018.

VALDÉS, Domingo. La culpabilidad en el ilícito infraccional. En: ARANCIBIA, Jaime (Org.). *La primacía de la persona: estudios en homenaje al profesor Eduardo Soto Kloss*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2009. p. 809-821.

VERGARA, Alejandro. La era del derecho neomoderno. *El Mercurio*, sección de análisis jurídico y regulatorio económico. Santiago, 11 may. 2018. Disponible en: <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/05/11/La-era-del-derecho-neomoderno.aspx>>. Acceso en: 25 abr. 2018.

VERGARA, Alejandro. Sanciones, despotismo e identidad del Derecho Administrativo. *El Mercurio*, sección de análisis jurídico y regulatorio económico. Santiago, 20 abr. 2018. Disponible en: <<http://www.elmercurio.com/legal/noticias/analisis-juridico/2018/03/20/sanciones-despotismo-e-identidad-del-derecho-administrativo.aspx>>. Acceso en: 25 abr. 2018.

VERGARA, Alejandro. Sanciones, despotismo e identidad del Derecho Administrativo: respuesta a un crítico (parte ii). *El Mercurio*, sección de análisis jurídico y regulatorio económico. Santiago, 13 abr. 2018. Disponible en: <<http://www.elmercurio.com/Legal/Noticias/Analisis-Juridico/2018/04/13/Sanciones-despotismo-e-identidad-del-derecho-administrativo-respuesta-a-un-critico-Parte-II.aspx>>. Acceso en: 25 abr. 2018.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

URTUBIA, Francisco. El renacer de un desacierto: sanciones administrativas y jurisprudencia reciente del tribunal constitucional en Chile ¿El fin de la potestad sancionadora? In: GALLO, William Iván et al. (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 53-64. ISBN 978-85-450-0569-8.

REFORMA CONSTITUCIONAL, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DESAFÍOS

ALFONSO MENDOZA JUÁREZ

I Introducción

Al hablar de constitucionalismo hay diversos temas que se pueden abordar. Basta recordar las clásicas discusiones de ¿Qué es una constitución? De Ferdinand Lasalle. Sin embargo, aún hay temas que necesitan ser explorados dentro del constitucionalismo contemporáneo. Por ejemplo, podemos retomar las ideas del denominado poder constituyente de la revolución francesa podemos considerar a este como aquel superior a cualquiera que decide sobre la organización estructural de una sociedad determinada, y si bien este tema actualmente no está en discusión es una base necesaria para iniciar las siguientes líneas.

En 1901 James Bryce propuso clasificar las Constituciones en flexibles y rígidas considerando la facilidad o dificultad para modificarlas. En el caso mexicano el artículo 135 establece el proceso de reforma constitucional, expresando que:

La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados y de la Ciudad de México

En febrero de este año se cumplieron los primeros 101 años de la promulgación mexicana de Queretaro, la cual da pauta a un gran avance en lo que a derechos sociales corresponde. El estudio de los artículos 3, 5, 27 y 123 ha dedicado diversos foros y publicaciones desde su promulgación.

En su primer centenario la pregunta común era ¿Necesitamos una nueva constitución? Posterior al ejercicio de creación de la Constitución de la Ciudad de México las voces que propugnan por esta idea cada vez son menos. Pero sin duda alguna el

contenido actual del texto y aquel discutido en el Teatro de la República, en la Ciudad de Querétaro, en 1917 por mucho es diferente.¹

Dentro de los últimos 10 años se ha incrementado el número de reformas a la constitución mexicana, solo de 2007 a 2012 existieron 110 artículos reformados. Mientras que en los últimos 6 años 154 artículos fueron reformados, según datos tomados hasta el 15 de septiembre de 2017 en la página de la Cámara de Diputados. Y anudado al número creciente de reformas constitucionales el contenido desmesurado ha propiciado no solo contener elementos mínimos sino aspectos reglamentarios que podrían dejarse a leyes secundarias.²

En algunas de estas reformas los cambios realizados son substanciales y diversos entre los que se encuentran de forma enunciativa más no limitativa:

Reforma al Sistema Nacional de Justicia Penal³

Reforma en derechos humanos y amparo⁴

Reforma en materia de telecomunicaciones⁵

Reforma en materia educativa⁶

Reforma en materia de energía⁷

Reforma político-electoral⁸

Reforma política de la Ciudad de México⁹

Lo anterior pone de manifiesto que pese al sistema de rigidez de reforma constitucional no exime la posibilidad de poder ser modificada fácilmente, siempre

¹ Durante la vigencia actual de la constitución mexicana se abrió un debate referente a si es una constitución nueva o bien es una reforma a la constitución de 1857 pero actualmente esta discusión ha sido superada. Por otra parte, en los 101 años de la constitución mexicana en Latinoamérica se han presentado procesos constitucionales diferentes en sus normas fundamentales. Por ejemplo, Ecuador dentro de este periodo ha tenido 9 distintas constituciones, Colombia en 1991 durante un proceso de electoral llamo a una asamblea constituyente en la "séptima boleta".

² Al respecto puede consultarse el proyecto del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM de reordenar y consolidar el texto constitucional, < <http://www2.juridicas.unam.mx/constitucion-reordenada-consolidada/presentacion>>, Fecha de consulta [25/junio/2018]

³ MÉXICO. Decreto de Reforma Constitucional, de 18 de junio de 2008. *Reforma Al Sistema Nacional de Justicia Penal*. [S.I]: Diario Oficial de La Federación, 18 jun. 2008. Disponible em: <http://dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5046978&fecha=18/06/2008>. Acceso em: 25 jun. 2017.

⁴ MÉXICO. Decreto de Reforma Constitucional, de 06 de junio de 2011. *Reforma en derechos humanos*. [S.I]: Diario Oficial de La Federación, 06 jun. 2011. Disponible em: <http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5193266&fecha=06/06/2011>. Acceso em: 25 jun. 2017. Y también MÉXICO. Decreto de Reforma Constitucional, de 10 de junio de 2011. *Reforma en materia de amparo*. [S.I]: Diario Oficial de La Federación, 10 jun. 2011. Disponible em: <http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5194486&fecha=10/06/2011>. Acceso em: 25 jun. 2017.

⁵ MÉXICO. Decreto de Reforma Constitucional, de 11 de junio de 2013. *Reforma en materia de telecomunicaciones*. [S.I]: Diario Oficial de La Federación, 11 jun. 2013. Disponible em: <http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5301941&fecha=11/06/2013>. Acceso em: 25 jun. 2017.

⁶ MÉXICO. Decreto de Reforma Constitucional, de 23 de febrero de 2013. *Reforma en materia de educativa*. [S.I]: Diario Oficial de La Federación, 23 feb. 2013. Disponible em: <http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5288919&fecha=26/02/2013>. Acceso em: 25 jun. 2017.

⁷ MÉXICO. Decreto de Reforma Constitucional, de 20 de diciembre de 2013. *Reforma en materia energética*. [S.I]: Diario Oficial de La Federación, 20 dic. 2013. Disponible em: <http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5327463&fecha=20/12/2013> Acceso em: 25 jun. 2017.

⁸ MÉXICO. Decreto de Reforma Constitucional, de 10 de febrero 2014. *Reforma en materia político-electoral*. [S.I]: Diario Oficial de La Federación, 10 feb. 2014. Disponible em: <http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5332025&fecha=10/02/2014> Acceso em: 25 jun. 2017.

⁹ MÉXICO. Decreto de Reforma Constitucional, de 19 de enero 2016. *Reforma en materia política de la Ciudad de México*. [S.I]: Diario Oficial de La Federación, 19 ene. 2016. Disponible em: <http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5424043&fecha=29/01/2016> Acceso em: 25 jun. 2017.

y cuando las fuerzas políticas que intervienen en el proceso generen acuerdos para ser aprobadas. Lo que demuestra que puede ser considerado como una constitución flexible de hecho y rígida de derecho.¹⁰ De la misma forma, debemos recordar que no hay mecanismo de control constitucional, en el sistema mexicano, que permita declarar como inconstitucional una reforma constitucional por lo que una vez aprobada es texto constitucional y por tanto tiene supremacía en el ordenamiento jurídico.¹¹

Las razones de constante reforma constitucional son diversas y de manera breve podemos comentar como algunos autores señalan que es debido a que se considera a la constitución como “ley que sustituye”, la constitución como “ley que regula”, y la apertura de la constitución al ámbito internacional.¹² De la misma forma autores como Diego Valades expresan que:

La Constitución es reformada porque se cree en ella; porque se presume que la respetan no sólo los destinatarios del poder, sino los detentadores; porque se supone que al agotar casuísticamente todas las posibles incidencias de la vida del Estado, se obtiene la garantía de que esa vida transcurrirá conforme a las cánones legales; porque, en fin, es el reducto en el que se puede refugiarse la conciencia cívica que exista y que no encuentra otro instrumento para hacerse valer.¹³

Es por ello que una constitución como fundamento normativo de la sociedad, contiene también elementos axiológicos que representan los principios y decisiones fundamentales de cada sociedad. Por tanto, la dinamicidad de la sociedad se ve reflejada en aquella base social, es decir, la constitución.

II Cambios a nivel constitucional

Las reformas constitucionales han creado y modificado instituciones para crear los denominados Organismos Constitucionales Autónomos (OCA),¹⁴ teniendo actualmente un total de 11 solo a nivel federal, sin incluir Tribunales Agrarios y al Tribunal Federal de

¹⁰ Al respecto podríamos comparar el procedimiento de reforma de la constitución española la cual en su artículo 168 establece un procedimiento “agravado” al tratarse de ciertos contenidos, para ver más al respecto puede consultarse AHUMADA RUIZ, María Ángeles. Constitución y aspectos constitucionales en torno a la cuestión de cuándo es necesaria la reforma constitucional. Un apunte desde el caso español. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, [S.l]: p. 309-312, aug. 2017. Disponible en: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/11462/13367>>. Fecha de acceso: 25 june 2018 doi: <<http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2017.37.11462>>.

¹¹ Por ejemplo, el artículo 61 de la Ley de Amparo establece que este juicio es improcedente contra adiciones o reformas a la Constitución mexicana.

¹² Para conocer más puede consultarse Fix-Fierro, Hector, “¿Por qué se reforma tanto la constitución de 1917? Hacia la renovación del texto y la cultura de la constitución”, en Ibarra Palafox, Francisco Alberto et al (coords), *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tomo 4: Estudios políticos*, México, IJJ-UNAM, 2015, pp. 379-404.

¹³ VALADÉS, Diego, “Problemas de la reforma constitucional en el sistema mexicano”, en varios autores, *Los cambios constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1977, pp. 206 y 207

¹⁴ Al respecto puede considerarse la tesis jurisprudencial MEXICO. Pleno, Suprema Corte de Justicia de La Nación. Órganos Constitucionales Autónomos. Sus Características, Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y Su Gaceta, Apéndice 1917-Septiembre 2011. Tomo I. Constitucional, p. 522. Por otra parte, pueden consultarse las características aportadas por Pedroza de la Llave, Susana, “Los organismos constitucionales autónomos en México”, en Serna de la Garza, José María y José Antonio Caballero Juárez (cords.), *Estado de derecho y transición jurídica*, México, IJJ, 2002, pp.178-181.

Justicia Administrativa por sus características particulares de realizar actos de carácter materialmente jurisdiccional.¹⁵ Algunas de las reformas antes mencionadas conllevan la modificación o creación de ellos como principales titulares en la aplicación del contenido constitucional¹⁶ como es el caso del Instituto Nacional para la Evaluación Educativa (INEE) que tiene por objeto coordinar el Sistema Nacional de Evaluación Educativa, así como evaluar la calidad, el desempeño y los resultados del Sistema Educativo Nacional en lo que se refiere a la educación básica y la educación media superior, tanto pública como privada, en todas sus modalidades y servicios.

En cuanto a nivel organizacional, la distribución en competencias entre federación, entidades federativas y municipios ha sufrido transformaciones de tal manera que el actual artículo 73 de la constitución mexicana, que establece de manera expresa las facultades del Congreso de la Unión, agoto las letras del abecedario de la A a la Z en la fracción XXIX, siendo necesario recorrer y adicionar una nueva fracción, por lo que tenemos ahora la fracción XXXI.

Pese a esta circunstancia en el aumento de facultades federales podría considerarse a simple vista que las entidades federativas han perdido atribuciones, basta recordar que el artículo 124 considera que “las facultades no expresamente señaladas a los servidores públicos de la federación se entienden reservadas a los estados”, pero la realidad demuestra que no han cedido del todo la posibilidad de legislar en diversas materias sino que se ha optado por la creación de diversas materias concurrentes con participación de los tres órdenes de gobierno.¹⁷

Pero en contraposición podemos encontrar la centralización de ciertas materias como en materia electoral al cambiar del Instituto Federal Electoral (IFE) al Instituto Nacional Electoral (INE), actualmente facultado para nombrar a los consejeros electorales locales e incluso realizar los procesos electorales de las entidades federativas. En la misma tesitura la creación del Código Nacional de Procedimientos Penales solo por mencionar algunos ejemplos relevantes.

En este orden de ideas, en la administración pública estas reformas vienen a modificar elementos que podríamos llamar como “tradicionales” y establecer nuevas figuras por ejemplo en materia energética las denominadas empresas productivas del Estado, cuya naturaleza jurídica resulta complicada.

¹⁵ En este sentido hay que señalar que México es un Estado federal por lo que existen y conviven diversos órdenes normativos como el constitucional, el federal, el local, el municipal y el de la Ciudad de México. Es por ello que la Constitución prevé órganos constitucionales autónomos a nivel federal que son replicados a nivel local como es el caso de los Organismos de Acceso a la Información que se encuentran previstos en el artículo 6, apartado B.

¹⁶ La justificación de creación de los OCA son diversas entre las que encontramos la creciente complejidad de la administración moderna, la pérdida de legitimidad en las autoridades, una no vinculación a los partidos políticos y de los órganos estatales tradicionales y atendiendo a un aspecto histórico que incluso involucra las sujeción a reglas internacionales. Vease ABIÁN RUIZ, José. Los órganos constitucionales autónomos en México: una visión integradora. *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, [S.I.]: p. 84-120., 2017. ISSN 2448-4881. Disponible en: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/11454/13359>>. Fecha de acceso: 25 June 2018 doi:<<http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2017.37.11454>>.

¹⁷ En la tesis MEXICO. Pleno, Suprema Corte de Justicia de La Nación. *Facultades Concurrentes En El Sistema Jurídico Mexicano. Sus Características Generales* n° P./J. 142/2001, Novena Época. *Semanario Judicial de la Federación y Su Gaceta*, tomo XV., señalaba como materias concurrentes educación, salubridad, asentamientos humanos, seguridad pública, ambiental, protección civil y deportiva. Mientras que actualmente el número de materias concurrentes ha aumentado en virtud de la gran cantidad de reformas realizada.

Otro ejemplo, en los últimos años, que es uno de los principales temas a debatir en distintos foros, no solo a nivel nacional sino a nivel regional Latinoamericana, son los sistemas anticorrupción integrados en las constituciones nacionales. Elementos no imaginables desde la tradicional teoría de la constitución pues se concebía que una constitución tiene como objetivo limitar el ejercicio del poder al separar funciones y establecer la renovación de los detentadores ocasionales.

III Cambios a nivel secundario (nivel legislativo)

Ante todo este nuevo panorama normativo ¿La administración pública se encuentra capacitada a estos cambios? Y la respuesta podría parecer obvia, pero existen ciertos matices que son necesarios comentar.

Muchas de estas reformas conllevan un alto número de normativa secundaria que incluso en muchos casos dentro de un transitorio se establece un periodo para su expedición por parte del Congreso de la Unión. Pero la practica ha demostrado que fenece el termino y la normativa apenas empieza el proceso legislativo por lo que tarda un tiempo significativo su publicación y entrada en vigor como fue el caso de la ley de amparo.

Y sumado a esta circunstancia tenemos el problema de las leyes generales, pues en estas se encuentran las bases para la regulación de una materia en específico para posteriormente las legislaturas de cada entidad federativa desarrollar su contenido en leyes locales, en lo concerniente a sus competencias. Esta circunstancia genera un doble desarrollo, en primer lugar el establecido en la ley general y después en la ley federal y local.

Lo que en términos prácticos significa no poder poner en marcha la totalidad del contenido constitucional. Mas aún, si bien las bases de la propia constitución distribuyen la competencia de las entidades federativas estas no pueden expedir las leyes locales si el Congreso de la Unión no ha hecho lo concerniente a la general, esto de conformidad a un asunto del pleno de la corte.

Podría preguntarse si ¿Contra estas omisiones legislativas es posible ejercer un control de constitucionalidad? En primer lugar no debe pasar inadvertida la posibilidad de realizar una aplicación directa de la constitución aún sin ley reglamentaria. El problema surge cuando la normativa secundaria regula un procedimiento, plazos, términos, o bien se deja una clausula demasiado abierta al legislador ordinario.

En este tópico en específico, la Primer Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en el amparo en revisión 1359/2015 en fecha 15 de noviembre de 2017 resuelve que en primer lugar que el quejoso tiene facultad para reclamar en interés legítimo la omisión por parte del Congreso de la Unión de expedir la Ley de Publicidad Oficial, marcando un nuevo precedente en una nueva interpretación en cuanto al interés legítimo en el amparo, así como al dar posibilidad de contravenir omisiones legislativas, que previamente no permitía bajo el argumento de una intromisión a la división de poderes.¹⁸

¹⁸ Esta circunstancia tiene un aspecto histórico en cuanto a los efectos inter partes del juicio de amparo desde la exposición de motivos de Crescencio Rejón, padre del juicio de amparo, en el que exponía, citando al Barón de Tocqueville en su obra la Democracia en América que la ley solo podría caer por los golpes reiterados de la jurisprudencia.

Mientras, algunos académicos como el profesor Corzo Sosa¹⁹ argumentan que sería preferible que tanto reforma constitucional como leyes secundarias sean expedidas al mismo tiempo por ejemplo, una reforma al artículo 135 que regula el proceso de reforma constitucional para incluir “siendo necesario expedir la normativa secundaria al mismo tiempo”.

Esta circunstancia por más ayudaría a poner en marcha los cambios a nivel constitucional y evitar los problemas de incertidumbre jurídica durante el lapso entre la reforma constitucional y la expedición de la ley secundaria pues finalmente una autoridad solo puede hacer lo que la propia ley le pertine pero sin ley entramos en un problema de actuación que si bien los propios transitorios de reformas establecen que seguirá aplicándose la normativa vigente hasta ese momento no solventa realmente el problema.

Con la expedición en el plazo señalado, o después de este, cabe resaltar que existe aún la posibilidad de que dicha ley sea impugnada por algún mecanismo de control constitucional previstos por lo que, pese a la presunción de constitucionalidad, de ser el caso no sería posible la realización de desplegar en su totalidad sus efectos jurídicos.

Como último aspecto importante, si bien el artículo 71 y 72 constitucional, que regulan el proceso legislativo no lo establece, existe un elemento adicional a las etapas dentro del órgano legislativo, que son iniciativa, discusión, aprobación, promulgación, publicación y entrada en vigor, podemos resaltar que al tratarse de actos que afecten los intereses de comunidades indígenas y personas con discapacidad, como lo es la expedición de una ley, es necesario realizar una consulta como elemento formal en virtud del respeto a los derechos humanos.

Esta circunstancia en concordancia con el artículo 1º, reconocimiento de los derechos humanos establecidos en la constitución y tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte, y el 133, supremacía constitucional. En el caso de las comunidades indígenas al ser reconocidos sus derechos en el artículo 2 constitucional, y en el caso de personas con discapacidad el artículo 4 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, siendo su finalidad en ambos casos integrar y evitar se vean mermados los intereses de grupos sociales históricamente vulnerados, modificando así la idea tradicional del proceso legislativo, por lo que de no realizarse podrá considerarse inconstitucional como ha considerado en diversos precedentes.²⁰ Circunstancia que podría hacerse efectiva incluso al tratarse de reformas constitucionales.

IV Elementos genéricos a todas las autoridades

Como se ha comentado, en los últimos años se han realizado diversas reformas. Si bien, algunas han tenido un gran impacto en la administración pública algunas son enfocadas a un sector específico como el caso de energía o telecomunicaciones.

¹⁹ SOSA, Edgar Corzo. Nueva Ley de Amparo estudio introductorio. Ciudad de México: Tirant Lo Blanch, 2013.

²⁰ En la controversia constitucional 32/2012 se declaró una violación al proceso de reforma constitucional local por falta de la consulta indígena, y siguiendo la misma línea argumentativa en la acción de inconstitucionalidad 83/2015 y sus acumuladas. En el caso de personas con discapacidad la acción de inconstitucionalidad 33/2015 que si bien no se discutió si una ley sin consulta a personas con discapacidad debe o no ser considerada inconstitucional se cuestionó la suplencia en el argumento de invalidez, sin cerrar la posibilidad de poder ser declarada contraria a la constitución bajo el mismo argumento en analogía de los asuntos anteriores.

Por otra parte, existen algunas con un impacto transversal y general. Es decir, sin importar el sector han afectado circunstancialmente a la administración pública. En primer lugar tenemos en 2011 la relativa a derechos humanos.

Esta reforma modifica el Título Primero en gran medida, especialmente el artículo 1° al ordenar que:

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Esto no solo incluye los derechos humanos reconocidos en la constitución también aquellos en los Tratados Internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.

En este sentido la SCJN al resolver diversos asuntos²¹ marca un parámetro de regularidad constitucionalidad integrado por los derechos humanos consagrados en la constitución y tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte. Anudado a ello, la realización de un control de constitucionalidad y convencionalidad de forma difusa, esto es que todas las autoridades jurisdiccionales, incluyendo Tribunales administrativos, deben realizar un control entre la normativa nacional y la internacional optando en primer lugar por la interpretación más favorable, y en caso de no ser posible, inaplicar la norma contraria a la constitución o los tratados.

Y de forma distinta el caso de autoridades meramente de naturaleza administrativa solo elegir la interpretación más favorable sin posibilidad de poder inaplicar la normativa nacional, pese a la posibilidad de ser contraria a la constitución.²² Aún así la discusión respecto a permitir la inaplicación de normas por autoridades administrativas esta abierta.

Los casos anteriores no permiten una inaplicación pero ello no exige una obligación de protección lo que en términos más sencillos implica en primer lugar realizar una capacitación constante en materia de derechos humanos. Podríamos comentar en este mismo orden de ideas la creación e implementación del *Protocolo de Actuación para la Prevención, Atención y Sanción del Hostigamiento Sexual y Acoso Sexual*²³ con fundamento en la Ley General de Acceso de las Mujeres a una Vida Libre de Violencia, cuyo objetivo

²¹ MEXICO. Pleno, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Expediente varios 912/2010, Margarita Beatriz Luna Ramos, 14 de julio de 2011. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro I, Tomo 1, página 313 y MEXICO. Pleno, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Contradicción de tesis 293/2011, Arturo Zaldívar Lelo De Larrea, 03 de septiembre de 2013. Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Libro 5, Tomo I, página 96..

²² Para ver más respecto a este tema puede verse un trabajo previo en JUAREZ, Alfonso Mendoza. Memorias del II Congreso Internacional Estudiantil Administrativo Derecho: La problemática del control de constitucionalidad de las autoridades administrativas. 2016. México, Facultad de Derecho-UNAM, 2016, p. 127-145. Disponible en: <<https://www.derecho.unam.mx/investigacion/Memorias.pdf>>. En dicho trabajo se aborda la posibilidad de poder facultar a las autoridades administrativas (no solo que ejercen actos materialmente jurisdiccionales) para inaplicar normas por ser contrarias a la constitución o tratados internacionales en favor de la protección de derechos humanos.

²³ MÉXICO. Decreto por el que se expide el Protocolo de Actuación para la Prevención, Atención y Sanción del Hostigamiento Sexual y Acoso Sexual, de 31 de agosto de 2016. [S.I.]: Diario Oficial de La Federación, 31 ago 2013. Disponible em: <http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5450530&fecha=31/08/2016>. Acceso em: 25 jun. 2017.

es prevenir, erradicar y sancionar estas conductas en las dependencias y entidades de la administración pública federal.

En el mismo tenor, respecto al derecho de acceso a la información pública la solicitud de información, principalmente mediante la Plataforma Nacional de Transparencia del Instituto Nacional de Acceso a la Información Pública y sus implicaciones en todos los ámbitos y dependencias de gobierno.

Por otra parte, con las modificaciones del Sistema Nacional Anticorrupción²⁴ encontramos aspectos de fiscalización, los Órganos Internos de Control,²⁵ la declaración patrimonial, de interés y fiscal que debe realizar toda autoridad²⁶ que modifica el funcionamiento y estructura de la administración pública.

V Cambios constitucionales y participación ciudadana

Retomando la idea del poder constituyente, este año varios países de la región celebran elecciones para decidir nuevo mandatario del órgano ejecutivo tales como México, Colombia y Brasil. En Colombia se obtuvo una segunda vuelta, en el caso de Brasil las elecciones serán hasta octubre sin embargo la tensión se hace presente. En el caso de México si bien las elecciones serán en julio próximo, lo único seguro es que no serán las urnas si no el poder judicial²⁷ quien decidirá, después de todas las posibles impugnaciones, al Presidente de la República.

No es desconocido que con cada nueva administración surgen cambios substanciales en la organización estatal. Nuevos programas de gobierno, cambios en las políticas públicas, la continuación o suspensión de proyectos de desarrollo e iniciativas de ley con carácter preferente. Anudado a lo anterior la titularidad del Ejecutivo determina, a nivel constitucional, los nombramientos de cargos de los OCA's, o del Poder Judicial de la Federación, el cual a finales de este año e inicios del próximo renovará dos cargos.²⁸ Otra posibilidad, y lo más común en la práctica, es buscar generar reformas constitucionales para apegar su plataforma de gobierno y evitar barreras al momento de ejecutarlas.

Sin embargo, independiente de la persona titular, dentro de los primeros 6 meses de su administración tendrá la importante tarea de estructurar y diseñar el Plan Nacional de Desarrollo, el cual en breves palabras es el proyecto de trabajo durante su encargo, y

²⁴ A manera de una breve introducción puede consultarse el PÚBLICA, Secretaría de la Función. *Manual sobre el Sistema Nacional Anticorrupción para Servidoras y Servidores Públicos*. Disponible en: <https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/194144/Manual_SNA.pdf>. De la misma manera se recomienda consultar el *Observatorio de la Corrupción e Impunidad* del IJ-UNAM en <<https://oci.juridicas.unam.mx/>>.

²⁵ Son las unidades administrativas a cargo de promover, evaluar y fortalecer el buen funcionamiento del control interno en los entes públicos, así como aquellas otras instancias de los Organos constitucionales autónomos que, conforme a sus respectivas leyes, sean competentes para aplicar las leyes en materia de responsabilidades de Servidores Públicos. Artículo , fracción XX, de la Ley General de Responsabilidades Administrativas.

²⁶ Íbidem, Capítulo III, artículo 26 y ss.

²⁷ El Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF) es un órgano especializado de carácter jurisdiccional que encuentra su fundamento en el artículo 99 de la CPEUM, y pertenece al Poder Judicial de la Federación, cuya principal finalidad es la de dirimir controversias en materia electoral, siendo la máxima autoridad en la materia y con excepción a lo relativo a las acciones de inconstitucionalidad (art. 105 de la CPEUM) de las cuales el único órgano encargado de conocer será la SCJN en Pleno. La Sala Superior se encarga de dirimir las impugnaciones realizadas en elecciones presidenciales como instancia única y es aquí donde radica la importancia del Tribunal dentro de las elecciones presidenciales

²⁸ El 30 de noviembre de 2018 el ministro de la SCJN José Ramón Cossío Díaz termina su encargo en el alto tribunal. En el caso de la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos su encargo termina hasta febrero del año 2019.

será elaborado tomando en cuenta las aspiraciones y demandas de la sociedad. Dicho plan será la base y estructura a la cual todos los programas de la administración pública que de forma obligatoria se sujetarán.²⁹ Por esta situación, es necesaria la participación de la ciudadanía en la toma de decisiones políticas fundamentales que regirán el país.

Finalmente, una constitución debe establecer límites y controles al ocasional desmesurado ejercicio del poder, e incluso considerar elementos de participación directa para generar un control con las autoridades, pues “el Ejecutivo en turno no puede ser el dueño de la constitución sino su servidor más leal”.³⁰

VI Consideraciones finales

Las constituciones nacionales actualmente juegan un papel importante de legitimación del poder y de los procesos democráticos establecidos en las mismas. La sociedad como elemento no estático y el desenvolvimiento por aspectos de carácter nacional, regional o global generan cambios significativos. Por ejemplo, en 2004 el reconocimiento a nivel constitucional de las comunidades indígenas en México y en la constitución de 2008 de Ecuador los derechos de la Pachamama.

La implementación de estas reformas genera transformaciones y mutaciones en diversos escenarios. La administración pública, como elemento concretizador del derecho constitucional es el que realizará la mayoría de las tareas generadas por mandatos constitucionales.

En este marco la propia organización y estructura gubernamental se ve modificada pero su implementación se ve frustrada por la omisión legislativa secundaria. Estas circunstancias han generado que el Tribunal Constitucional a partir de interpretación y mecanismos de control constitucional con un primer precedente ordenó al legislativo a la creación de la ley.

Las últimas reformas constitucionales han incluido nuevos elementos que modifican el constitucionalismo, principalmente en el ámbito de derechos humanos. Y si bien, las autoridades administrativas no pueden inaplicar una ley por considerarla inconstitucional, son los límites y mínimos necesarios de respeto en la actuación de los servidores públicos, pero esto no es posible sin una capacitación adecuada.

Para finalizar, no hay que olvidar que un Estado constitucional contiene como pilar fundamental “la democracia”, generando mecanismos que acerquen a la sociedad a las autoridades. Si bien, durante el presente trabajo se abordó un solo mecanismo, existen otros más igual de significativos. Y es por ello que la academia desde una perspectiva crítica debe realizar este tipo de análisis y aportes para así mejorar la actuación estatal para el beneficio común.

²⁹ Artículo 25, apartado A, CPEUM. Para su estructuración es necesario tomar en cuenta las consideraciones que realiza la propia Ley de Planeación, reglamentaria de este precepto legal, que además de contener el procedimiento de su creación toma en cuenta aspectos como consulta previa a comunidades indígenas o cuestiones relativas a perspectiva de género. También es necesario mencionar que, pese a no contener expresamente la ley la consulta a personas con discapacidad o asociaciones dedicadas a su protección el Estado mexicano se encuentra realizado a hacer estas consideraciones.

³⁰ REY MARTÍNEZ, Fernando. Apuntes ante una eventual reforma constitucional en México. In *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, [S.I]: p. 331-333, aug. 2017. Disponible en: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/cuestiones-constitucionales/article/view/11467/13372>>. Fecha de acceso: 25 June 2018 doi:<http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2017.37.11467>.

Fuentes Bibliografías

DÍAZ, José Ramón Cossio; CHAGOYAN, Roberto Lara. ¿Derechos humanos o jurisprudencia infalible? *Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, III, Ciudad de México, n. 32, ene./jun. 2015.

FIX-Fierro, Héctor. *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos: ¿Por qué se reforma tanto la constitución de 1917? Hacia la renovación del texto y la cultura de la constitución.* Ciudad de México: IJ-UNAM, 2015. p. 379-404. En Ibarra Palafox, Francisco Alberto et al (coords).

JUAREZ, Alfonso Mendoza. *Memorias del II Congreso Internacional Estudiantil Administrativo Derecho: La problemática del control de constitucionalidad de las autoridades administrativas.* 2016. México, Facultad de Derecho-UNAM, 2016, p. 127-145. Disponible en: <<https://www.derecho.unam.mx/investigacion/Memorias.pdf>>.

La Llave, Susana Pedroza de. *Estado de derecho y transición jurídica: Los organismos constitucionales autónomos en México.* Ciudad de México: IJ, 2002. p. 178-181

SOSA, Edgar Corzo. *Nueva Ley de Amparo estudio introductorio.* Ciudad de México: Tirant Lo Blanch, 2013.

VALADÉS, Diego., *Los Cambios Constitucionales: Los problemas de la reforma constitucional que en el sistema mexicano.* Ciudad de México: Iij-unam, 1977. p. 206-207.

VIANELLO, Lorenzo Córdoba. Balance y desafíos del sistema nacional de elecciones: a tres años de la reforma 2014. *Revista de La Facultad de Derecho, Unam*, Ciudad de México, tomo LXVII, n. 267, p.120-120, ene./abr. 2017. Cuatrimestral.

XOPA, José Roldan. *Derecho Administrativo.* Ciudad de México: Oxford University, 2008.

Jurisprudencia

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Radilla Pacheco vs Estados Unidos Mexicanos, 23 de noviembre de 2009, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas.

MEXICO. Pleno, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Expediente varios 912/2010, Margarita Beatriz Luna Ramos, 14 de julio de 2011. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro I, Tomo 1, página 313.

MEXICO. Pleno, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Contradicción de tesis 293/2011, Arturo Zaldívar Lelo De Larrea, 03 de septiembre de 2013. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 5, Tomo I, página 96.

MEXICO. Pleno, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Contradicción de tesis 299/2013, Jorge Mario Pardo Rebolledo, 14 de octubre de 2014. *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 23, Tomo I, página 325.

MEXICO. Pleno, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en revisión 378/2014, Alberto Pérez Dayán.

MEXICO. Pleno, Suprema Corte de Justicia de la Nación. Amparo en revisión 1640/2014, José Fernando Franco González Salas, 13 de agosto de 2014.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MENDOZA, Alfonso. Reforma constitucional, administración pública y desafíos. In: GALLO, William Iván et al. (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional.* Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 65-74. ISBN 978-85-450-0569-8.

PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA: ANÁLISIS DE SU INCORPORACIÓN Y EVOLUCIÓN EN NUESTRO ORDENAMIENTO JURÍDICO

ANDREA MATURANA BARTH
NATALIA OYARCE CARRASCO

1 Introducción

Chile es un Estado Democrático de Derecho, conformado por una serie de instituciones, que ejercen el control de la juridicidad de los actos de la Administración del Estado. Es el Presidente de la República quien ejerce el Gobierno y la Administración del Estado, de lo que reza el inciso 2° del artículo 1° de la Ley Orgánica Constitucional de las Bases Generales de la Administración del Estado N°18.575¹ que es texto refundido vigente (en adelante LOCBGAE): consagrando que la Administración del Estado estará constituida por una serie de instituciones entre ellas la Contraloría General de la República.

La Constitución Política de la República en virtud del artículo 98 establece: “es un organismo autónomo con el nombre de Contraloría General de la República ejercerá el control de legalidad de los actos de la administración, fiscalizará el ingreso y la inversión de fondos del fisco” otorgándole por consiguiente la potestad dictaminante que se ha conceptualizado² como la facultad o prerrogativa que la propia Constitución Política de la República ha otorgado a la Contraloría General de la República a fin de que ejerza el control de juridicidad consagrado en los artículos 6° y 7° de la Constitución Política de la República. Asimismo, es el Constituyente el que le confiere competencia tanto a los tribunales integrantes del Poder Judicial como las respectivas Cortes de Apelaciones

¹ CHILE. Constitución (2000). Decreto Con Fuerza de Ley n° 1, de 13 de diciembre de 2000. Fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de La Ley N° 18.575, Orgánica Constitucional de Bases Generales de La Administración del Estado. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=191865>>. Acceso en: 12 mar. 2018.

² CHILE. Constitución (1952). Ley n° 10336, de 12 de mayo de 1952. Ley de Organización y Atribuciones de La Contraloría General de La Republica. Valparaíso, Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=26356>>. Acceso en: 12 marzo. 2018.

y la Corte Suprema, como aquellos que ejercen jurisdicción, pero que no componen dicho poder, siendo un ejemplo de estos: el Tribunal Constitucional, con observancia del artículo 93 Constitución Política de la República:

“son atribuciones del Tribunal Constitucional: 1°. - Ejercer el control de constitucionalidad de las leyes que interpreten algún precepto de la Constitución, de las leyes orgánicas constitucionales y de las normas de un tratado que versen sobre materias propias de estas últimas, antes de su promulgación”.

Por lo que debemos fijar un concepto de Jurisdicción para los efectos de este estudio:

“la función pública realizada por órgano competente del Estado, con las formas requeridas por ley, en virtud del cual, por acto de juicio y la participación de sujetos procesales, se determina el derecho de partes, con el objeto de dirimir sus conflictos de relevancia jurídica, mediante decisiones con autoridad de cosa juzgada, eventualmente factibles de ejecución.”³

Como corolario, debemos destacar que éstas facultades dieron paso a la introducción y aplicación del principio Confianza Legítima, el que para efectos del presente escrito lo definiremos como: consiste en la expectativa de un sujeto que por medio de un comportamiento sostenido en el tiempo por parte de la autoridad que genera una convicción de que en el futuro volverá a ocurrir. La incorporación de este principio inicialmente tenía por objeto ser aplicable únicamente a los funcionarios públicos de planta, paulatinamente este fue solicitado por las diversas categorías de funcionarios públicos, ya que al ser un principio no regulado por las leyes, no se puede restringir su aplicación, pudiendo generar una controversia al vulnerar el principio de igualdad, debido a que todos los funcionarios públicos cualquiera sea su categoría se acogieron a la buena fe a la protección que proporciona este principio.

Una de las consecuencias que implica la no regulación de la Confianza Legítima es que se pretenda hacer extensible la aplicación de este a otras áreas del derecho, por lo tanto, esto nos conlleva a una irrisoria aplicación del principio, puesto que no toda expectativa generada en una persona u organismo constituye necesariamente un derecho.

2 Un primer acercamiento

La Contraloría General de la República, siendo un organismo autónomo se encuentra sometida a los principios constitucionales, porque Chile es un Estado Democrático de Derecho. En virtud de esto, la carta fundamental se encuentra en la cúspide del ordenamiento jurídico, es decir, es la ley de leyes, por lo tanto, nada se puede encontrar fuera de la constitución y menos en contra de está.

Son principios rectores del ordenamiento jurídico: El principio de juridicidad que es “la sujeción integral a derecho de los órganos del estado tanto en su ser como en su obrar”.⁴ El que se encuentra integrado por el principio de Supremacía Constitucional

³ COUTURE EDUARDO, “Vocabulario Jurídico”, 4ªed, Montevideo. Uruguay, Editorial B de f, 1989.

⁴ SOTO KLOSS EDUARDO, En la forma que prescriba la ley, Notas sobre prácticas legislativas institucionales, XX revista chilena de derecho, Chile, 1993.

establecido en el artículo 6° de la Constitución Política de la República y por el Principio de Legalidad consagrado en el artículo 7° del mismo cuerpo legal.

En el presente trabajo, es necesario hacer una mención al principio de Probidad Administrativa, el cual contempla artículo 8° de Constitución política de la República que prescribe lo siguiente: “El ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones”. Siendo pertinente hacer referencia al concepto legal contenido en el artículo 61 letra g de la Ley del Estatuto Administrativo N° 18.834,⁵ que la define como “...una conducta funcionaria moralmente intachable y una entrega honesta y leal al desempeño de su cargo, con preeminencia del interés público sobre el privado”.

Otra referencia constitucional es el Principio de Publicidad y Transparencia, establecido en el artículo 8° inciso segundo del mismo cuerpo legal, de cuyo tenor se desprende “Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del Estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que utilicen. Sin embargo, sólo una ley de quórum calificado podrá establecer la reserva o secreto de aquéllos o de éstos, cuando la publicidad afectare el debido cumplimiento de las funciones de dichos órganos, los derechos de las personas, la seguridad de la Nación o el interés nacional.”. Pudiendo abstraer de estos, los siguientes subprincipios denominados: Principio de Racionalidad y Motivación, a los cuales nos referiremos más adelante.

Es conveniente manifestar que, respecto del Principio de Confianza Legítima, que tiene por fundamento esencial el Principio de Seguridad Jurídica, produce una convicción que se genera en el sujeto la repetición constante, permanente y uniforme en el tiempo, del actuar de la Administración del Estado. La doctrina Chilena se ha pronunciado en diversas ocasiones sobre el Principio de Confianza Legítima, centrándonos en la definición que nos entrega el actual Contralor General de la República Jorge Bermúdez que es: “Una garantía en el ámbito público, consistente en la defensa de los derechos del ciudadano frente al Estado y en la adecuada retribución a sus esperanzas en la actuación acertada de éste”.⁶

El tema central del principio de Confianza Legítima desde su aplicación en la función pública, hace que surjan una serie de dificultades en la materia, ya que es considerado una contingencia, al ser innovador, producto de su influencia en el fundamento siendo este el Principio de Seguridad Jurídica que motiva las decisiones tomadas. Por otra parte, podemos observar el problema de la no recontractación de funcionarios públicos.

Es dable categorizar, el tipo de contratación que se encuentran sujetos los ciudadanos que puedan formar parte la Administración del Estado expresando en tenor de los artículos 3ª letra b y c y el artículo 11 inciso primero del Estatuto Administrativo:

⁵ CHILE. Ministerio de Hacienda. Decreto Con Fuerza de Ley n° 29. Valparaíso, 16 de junio de 2004.: fija Texto Refundido, Coordinado y Sistematizado de La Ley N° 18.834, Sobre Estatuto Administrativo. Disponible en: <file:///C:/Users/a196460934/Downloads/ley 18834 estatuto administrativo pdf 202 kb.pdf>. Acceso en: 20 marzo. 2018.

⁶ EL PRINCIPIO DE CONFIANZA LEGÍTIMA EN LA ACTUACION DE LA ADMINISTRACION COMO LÍMITE A LA POTESTAD INVALIDATORIA: Jorge Bermúdez. Valdivia, Chile: Universidad de Chile y Católica, v. 18, n. 2, dic. 2015. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502005000200004>>. Acceso en: 24 abr. 2018.

“Planta de personal: es el conjunto de cargos permanentes asignados por la ley a cada institución, que se conformará de acuerdo a lo establecido al artículo 5”.

“Empleo a contrata: es aquel de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución”.

“Funcionario a honorario: podrá contratarse sobre la base de honorarios a profesionales y técnicos de educación superior o expertos en determinadas materias, cuando deban realizarse labores accidentales y que no sean las habituales de la institución, mediante la resolución de la autoridad competente. Del mismo modo se podrá contratar, sobre la base de honorarios, a extranjeros que posean título correspondiente a la especialidad que se requiera.”

Es indebido asimilar funcionarios públicos a trabajadores dependientes e independientes que se encuentran bajo el amparo del código del trabajo, atendiendo el siguiente tenor:

“porque la administración muchas veces persigue fines distintos y, a su vez, estos funcionarios cuentan con sus propios mecanismos de protección, a saber: acciones constitucionales, civil, reclamos de ilegalidad municipal, reclamo especial ante la contraloría, entre otros”.⁷

Desde una perspectiva dogmática, el funcionario público encuentra una protección incluso mayor que el trabajador particular, respecto de su empleador, ¿Por qué? Esto es porque el funcionario público es un *coadyuvante* en el ejercicio de la función pública, destinada a promover mejores condiciones de vida satisfaciendo necesidades públicas.

3 Estudio del cambio en los criterios de la jurisprudencia administrativa

La Contraloría General de la República, en el ejercicio de su potestad dictaminante, se ha manifestado múltiples veces sobre el Principio de Confianza Legítima en los dictámenes emitidos por ésta, los cuales tienen por objeto resolver situaciones jurídicas que se susciten al interior de la Administración, por el Contralor General de República, la cual paulatinamente ha formado la jurisprudencia administrativa, que es el conjunto de decisiones que emanan de la Contraloría General de República aplicando las normas correspondientes a la Administración, las que son de carácter obligatorio para la Administración del Estado y para sus funcionarios.

3.1 Criterios sostenidos en la década anterior

En el año 2000 la Contraloría se pronunció en el referido dictamen N°32.412 con fecha de 24 de agosto de dicho año, siguió el siguiente criterio: se actuó conforme a derecho al no prorrogar el contrato de la funcionaria al término del periodo legal, por el cual se designó debido a que la autoridad administrativa no está obligada a renovar la contratación de los empleados que desempeñan esta calidad. Definiremos como

⁷ CHILE. Tribunal Constitucional. Sentencia n° 2926. Santiago, 25 de julio de 2017. Disponible en: <<https://app.vlex.com/#vid/689129633>>. Acceso: 8 de mayo. 2018.

Empleo a Contrata según lo señalado artículo 3 letra c de la Ley N° 18.834 del Estatuto Administrativo:

“es aquel de carácter transitorio que se consulta en la dotación de una institución” y el precepto legal artículo 9 del mismo cuerpo legal “los empleos a contrata durarán, como máximo, sólo hasta el 31 de diciembre de cada año y los empleados que los sirvan expirarán en sus funciones en esta fecha, por el solo ministerio de la ley, salvo que hubiere sido propuesta la prórroga con treinta días de anticipación a lo menos”.

El Estatuto Administrativo establece en su artículo 140, una de las causales de cesación de funciones, remitiéndonos a la letra f “el término del periodo legal por el cual se es designado”. En relación con el artículo 147 del mismo cuerpo estatutario “Que el cumplimiento del plazo por el cual es contratado funcionario, produce la inmediata cesación de sus funciones”. También se estableció, que no hay imperativo de emitir un documento de cese de funciones ni de notificar a los afectados de tal determinación.

La Contraloría General de la República, a lo largo de los años siguió repitiendo los patrones mencionados anteriormente. Materializando esto y a modo de ejemplificar en los dictámenes N°58.781 con fecha de 4 de octubre del año 2010, N°68.642 con fecha de 28 de octubre del año 2011, N°48.889 con fecha de 9 de agosto del año 2012, y finalmente el dictamen N°38.825 con fecha de 29 de junio del año 2012. De un modo general podemos observar, que en los pronunciamientos anteriores se deja sin posibilidad al funcionario a contrata, ya que al ser desvinculado del servicio por el solo ministerio de la ley. Teniendo por causal la expiración del plazo y sin que proceda la prórroga correspondiente, actuación que al momento de ser recurrida ante Contraloría General de la República no va a ser rectificadas, imposibilitando su reincorporación a sus labores con dicho servicio.

Lo anterior, conlleva a precisar que no es necesario la emisión de un acto administrativo fundado que ponga término al vínculo funcional, sino lo indispensable es que se dicte un acto administrativo que prorrogue la contrata. Entendiéndose por ello que la terminación del vínculo opera por el sólo ministerio de la ley.

3.2 Cambio de paradigma en la Jurisprudencia Administrativa

La primera de estas aproximaciones que realizó la Contraloría General de la República, fue respecto a que el término de una contrata debe emitirse mediante un acto administrativo fundado, ya que de lo contrario éste adoleciera de un vicio que afecta su validez. Pudiendo apreciarlo de un modo concreto en el dictamen N° 23.518 con fecha de 29 de marzo del año 2016.

La recurrente a quien se le prorrogó su contrata con la cláusula “mientras fueran necesarios sus servicios”, pero al terminó de manera anticipada, por la emisión un acto administrativo, aplicando a ésta el artículo 2 inciso segundo, artículo 3 y artículo 5 letra f de la Ley del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales N° 18.883, que estipula lo siguiente:

“los empleos a contrata son aquellos de carácter transitorio que se contemplan en la dotación de una municipalidad, cuya duración máxima es hasta el 31 de diciembre de cada año, y quienes lo sirvan cesarán en sus funciones en esa fecha, por el solo ministerio de la ley, salvo que hubiere sido dispuesta la prórroga con treinta días de anticipación a lo menos”.

El órgano contralor estableció, que se puede poner término en el momento que estime conveniente por parte de la municipalidad, cuando su prórroga fue dispuesta bajo la fórmula “mientras sean necesarios sus servicios”. Por lo tanto, es válida la actuación de la autoridad edilicia producto de encontrarse previamente facultada para terminar dicho vínculo.

En conclusión, la Contraloría incorporó un nuevo criterio, que toda decisión que afectare derechos de particulares tanto en contenido negativo, gravamen, como los de contenidos favorables deberían ser fundados, remitiéndose al artículo 11 inciso segundo de la Ley que establece Bases del Procedimiento Administrativo que rigen los Actos de la Administración del Estado N° 19.880, preceptúa:

“Los hechos y fundamentos de derecho deberán siempre expresarse en aquellos actos que afectaren los derechos de los particulares, sea que los limiten, restrinjan, priven de ellos, perturben o amenacen su legítimo ejercicio, así como aquellos que resuelvan recursos administrativos”.

Lo que concuerda con lo dispuesto en el artículo 16 de ley anteriormente mencionada: “El procedimiento administrativo se realizará con transparencia, de manera que permita y promueva el conocimiento, contenido y fundamentos de las decisiones que se adopten en él”.

Por consiguiente, la autoridad que los dicta deberá necesariamente expresar los motivos, esto es respecto de las condiciones que posibilitan y justifican su emisión, siendo el principio de probidad, publicidad y transparencia. Los cuales son elementos estructurales del Estado democrático de derecho, remitiéndose de forma obligatoria al artículo 8º de la Constitución Política de la República que consagra:

“el ejercicio de las funciones públicas obliga a sus titulares a dar estricto cumplimiento al principio de probidad en todas sus actuaciones. Son públicos los actos y resoluciones de los órganos del estado, así como sus fundamentos y los procedimientos que se utilicen”.

La exigencia de la fundamentación de los actos administrativos se vincula con el ejercicio de las potestades conferidas a la Administración toda vez que permita cautelar que éstas se ejerzan de acuerdo al principio de juridicidad contemplados en los artículos 6º y 7º de la Constitución Política de la República, el cual lleva implícito el Principio de Racionalidad permitiendo que por la sola lectura sea posible conocer el racionio que motivó la decisión. Con el objeto principal de permitir la impugnación del mismo, por todo sujeto o funcionario.

Además, podemos agregar que en virtud de la motivación del pronunciamiento se relaciona con el artículo 19 N°2 de la Constitución Política de la República, del cual reza el principio de igualdad: “la Constitución asegura a todas las personas N°2.- la igualdad ante la ley...), y 19 N°3:

“La igual protección de la ley en el ejercicio de sus derechos... Toda sentencia de un órgano que ejerza jurisdicción debe fundarse en un procedimiento previo legalmente tramitado. Corresponderá al legislador establecer siempre las garantías de un procedimiento y una investigación racionales y justos”.

Evitando de esta manera todo abuso o exceso en el ejercicio de sus potestades, ya que si fuese arbitraria la decisión será tachada o ilegítima según el tenor del artículo 19 N° 2 inciso final “ni la ley ni autoridad alguna podrán establecer diferencias arbitrarias”.

Siguiendo la línea de la evolución del estudio de los criterios incorporados por la Contraloría, debemos remitirnos obligatoriamente al Dictamen N° 22.766 con fecha de 24 de marzo del año 2016, si bien este pronunciamiento se encuentra emitido a los funcionarios municipales contemplados en la Ley N° 18.883, lo hace extensible a funcionarios que han sido designados a empleos a contrata y a otras figuras de asignación semejantes regidos por textos y normas legales en el tenor literal del Dictamen N° 85.700 con fecha de 28 de noviembre del año 2016. Sin embargo, este puede abarcar otras materias que no son únicamente de contratación pública, sino de otras áreas que tenga parte al estado y, por lo tanto, este no podrá modificar libremente ni cambiar a los proveedores que contrata, debido a que la sola renovación de suministro o prestación de servicios afectará al tercero en sus derechos, creyendo en la existencia de una relación contractual permanente. Está es una crítica que podemos hacer al extenderse masivamente el Principio de Confianza Legítima llegaría incluso a coartar la libertad del estado.

Según lo expuesto en el párrafo precedente el Dictamen N° 22.766 adquiere una importancia fundamental reconociendo de forma expresa el Principio de Confianza Legítima, el cual se traduce:

“no resulta procedente que la administración pueda cambiar su práctica, ya sea con efectos retroactivos o de manera sorpresiva, cuando una actuación continuada haya generado en la persona la convicción de que se le tratará en lo sucesivo y bajo circunstancias similares de igual manera, que lo ha sido anteriormente”.

A partir del establecimiento de este principio es deber de los Órganos del Estado que su actuar sea coherente, si esta se llega a modificar debe ser comunicado el cambio de criterio a través de un acto de carácter positivo que debe ser fundado. Volviendo a tener presente el artículo 11 de la Ley N° 19.880 ya referido.

Siendo necesario que, para encontrarse bajo el amparo de dicho principio, es menester que existan reiteradas renovaciones de las contrataciones desde la segunda renovación a lo menos.

Este criterio sólo generará efectos para el futuro sin afectar situaciones acaecidas con anterioridad a su dictación, sin perjuicio que el reclamo en el cual se origina el nuevo criterio serán estos los primeros beneficiados por la modificación.

Haciendo un último alcance señalaremos que el documento establece características para los empleos a contrata, las cuales no están establecidas en la ley e incluso contraviene lo establecido en los cuerpos legales que lo regulan.

Sin embargo, no se aplicó el criterio del Dictamen N° 22.766 en el Dictamen N° 78.454 con fecha de 25 de octubre del año 2016 y el Dictamen N° 53.844 con fecha 20 de agosto del mismo año, los cuales exponen que no se aplicará la Confianza Legítima en aquellas contrataciones que carecen de regularidad. Como aquellas donde las renovaciones sean por periodos distintos e interrumpidos. Asimismo, se entenderá que existe una segunda renovación, si se abarca toda la anualidad subsiguiente. Así a modo de ejemplificar, en el caso de una persona designada a contrata, pero que haya empezado el

año respectivo incluso en el mes de diciembre se entenderá que hubo primera renovación anual solo si dicha vinculación se extiende por todo el año calendario siguiente.

Cabe mencionar, que respecto al último documento no fue aplicable el criterio anterior, realizándose el reclamo de la renovación de contrato a plazo fijo al encontrarse con licencia médica, ya que esta no produce el efecto de inamovilidad.

Nuestro ordenamiento jurídico se caracteriza por la armonía y la coherencia que este presenta, es por ello que el Dictamen N.º 85.700 unifica impartiendo instrucciones y complementando los criterios anteriores que emanan de los Dictámenes N.º 22.766 y N.º 23.518 ambos con fecha del año 2016, cuyo origen se encuentra Contraloría General de la República en uso de sus facultades privadas que les han sido atribuidas constitucional y legalmente.

El Dictamen establece, que las atribuciones de las autoridades no se verán afectadas en cuanto a la prerrogativa de decidir su no renovación, el término anticipado de las mismas, toda vez que esta se configura por un acto administrativo fundado.

4 Ámbito de aplicación

En consideración a los funcionarios sujetos al criterio ya reiterado en diversas ocasiones, los cuales presentan patrones comunes: en primer lugar, que sean funcionarios de carácter temporal; segundo que sean susceptibles de ser renovadas por decisión de la autoridad y tercero que no corresponde a suplencias o modalidades de reemplazo de otros servicios, a su vez lo que nos permite esclarecer a quienes aplica el presupuesto de este principio.

- Ley N.º 18.883 del Estatuto Administrativo para Funcionarios Municipales.
- Ley N.º 18.834 del Estatuto Administrativo de los Funcionarios Públicos.
- Artículo 13 de la Decreto Ley N.º 1.608 del año 1976.
- Leyes N.º 15.076 y N.º 19.664 relativas a Profesionales Funcionarios.
- Ley N.º 19.378 Estatuto de Atención Primaria de Salud Municipal.
- Ley N.º 19.070 Estatuto de Profesionales de la Educación.
- Decreto con Fuerza de ley N.º 2 del año 1968 del ex ministerio del interior, Estatuto del Personal de Carabineros de Chile, en lo relativo al personal contratado por resolución (CPR).
- Decreto con Fuerza de ley N.º 1 del año 1968 del ministerio de defensa nacional,
- Estatuto del Personal de Policía de Investigaciones de Chile, en lo relativo a empleos a contratar y a trabajadores a jornal de esta institución policial.
- Decreto con Fuerza de ley N.º 1 del año 1997 del ministerio de defensa nacional,
- Estatuto del Personal de las Fuerzas Armadas, relativo al personal a contrata.

A contrario sensu, el criterio no rige en aquellos casos en que la preceptiva que regula el empleo: 1) Contemple un régimen especial de renovación que limite el número de estas, como por ejemplo, los empleos a contrata de la etapa de destinación y formación a que alude el artículo 6º de la Ley N.º 19.664; 2) Que establezca un efecto particular para los casos de renovaciones o prestación de servicios por sobre el plazo del contrato, como sucede en el Artículo 159 N.º 4 inciso final del Código del Trabajo y

en el artículo 2 del Decreto N° 587 del año 1972, del Ministerio de Defensa Nacional, que aprueba el Reglamento del Personal a Jornal y obreros a tratado de las Fuerzas Armadas que transforma en indefinido un contrato si se presentan determinadas circunstancias; 3) Corresponde a designaciones del el ordenamiento jurídico que las regula contemple para el reemplazo de otros servidores, como sucede con los contratos de reemplazo del sector de salud y docente, o sin ser concebidas para aquel fin específico, sean dispuestas expresamente para el reemplazo de otro servidor.

Se origina para Administración el deber de restablecer el vínculo entre el funcionario y el respectivo organismo, siempre que sea procedente la aplicación del Principio de Confianza Legítima en los casos que ha puesto término anticipado y no ha sido emitido a través de un acto administrativo fundado.

5 Ordenación de la Confianza Legítima, por parte de la Contraloría General de la República.

Se origina para administración el deber de restablecer el vínculo entre el funcionario y el respectivo organismo, siempre que sea procedente la aplicación del Principio de Confianza Legítima en los casos que ha puesto término anticipado no ha sido emitida a través de un acto administrativo fundado.

Una de las instrucciones impartidas tiene por objeto la pronunciación de un acto administrativo que a través de este se pone término de manera anticipada dicha contrata o no permite su renovación. Por ello debemos establecer que entendemos por un acto administrativo, donde encontramos un concepto legal en el artículo 3° de la Ley N° 19.880 que se desprende: “Las decisiones formales que emitan los órganos de la administración del estado en las cuales se contienen declaraciones de voluntad, realizadas en el ejercicio de una potestad pública”. Precizando en su inciso tercero que dichas declaraciones de voluntad podrán: “tomar la forma de Decretos Supremos o Resoluciones”. Podemos vislumbrar un concepto que se desprende de la Jurisprudencia Administrativa sosteniendo: “cualquier declaración de voluntades, de deseo, de conocimiento o de juicio realizado por un sujeto de la administración pública en el ejercicio de una potestad administrativa”.⁸

Como corolario, el acto administrativo debe contener una decisión formal de no renovar el vínculo funcional, entendiéndose que de hacerlos por un lapso inferior en un año o en un grado o estamento inferior, o de prescindir anticipadamente de los servicios del ciudadano. De efectuarse dicha actuación, deberá contener el razonamiento y la expresión de los hechos y fundamentos de derechos en las cuales se sustenta, no resultando suficiente para fundamentar estas determinaciones la expresión “por no ser necesarios sus servicios” u otras análogas. Sin perjuicio que encontramos casos que podrá servir de fundamento para prescindir de los servicios lo siguiente:

- Una deficiente evaluación del servidor, ya sea la calificación regular y periódica u otra evolución particular.

⁸ CHILE. Contraloría General de La República. Dictamen n° 002936N01. Santiago, 26 de enero de 2001. Disponible en: <file:///C:/Users/a196460934/Downloads/contraloria.pdf>. Acceso en: 8 de mayo. 2018.

- La modificación de las funciones del órgano y/o su reestructuración, que hagan innecesarios los servicios del empleado o requieran que éste desarrolle funciones diversas a las desempeñadas, o por un lapso inferior a un año calendario.
- La supresión o modificación de planes, programas o similares, o una alteración de su prioridad, que determinen que las labores del funcionario ya no son necesarias o dejen de serlo antes de completarse el año siguiente.
- Nuevas condiciones presupuestarias o de dotación del servicio que obliguen a reducir al personal.
- Reducción de la dotación docente o de la dotación del sector de atención primaria de salud
- o, conforme a lo prescrito en las leyes N° 19.070 y 19.378 respectivamente.

La cláusula “mientras sean necesario sus servicios” puede estar referida a aptitudes personales del empleado, las cuales dejan de ser requeridas por el servicio, no obstante, estas pueden continuar siendo prestadas por otro funcionario.

El acto administrativo que prorroga la contrata, debe ser emitido al menos con treinta días de anticipación al vencimiento del plazo, notificándose a los interesados su texto íntegro, la que se practicará a más tardar en los cinco días siguientes de aquel quede totalmente tramitado el acto administrativo, la que se realizará de acuerdo a las normas generales del ordenamiento jurídico.

Debido a la constante puesta en práctica el principio de Confianza Legítima que hemos abarcado en el desarrollado de nuestro estudio, ha hecho necesario referirnos al pronunciamiento realizado por la Contraloría en el presente año 2018, lo que se materializa en el dictamen N° 6.400 emitido el 2 de marzo del presente año, siendo así un texto refundido y ordenado, el cual unifica los criterios mencionados con anterioridad modernizándolos de acuerdo a la realidad nacional y su coherente aplicación en los conflictos de carácter administrativos entre funcionarios y la administración pública, de manera que permita la correcta puesta en practicidad del principio de Confianza Legítima,

6 Toma de Razón

Como ya lo mencionamos anteriormente, la Contraloría General de la República ejerce el control de legalidad de los actos de la administración, el que se materializa a través de la Toma de razón que es “aquel trámite de verificación de la juridicidad de un decreto supremo o de una resolución de un jefe superior de servicio, que por disposición legal se encuentra sujeto a control preventivo por parte de la Contraloría General de la República”.⁹

Cabe la interrogante, si este acto administrativo que dispone la no renovación de la contrata del servidor se encuentra sujeto al trámite de Toma de razón, la que podemos responder en términos generales que no se encuentra sujeta a la toma de razón de la Contraloría General de la República, en virtud de lo establecido en el artículo 7 N° 10

⁹ DIAZ BRAVO, ENRIQUE (España). José María Gimeno Feliu. contratos Observatorio de los públicos.: Contraloría General de la República como foro público tutela contratación. España: Thomson Reuters, 2016. 13 v. Disponible en: <https://drive.google.com/file/d/1f61shg2h_ovJQXlvlpHMDivY-Azph92K/view>. Acceso en: 12 marzo. 2018.

Resolución N°10 del año 2017, pero debiendo registrarse esté ante dicho órgano dentro del plazo de 15 días hábiles contados desde su fecha de emisión.

7 Régimen Recursivo

En cuanto al régimen recursivo los actos administrativos pueden ser impugnados, de acuerdo al artículo 59 de la Ley N°19.880, pudiendo entablar los recursos de reposición o jerárquico cuando estos sean procedentes sin perjuicios de leyes especial. Teniendo los funcionarios un plazo de diez días hábiles para recurrir ante este ente de fiscalización, contados desde que tuviere conocimiento de esta situación, resolución o actuación que dio lugar al vicio que se reclama.

8 Pronunciamiento de los tribunales que ejercen jurisdicción

Si bien hemos abordado esta teoría a través de la Jurisprudencia Administrativa, no es solo una materia que le compete de forma exclusiva a la Contraloría General de la República, ya que este principio ha sido conocido y fallado por tribunales que ejercen jurisdicción, como la Corte Suprema y el Tribunal Constitucional.

Recientemente se pronunció la Corte Suprema en la Sentencia Rol N° 41.500, dictada con fecha 7 de mayo del año 2018. En el cual la parte recurrente solicita, que se le sea aplicable el recurso de unificación de jurisprudencia, por la resolución que le ha sido desfavorable la que finalmente es rechazada. En primera instancia la decisión emitida por la Corte de Apelaciones de Valparaíso, desestimó la sanción de nulidad del despido, que en virtud de los autos N° 22.905-15, N° 26.607-14, N° 100.842-17 y el N° 954-13 de la Corte de Apelaciones de Santiago, por lo que, de lo extraído en dichos criterios, la resolución anterior será considerada errónea y contradictoria al criterio jurisprudencial.

Ergo, procede la aplicación de la sanción a la nulidad del despido. Pronunciamiento que, al reconocer la relación laboral controvertida, será de una naturaleza meramente declarativa y jamás constitutiva, pudiendo extraerse esto del Considerando Segundo del fallo.

El Considerando tercero introduce una excepción: pues no parece prudente aplicar la sanción de nulidad al despido, debido a que pudo haber una duda justificada y razonable del empleador, por tanto, siendo lógico que la sentencia judicial no tenga el carácter de declarativo sino constitutivo.

Es de suma importancia lo que preceptúa el Considerando cuarto y quinto, ya que la excelentísima corte ha decidido modificar su postura doctrinal sobre el tema:

“cuando se trata, en su origen, de contratos a honorarios celebrados por órganos de la administración del estado -entendida en los términos del artículo 1 de la Ley 18.575, pues a juicio de esta corte concurre un elemento que autoriza a diferenciar la aplicación de la referida institución, cual es que ellos fueron suscritos al amparo de un estatuto legal determinado que, en principio, les otorgaba una presunción de legalidad, lo que permite entender que no se encuentran típicamente en la hipótesis para la cual se previó la figura de nulidad del despido”¹⁰

¹⁰ CHILE. Corte Suprema. Unificación de Jurisprudencia n° 21. Santiago, 7 de mayo de 2018. Disponible en: <<https://app.vlex.com/#vid/716579525>>. Acceso en: 09 mayo 2018.

Concluyendo de esta manera que, de haber simulación o fraude por parte del empleador, el que pretende ocultar mediante una contratación a honorarios, la existencia de una relación laboral, aplicándose así debido a la actitud gravosa el artículo 162 inciso 7 del Código del Trabajo.

Mencionando lo establecido por el Tribunal Constitucional el fallo Rol N° 2926-15-INA, mencionado en un primer momento, aquella que los recurrentes tienen la pretensión de serle concedido el recurso de Unificación de Jurisprudencia Laboral, mediante la inaplicabilidad por inconstitucionalidad respecto de los artículos 1 y 485 del Código del Trabajo, lo que no fue acogido por el tribunal declarándose esto improcedente dicha solicitud.

Debido al modelo acogido por la Administración del Estado respecto de la adopción del sistema de carrera funcionaria, aquel ciudadano que al momento de establecer un vínculo con la administración, recibe el nombre de funcionario público y según lo mencionado anteriormente recibe un trato diferente de aquel trabajador que se encuentra bajo la regulación del Código del Trabajo, Es por eso que dicha resolución como primer alcance desea hacer extensible el principio de Tutela Jurisdiccional Laboral a los funcionarios públicos y municipales.

Por lo tanto, en virtud de STC Rol N°1.911 que declara la Ley Orgánica Constitucional al tenor el artículo 77 de la carta fundamental, porque “amplía el ámbito de competencia que se entrega a los tribunales del trabajo”, existiendo un conflicto de competencias en relación al tribunal que detenta la facultad de conocer, juzgar y fallar, respecto de los funcionarios públicos y municipales, dado de no encontrarse regulados Código del Trabajo siempre que no encuentren en contradicción con los cuerpos legales respectivos.

En lo medular y pertinente del pronunciamiento del Tribunal Constitucional, hace un llamado de atención, imponiendo a la Corte Suprema que es su deber dar una interpretación uniforme sobre la materia, ya que estas fueron promovidas por vía simplemente jurisprudencial, a partir de la sentencia de unificación emitida el año 2014.

9 Conclusiones

La Confianza Legítima es un principio reciente dentro de nuestro ordenamiento jurídico, sin embargo, ha habido un alza en las resoluciones tanto administrativas como jurisprudencial ya que tiene por objeto cautelar la legítima expectativa creada en el sujeto por la repetición de actos sostenida en el tiempo por la autoridad administrativa. Éste principio tiene por fundamento el resguardo íntegro de la Certeza y Seguridad Jurídica dispuesto del tenor literal de lo establecido en la Constitución Política de la República consagrado en el artículo 19 N°26. Es relevante hacer una referencia a la doctrina de nuestro país, en el cual se establecen distintas posturas: Primero, según el profesor Jorge Bermúdez consagra que el Principio de Confianza Legítima encuentra su fundamento en los principios constitucionales que rigen en un estado democrático de derecho siendo así aplicable el artículo 5°, 6° y 7 de la Constitución Política de la República. En Segundo lugar, el académico Millar establece que este principio de la Confianza Legítima tiene una vinculación estrecha con el principio de buena fe tanto de los interesados como terceros. Siendo imposible realizar la invalidación cuando afecte derechos de terceros. Sin embargo, se le puede criticar que la buena fe es un subprincipio del principio de Certeza

o Seguridad Jurídica. Por último y en tercer lugar el autor Raúl Letelier, señala que la forma como se ha formado la supuesta limitación que afecta la potestad invalidatoria no es la correcta desde su perspectiva. Por los problemas que conlleva este razonamiento y su construcción, responde a análisis parcial de los bienes que se encuentran en juego en el ejercicio de una competencia invalidatoria. 11

Como corolario, queda de manifiesto que no hay una posición unitaria de este principio, ya que algunos lo ven como un límite a la Administración del Estado y otros como un derecho en virtud de la buena fe del sujeto, más aún respecto de terceros que pudieran verse eventualmente afectados.

Podemos establecer una reflexión de este principio, que no existe una consagración formal emitida por el legislador, que consagre la certeza de este principio de manera obligatoria de su aplicación en aquellas solicitudes que se ha requerido su pronunciamiento siempre que se cumplan con los requisitos establecidos en la jurisprudencia. Los pronunciamientos de la Contraloría General de la República marcan un hito en la historia del derecho administrativo chileno protegiendo a los funcionarios públicos de los abusos de la administración pública. Es por ello, que encontramos que indispensable que se regule el Principio de Confianza Legítima de manera formal, a fin de evitar abusos y mal utilización de estos criterios, para esclarecer de forma concreta y precisa determinar cuándo y cómo será procedente la aplicación de este principio ya que es vago ceñirse por los criterios emanados del órgano contralor.

Referencias

BERMUDEZ SOTO, Jorge, "El principio de confianza legítima en la actuación de la Administración como límite a la potestad invalidatoria", Valdivia, Chile: Universidad de Chile y Católica, v. 18, n. 2, dic. 2015. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-09502005000200004>>. Acceso en: 24 abr. 2018.

COUTURE, Eduardo, "Vocabulario Jurídico", 4ª ed, Montevideo. Uruguay, Editorial B de f, 1989.

CHILE. Dictamen N°32412 con fecha de 24 de agosto del 2000, Contraloría General de la República. <<http://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/032412N00/html>> Acceso en: 1 de mayo. 2018.

CHILE. Dictamen N°58.781 con fecha 4 de octubre del 2010, Contraloría General de la República. <<http://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/058781N10/html>> Acceso en: 1 de mayo. 2018.

CHILE. Dictamen N°68.642 con fecha de 28 de octubre del 2011, Contraloría General de la República. <<http://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/068642N11/html>> Acceso en: 1 de mayo. 2018.

CHILE. Dictamen N°38.825 con fecha de 29 de junio del 2012, Contraloría General de la República <<http://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/038825N12/html>> Acceso en: 1 de mayo. 2018.

CHILE. Dictamen N°48.889 con fecha 09 de agosto del año 2012, Contraloría General de la República <<http://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/048889N12/html>> Acceso en: 1 de mayo. 2018.

CHILE. Dictamen N°22.766 con fecha 24 de marzo del año 2016, Contraloría General de la República. <<http://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/022766N16/html>> Acceso en: 1 de mayo. 2018.

CHILE. Dictamen N°23.518 con fecha 29 de marzo del año 2016, Contraloría General de la República. <<http://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/023518N16/html>> Acceso en: 1 de mayo. 2018.

¹¹ CONTRA LA CONFIANZA LEGÍTIMA COMO LÍMITE A LA INVALIDACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS: Raúl Letelier Wartenberg. Santiago: Scielo, v. 41, n. 2, ago. 2014. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372014000200009#n04>. Acceso en: 22 mayo 2018.

CHILE. Dictamen N° 78.454 con fecha 25 de octubre del año 2016, Contraloría General de la República <<http://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/078454N16/html>> Acceso en: 1 de mayo. 2018.

CHILE. Dictamen N° 85.700 con fecha 28 de noviembre del año 2016, Contraloría General de la República. <<http://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/085700N16/html>> Acceso en: 1 de mayo. 2018.

CHILE. Dictamen N° 53.844 con fecha de 20 de julio del año 2016, Contraloría General de la República <<http://www.contraloria.cl/pdfbuscador/dictamenes/053844N16/html>> Acceso en: 1 de mayo. 2018.

CHILE. Dictamen N° 6400 con fecha de 02 de marzo del 2018, Contraloría General de la República. <https://www.contraloria.cl/mesaprueba/842577F8004BAD41/0/43942416_2B8429A6032582470051BACF>. Acceso en: 1 de mayo. 2018.

LETELIER, WARTENBER, Raul, "Contra la confianza legítima como límite a la invalidación de los actos administrativos, Santiago: Scielo, v. 41, n. 2, ago. 2014. Disponible en: <https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372014000200009#n04>. Acceso en: 22 mayo 2018.

SOTO KLOSS, Eduardo, Acerca de la obligatoriedad de los precedentes en la actividad Administrativa del Estado, Santiago: Universidad Católica, v. 26, 1999. Disponible en: <<https://repositorio.uc.cl/bitstream/handle/11534/14778/000274678.pdf?sequence=1>>. Acceso en: 15 abr. 2018.

_____, En la forma que prescriba la ley, Notas sobre prácticas legislativas Institucionales, Santiago: Universidad de Chile y Católica, Vol. 20 p.688, 1993.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MATURANA, Andrea; OYARCE, Natalia. Principio de confianza legítima: análisis de su incorporación y evolución en nuestro ordenamiento. In: GALLO, William Iván et al. (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 75-88. ISBN 978-85-450-0569-8.

POLÍTICAS PÚBLICAS COMO UM INSTRUMENTO PARA A PROMOÇÃO DO DESENVOLVIMENTO NACIONAL

PRISCILA BEPLER SANTOS

1 Introdução

A construção do Estado constitucional de Direito consiste na inclusão de valores e princípios fundamentais no âmbito do texto constitucional, “assim como o estabelecimento de metas e diretrizes a que o Estado deve, em primeiro plano, buscar, com o escopo de concretizar e de proteger os direitos e valores antes mencionados”.¹

Devido a sua grande importância, os princípios constitucionais devem ser sempre utilizados como ponto de partida, pois estes sintetizam os valores mais relevantes da ordem jurídica brasileira. Nesse sentido discorre Luís Roberto Barroso:

O ponto de partida do intérprete há que ser sempre os princípios constitucionais, que são o conjunto de normas que espelham a ideologia da Constituição, seus postulados básicos e seus fins. Dito de forma sumária, os princípios constitucionais são as normas eleitas pelo constituinte com fundamentos ou qualificações essenciais da ordem jurídica que institui. A atividade de interpretação da constituição deve começar pela identificação do princípio maior que rege o tema a ser apreciado, descendo do mais genérico ao mais específico, até chegar a formulação da regra concreta que vai reger a espécie.²

Destarte, no Estado constitucional o núcleo do direito é a dignidade da pessoa humana, a qual é consagrada na Constituição Federal brasileira de 1988, em seu artigo 1º, inciso III, de forma que o Estado e o Direito não se mostram um fim em si mesmo, devendo garantir, tutelar e promover a dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais.

O princípio da dignidade humana se refere diretamente à salvaguarda dos requisitos mínimos para que seja assegurada uma vida digna a todos os cidadãos,

¹ BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007, p.41.

² BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.155.

decorrente de prestações e de proibições a serem implementadas pelos aparatos estatais, que, no âmbito do Estado constitucional, acabam por representar o seu desígnio.³ Ressalta-se que “a dignidade da pessoa humana é valor supremo que atrai o conteúdo de todos os direitos fundamentais do homem, desde o direito à vida”.⁴

Em razão dessa importância e da indisputada prelação constitucional dos direitos fundamentais – pois que espelham a própria posição central e a dignidade da pessoa humana, a contrapartida e consequência lógica dessa preeminência material e formal há de ser a afirmação da instrumentalidade do Estado (e, a fortiori, a de seu direito), como a entidade a que a sociedade incumbe certificar, tutelar, promover e realizar esses valores.⁵

Ou seja, dada sua devida importância, a dignidade humana foi elevada à condição de fundamento da República Federativa Brasileira, cabendo ao Estado velar por ela, mediante políticas públicas formuladas e executadas para lhe assegurar plena eficácia, pois é o próprio Estado que tem a titularidade das prerrogativas jurídicas necessárias a desempenhá-las. Enfatiza-se, assim, a importância desses programas de ação governamental na promoção da inclusão e do desenvolvimento nacional sustentável.

O presente artigo visa apresentar uma visão integrada sobre o tema das políticas públicas, como “metas coletivas conscientes”,⁶ analisando sistematicamente os caracteres jurídicos, políticos e sociais que a conformam. Assim, enfatizando a importância desses programas de ação governamental na promoção da inclusão e da sustentabilidade nacional.

2 Políticas públicas

As políticas públicas estão diretamente ligadas à prestação de utilidades, tais como programas públicos sociais ou econômicos, voltados à efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana. Estas visam a fins essenciais determinados pelos governantes, fundamentando-se na realização de demandas coletivas. Segundo Fabio Konder Comparato, a política aparece, antes de tudo, como uma atividade, isto é, um conjunto organizado de normas e atos tendentes à realização de um objetivo determinado.⁷

As políticas públicas segundo Muller e Surrel, do ponto de vista axiológico, demonstram os fins da ação governamental; do ponto de vista prático, representam um programa de ação governamental para um setor da sociedade ou de um espaço geográfico.⁸ É bem verdade que

³ BREUS, 2007, p.157.

⁴ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2010, p.105.

⁵ NETO, Diogo de Figueiredo Moreira. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.55.

⁶ ASSMAN, Hugo apud BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002, p.241

⁷ COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/364/r138-04.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 21 maio 2015, p.45.

⁸ MULLER, Pierre; SUREL, Yves apud DIAS, Maria Tereza Fonseca. Políticas públicas e o terceiro setor. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 268.

[...] oportunidades sociais de educação e assistência médica, que podem requerer a ação pública, complementam oportunidades individuais de participação econômica e política e também favorecem nossas iniciativas de vencer privações.⁹

Na formulação de Maria Paula Dallari Bucci:

Política pública é o programa de ação governamental que resulta de um processo ou conjunto de processos juridicamente regulados – processo eleitoral, processo de planejamento, processo de governo, processo orçamentário, processo legislativo, processo administrativo, processo judicial – visando coordenar os meios à disposição do Estado e as atividades privadas, para a realização de objetivos socialmente relevantes e politicamente determinados.

Como tipo ideal, a política pública deve visar a realização de objetivos definidos, expressando a seleção de prioridades, a reserva de meios necessários à sua consecução e o intervalo de tempo em que se espera o atingimento de resultados.¹⁰

A implementação de uma multiplicidade de ações e programas das mais diversas modalidades, identificados como políticas públicas, dá-se de modo a concretizar os elementos normativos gerais e abstratos, contidos no sistema jurídico, que competem à Administração Pública.¹¹

Nesse contexto, é importante atentar, que as políticas públicas não se reduzem a políticas sociais:

“A abordagem estrutural que se propõe pode se aplicar indistintamente a qualquer política, incluindo as políticas de infraestrutura e quaisquer outras em que se revele a ação do governo como condutora das decisões que moldam a relação com o mercado e a sociedade civil”.¹²

Há que se tomar cuidado no tocante à suposta ideia de criação de uma nova disciplina do Direito, para as políticas públicas, o que de certa forma desconsideraria sua heterogeneidade. Políticas públicas são interdisciplinares por definição.¹³ Apresentam, portanto, grande riqueza ao permitir olhar o processo decisório governamental segundo diversas ópticas epistemológicas combinadas, dentro e fora do Direito.¹⁴

No Estado Constitucional, as políticas públicas deixam, por conseguinte, de se situar exclusivamente no âmbito da deliberação política para receber intensa circunscrição jurídica, em especial da Constituição. Deste modo, é fato que as políticas públicas refletem atividade de caráter administrativo, exigindo-se que as metas só possam ser

⁹ SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010, p.10.

¹⁰ BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006, p. 39.

¹¹ BREUS, 2007, p.157.

¹² BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 255.

¹³ BUCCI, 2008, p.227.

¹⁴ BUCCI, 2008, p.255

alcançadas através de diversos instrumentos, quase sempre manejáveis pelos órgãos da administração pública.¹⁵ Nesse sentido, delibera Luiz Edson Fachin:

Como essa espécie de atuação estatal não se apresenta como um tema ontologicamente jurídico, ao longo do tempo ela acabou não recebendo uma disciplina jurídica mais intensa, permanecendo o seu tratamento e a sua regência, circunscritos ao campo do debate político. Na atualidade, entretanto, a preocupação do Direito sobre as políticas públicas tem gradativamente aumentado, com vistas a propiciar um maior controle (jurídico e social) sobre os fins delineados pela Constituição para o Estado.¹⁶

Em razão da insuficiência de recurso e das intensas demandas sociais, econômicas e políticas impõe-se também a Administração Pública, a realização de escolhas e a priorização dos objetivos a serem satisfeitos.¹⁷ Segundo José dos Santos Carvalho Filho:

[...] quer na trilha das instituições políticas, quer no âmbito das instituições administrativas, sempre se fará necessário um processo de opção ou escolha. E é nesse aspecto que surgem as políticas públicas, tanto no seio das primeiras quanto das últimas. Políticas públicas, por conseguinte, são as diretrizes, estratégias, prioridades e ações que constituem as metas perseguidas pelos órgãos públicos, em resposta às demandas políticas, sociais e econômicas e para atender aos anseios oriundos das coletividades.¹⁸

Logo, as políticas públicas devem ser vistas também como um processo ou um conjunto de processos que culmina na escolha racional e coletiva de prioridades, para definição dos interesses públicos reconhecidos pelo direito.¹⁹

Políticas públicas são programas de ação governamental, que partindo do pressuposto do interesse público, visam a efetivar os direitos básicos de uma sociedade por meio de ações e metas adequadas às necessidades da coletividade, condicionando, assim, a conduta dos agentes estatais a esses objetivos.

As temáticas dessas políticas, como processo de formação do interesse público, está ligada à questão da discricionariedade do administrador, na medida em que “o momento essencial da discricionariedade é aquele em que se individualizam e se confrontam os vários interesses concorrentes”.²⁰

Segundo Celso Antônio Bandeira de Mello, o interesse público deve ser conceituado como o interesse resultante do conjunto dos interesses que os indivíduos pessoalmente têm quando considerados em sua qualidade de membros da Sociedade e pelo simples fato de o serem.²¹

Logo, um interesse é reconhecível como interesse público quando assim é qualificado pela lei ou pelo direito,²² que é exatamente o que se faz no processo de formação

¹⁵ CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas públicas e pretensões determinativas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p.121.

¹⁶ BREUS, 2007, p.24.

¹⁷ BREUS, 2007, p.27.

¹⁸ CARVALHO FILHO, 2008, p.110-111.

¹⁹ BUCCI, 2002, p.265.

²⁰ GIANNINI, Massimo Severo *apud* BUCCI, 2002, p.265.

²¹ BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito Administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013, p.62.

²² BASSI, Franco *apud* BUCCI, 2002, p.265.

da política pública como dado de direito, ou seja, sancionar determinados fins e objetivos, definindo-os legitimamente como a finalidade da atividade administrativa.²³

3 Controle judicial

Partindo da definição das políticas públicas como um complexo de processos encadeados, as fases políticas e administrativas se tornam nítidas sem perder sua unidade, de modo a permitir a clara incidência dos controles adequados sobre cada uma delas, mas garantindo-se sempre o controle judicial, não importa em que fase, sempre que houver direito subjetivo ameaçado ou violado.²⁴

Com relação à intervenção do judiciário nas políticas públicas, que por meio da utilização de regras de proporcionalidade e razoabilidade, o juiz analisará a situação em concreto e dirá se o administrador público ou o responsável pelo ato guerreado pautou sua conduta de acordo com os interesses maiores do indivíduo ou da coletividade, estabelecidos pela Constituição e na lei. E assim estará apreciando, pelo lado do autor, a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público. E, por parte do Poder Público, a escolha do agente público deve ter sido desarrazoada.²⁵

Luís Roberto Barroso divide a razoabilidade externa e interna, conceituando a primeira como a *“adequação aos meios e fins preconizados pelo Texto Constitucional”*.²⁶ Já a razoabilidade interna *“deve ser aferida primeiramente dentro da lei”*;²⁷ assim, *“é chamada razoabilidade interna, que diz com a existência de uma relação racional e proporcional entre seus motivos, meios e fins”*.²⁸

O princípio da razoabilidade é um parâmetro para a valorização dos atos do Poder Público para aferir se eles estão informados pelo valor superior inerente a todo ordenamento jurídico: a justiça.²⁹

Os princípios da razoabilidade, da proporcionalidade são princípios de com ampla aplicação, sendo aplicáveis até mesmo na ponderação de outros princípios, de modo, que estes se tornam essenciais a todos os ramos do direito.

Da mesma forma, a margem de estimativa subjetiva quanto à oportunidade, conveniência, forma, e conteúdo do provimento administrativo será delimitada pela conformação objetiva da realidade que justifica a sua emanção, na medida adequada, necessária e proporcional à proteção do bem jurídico posto à cura administrativa. Em outras palavras, haverá casos em que aquela liberdade de decisão se transformará em dever de adoção ou

²³ BUCCI, 2002, p.265.

²⁴ NETO, 2008, p.58.

²⁵ GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo poder judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, v.33, n.164, out. 2008, p.19.

²⁶ BARROSO, 2009, p.233.

²⁷ *Ibid.*, p.232.

²⁸ *Ibid.*, p.232/233.

²⁹ PEREIRA Jane Reis Gonçalves. Os imperativos de Razoabilidade e Proporcionalidade. *apud* BARROSO, Luís Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p.155.

não de certa conduta, tendo em conta todos os princípios aplicáveis ao exercício da função administrativa *in concreto*.³⁰

O controle judicial das políticas públicas no país emerge do interior de uma sociedade fragmentada pelas desigualdades sociais e marcada pela limitação decisória imposta aos mecanismos tradicionais de representação do Estado.³¹ Sendo assim, acentua-se a necessidade de um controle judicial efetivo para a garantia dos direitos existenciais mínimos. Assim deve-se encontrar uma solução intermediária pautada nos princípios da razoabilidade e da proporcionalidade e na realização do interesse público, tendo em vista a função social da empresa e o desenvolvimento nacional sustentável.

É possível o controle de políticas públicas pelo poder judicial sem que haja confronto com o princípio da separação dos poderes, pois os direitos a serem efetivados por essas políticas são protegidos pela Constituição. Esse controle é necessário e essencial, devendo ser feito dentro dos termos legais que o limitam. Além disso, faz-se necessária atenção especial à finalidade buscada pelas próprias políticas públicas.

O aperfeiçoamento do controle judicial das políticas públicas, preconizando agora por inúmeros juristas no exterior e no Brasil, não se deve ser entendido como a substituição do político e do administrativo pelo juiz, mas, precisamente, no reconhecimento de que se cabe a este zelar pelo Direito e não apenas pela lei [...].³²

Em vista disso, o controle judicial das políticas públicas se dá, por conseguinte, em caráter preventivo, concomitante e sucessivo à implantação dos programas públicos, sociais e econômicos. O controle judicial das políticas públicas pode se dar, portanto, em três momentos distintos: na sua formulação, execução ou avaliação.³³

Em suma, o Judiciário pode intervir nas políticas públicas quer para implementá-las, ou para corrigi-las quando equivocadas.³⁴ Ressalte-se que há limites postos à intervenção do Judiciário em políticas públicas de acordo com as disposições constitucionais. Tais limites são: a restrição à garantia do mínimo existencial; a razoabilidade da pretensão individual/social deduzida em face do Poder Público e a irrazoabilidade da escolha do agente público; a reserva do possível.³⁵

4 Desenvolvimento nacional

Em virtude da importância das políticas públicas para combater a situação de pobreza e grande desigualdade, observada no Brasil, elas são consideradas como uma ferramenta eficaz para a promoção da inclusão e do desenvolvimento nacional. Devendo-se ressaltar, que a eficácia de políticas públicas consistentes depende diretamente do grau de articulação entre os poderes e os agentes envolvidos.³⁶

³⁰ OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Discrecionariade e razoabilidade*. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/728/510>>. Acesso em: 17 maio 2016

³¹ APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009, p.137.

³² NETO, 2008, p.63.

³³ APPIO, 2009, p. 135.

³⁴ GRINOVER, 2008, p. 28.

³⁵ *Ibid.*, p. 28.

³⁶ BUCCI, 2002, p.249.

O próprio fundamento das políticas públicas é a necessidade de concretização de direitos por meio de prestações positivas do Estado, sendo o desenvolvimento nacional a principal política pública, conformando e harmonizando as demais.³⁷

A Constituição de 1988 fixou como objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: constituir uma sociedade livre, justa e solidária; garantir o desenvolvimento nacional; erradicar a pobreza e reduzir as desigualdades sociais e regionais; promover o bem de todos, sem preconceitos de raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação,³⁸ dos quais se acresce a prevalência dos direitos humanos elencados no art. 4º³⁹ da Constituição Federal.

É importante ressaltar que a convenção de Brundtland em 1997 trouxe como conceito de desenvolvimento nacional sustentável: “O desenvolvimento sustentável é o desenvolvimento que encontra as necessidades atuais sem comprometer a habilidade das futuras gerações de atender suas próprias necessidades”.⁴⁰

A Constituição Federal de 1988 afirma desde seu preâmbulo estar destinada a assegurar o desenvolvimento, sendo esse desiderato reforçado em várias outras passagens.

O desenvolvimento é um direito fundamental, de todo modo:

Isso não equivale a dizer, contudo, que todo e qualquer sujeito tenha direito a ele indiferentemente, ou seja, mesmo aquele em injustificada inércia. É preciso fazer-se merecedor dele e, ao mesmo tempo, permitir-se que as pessoas possam almejar alcançá-lo, não de forma a perpetuar as desigualdades materiais, mas de modo a propiciar meios de igualização substancial, por intermédio de ações afirmativas, expressivas de políticas públicas e/ou de determinações regulamentares.⁴¹

Sendo assim, o Estado deverá realizar metas ou programas que promovam a implantação desses objetivos fundamentais, sempre visando um tratamento uniforme aos cidadãos. Nesse contexto, Celso Antônio Bandeira de Mello discorre com magnitude sobre o princípio da igualdade:

[...] a igualdade é princípio que visa a duplo objetivo, a saber: de um lado propiciar garantia individual (não é sem razão que se acha insculpido em artigo subordinada à

³⁷ BERCOVICI, Gilberto. Políticas Públicas e o dirigismo constitucional. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n.3, 2003, p. 174

³⁸ “Art. 3º Constituem objetivos fundamentais da República Federativa do Brasil: I - construir uma sociedade livre, justa e solidária; II - garantir o desenvolvimento nacional. III - erradicar a pobreza e a marginalização e reduzir as desigualdades sociais e regionais; IV - promover o bem de todos, sem preconceitos de origem, raça, sexo, cor, idade e quaisquer outras formas de discriminação”.

³⁹ Art. 4º A República Federativa do Brasil rege-se nas suas relações internacionais pelos seguintes princípios: I - independência nacional; II - prevalência dos direitos humanos; III - autodeterminação dos povos; IV - não-intervenção; V - igualdade entre os Estados; VI - defesa da paz; VII - solução pacífica dos conflitos; VIII - repúdio ao terrorismo e ao racismo; IX - cooperação entre os povos para o progresso da humanidade; X - concessão de asilo político. Parágrafo único. A República Federativa do Brasil buscará a integração econômica, política, social e cultural dos povos da América Latina, visando à formação de uma comunidade latino-americana de nações”.

⁴⁰ ONU. *Relatório Brundtland*. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

⁴¹ FERREIRA, Daniel. *A licitação pública e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012. p. 55.

rubrica constitucional “Dos Direitos e Garantias Fundamentais”) contra perseguições e, de outro, tolher favoritismos.⁴²

O Brasil tem um grau elevado de desigualdade se comparado com outros países no mundo e mesmo na América Latina, segundo dados da Síntese de Indicadores Sociais do IBGE de 2014.⁴³ Essa estrutura desigual de distribuição de renda pode ser traduzida em números; os indivíduos que correspondem à parcela dos 10% mais pobres possuem uma renda quase 35 vezes abaixo da obtida pelos 10% mais ricos da população brasileira, ou seja, os 10% mais ricos se apoderam de mais de 40% do total da renda das famílias. Esse quadro corrobora a necessidade de estratégias para uma distribuição mais igualitária do rendimento familiar per capita no Brasil.

O problema da desigualdade realmente se magnifica quando a atenção é desviada da desigualdade de renda para a desigualdade na distribuição de liberdades substantivas e capacidades.⁴⁴

Superar essas desigualdades é essencial para o processo de desenvolvimento. E, o desenvolvimento consiste na eliminação de privações de liberdades que limitam as escolhas e as oportunidades das pessoas de exercer ponderadamente sua condição de agente.⁴⁵

Segundo Amartya Sen:

As políticas públicas visando ao aumento das capacidades humanas e das liberdades substantivas em geral podem funcionar por meio da promoção dessas liberdades (os cinco tipos distintos de liberdade são; as liberdades políticas, as facilidades econômicas, as oportunidades sociais, as garantias de transparência e a segurança protetora), distintas, mas inter-relacionadas.⁴⁶

Em suma, a instituição de políticas públicas é um dos mecanismos centrais da atuação da administração pública brasileira voltada à efetivação dos Direitos fundamentais, sobretudo dos direitos sociais, econômicos e culturais. Sendo assim, por meio delas, geram-se oportunidades, as quais levam ao caminho da liberdade e da cidadania necessárias ao desenvolvimento.

5 Considerações finais

É preciso reconhecer que nos últimos anos houve melhorias nas condições de vida das populações carentes, o que pode ser atribuído a políticas de distribuição de renda mínima aos mais necessitados. Não obstante, o Brasil ainda é marcado pela desigualdade acentuada e pela carência de direitos essenciais mínimos.

⁴² BANDEIRA DE MELLO, Celso Antônio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993, p. 23.

⁴³ Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida. Disponível em: <http://ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2014/SIS_2014.pdf>.

⁴⁴ SEN, 2010, p. 160.

⁴⁵ *Ibid.*, p. 10.

⁴⁶ *Ibid.*, p. 25.

Essa realidade deve ser amplamente considerada ao se definir as finalidades e os interesses a serem perseguidos pelas políticas públicas, sempre objetivando a inclusão e a sustentabilidade, para que haja efetiva garantia dos valores decorrentes do princípio da dignidade humana.

As políticas públicas trazem em si uma noção de desenvolvimento, o que só será efetivo em um cenário de cidadania. Uma cidadania ativa acontece quando os cidadãos veem a si próprios não apenas como os destinatários, mas também como os autores do seu direito, eles se reconhecem como membros livres e iguais de uma comunidade jurídica.⁴⁷

Logo, todos devem ter oportunidade de exercer amplamente os seus direitos protagonizando suas histórias. Cabe ao Estado Brasileiro garantir e assegurar tais direitos para a concretização de uma sociedade mais justa e solidária pautada no princípio da igualdade.

Conclui-se que, ao reconhecer as políticas públicas como uma ferramenta eficaz para a promoção da inclusão e do desenvolvimento nacional, se faz necessária uma efetiva implantação dessas “metas conscientes” com vistas a diminuir o elevado índice de desigualdade no Brasil, pois, nem mesmo a realidade de recursos escassos pode ser utilizada como argumento para justificar o retrocesso.

Referências

- APPIO, Eduardo. *Controle judicial das políticas públicas no Brasil*. Curitiba: Juruá, 2009.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 30. ed. São Paulo: Malheiros, 2013.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *Curso de direito administrativo*. 32. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.
- BANDEIRA DE MELLO, Celso Antonio. *O conteúdo jurídico do princípio da igualdade*. 3. ed. São Paulo: Malheiros, 1993.
- BARROSO, Luis Roberto. *Interpretação e aplicação da constituição*. 7. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.
- BERCOVICI, Gilberto. Políticas públicas e o dirigismo constitucional. *Revista da Academia Brasileira de Direito Constitucional*, Curitiba, n.3, 2003.
- BREUS, Thiago Lima. *Políticas públicas no estado constitucional: problemática da concretização dos direitos fundamentais pela administração pública brasileira contemporânea*. Belo Horizonte: Fórum, 2007.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. *Direito administrativo e políticas públicas*. São Paulo: Saraiva, 2002.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. Notas para uma metodologia jurídica de análise de políticas públicas. In: BUCCI, Maria Paula Dallari (Org.). *Políticas públicas: reflexões sobre o conceito jurídico*. São Paulo: Saraiva, 2006.
- BUCCI, Maria Paula Dallari. O conceito de política pública em direito. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- CARVALHO FILHO, José dos Santos. Políticas públicas e pretensões determinativas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.
- CITTADINO, Gisele. *Poder judiciário, ativismo judiciário e democracia*. Disponível em: <http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf>. Acesso em 21 mai. 2015.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Ensaio sobre o juízo de constitucionalidade de políticas públicas*. Disponível em: <<http://www2.senado.leg.br/bdsf/bitstream/handle/id/364/r138-04.pdf?sequence=4>>. Acesso em: 21 maio 2015.

⁴⁷ CITTADINO, Gisele. *Poder Judiciário, ativismo judiciário e democracia*. Disponível em: <http://revistaalceu.com.puc-rio.br/media/alceu_n9_cittadino.pdf>. Acesso em: 21 mai. 2015, p.109

FERREIRA, Daniel. *A licitação pública e sua nova finalidade legal: a promoção do desenvolvimento nacional sustentável*. Belo Horizonte: Fórum, 2012.

GRINOVER, Ada Pellegrini. O controle de políticas públicas pelo poder judiciário. *Revista de Processo*, São Paulo, v.33, n.164, out. 2008.

IBGE, *Síntese de indicadores sociais: uma análise das condições de vida*. Disponível em <ftp://ftp.ibge.gov.br/Indicadores_Sociais/Sintese_de_Indicadores_Sociais_2014/SIS_2014.pdf>.

MOREIRA NETO, Diogo de Figueiredo. Apontamentos sobre o controle judicial de políticas públicas. In: FORTINI, Cristiana; ESTEVES, Júlio César dos Santos; DIAS, Maria Tereza Fonseca (Org.). *Políticas públicas: possibilidades e limites*. Belo Horizonte: Fórum, 2008.

OLIVEIRA, José Roberto Pimenta. *Discricionariedade e razoabilidade*. Disponível em: <<http://revistas.pucsp.br/index.php/red/article/view/728/510>>. Acesso em: 17 maio. 2016

ONU. *Relatório Brundtland*. Disponível em: <<http://www.un.org/documents/ga/res/42/ares42-187.htm>>. Acesso em: 11 ago. 2016.

SEN, Amartya. *Desenvolvimento como liberdade*. São Paulo: Companhia das Letras, 2010.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 34. ed. São Paulo: Malheiros, 2010.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SANTOS, Priscila Beppler. Políticas públicas como um instrumento para a promoção do desenvolvimento nacional. In: GALLO, William Iván et al. (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 89-98. ISBN 978-85-450-0569-8.

Parte II

LA GARANTÍA DE LOS DERECHOS
HUMANOS Y SU RELACIÓN CON LA
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

LA CAPTURA CORRUPTA DEL ESTADO COMO DAÑO MULTIDIMENSIONAL A LOS DERECHOS HUMANOS

ALEJANDRO SANABRIA RODELO

1 Introducción

La administración pública está dotada de una gran cantidad de poderes y deberes para cumplir con las directrices y principios del Estado. En el ejercicio de estos poderes, indudablemente se han interpuesto la codicia por adquirir beneficios personales, que rompe con los valores fundamentales del ser humano desde que vive en sociedad, dejando a un lado el interés general y el ánimo de creación conjunta de comunidad para, adquirir formas inequitativas de riqueza y poder.

De este modo, la corrupción es tal vez uno de los conceptos más abstractos y reales con los que se intenta explicar la deficiencia de los gobiernos en el cumplimiento de los fines de la Administración Pública. Sin embargo, en varios casos, la corrupción ha trascendido a una captura de la estructura de los estados en la que sus efectos permean a toda la sociedad. Esta captura es especialmente nociva ya que, como las normas son de carácter permanente, sus consecuencias serán de largo plazo y su cobertura es incalculable.¹

Este fenómeno ha afectado en mayor medida la confianza en las instituciones públicas, que en los países de América Latina es casi inexistente. Así lo ha identificado el Latinobarómetro (2015) demostrando la gran desconfianza en las diferentes instituciones de los Estados latinoamericanos, de esta manera, en el poder judicial la desconfianza en los órganos judiciales se encontró en alrededor del 33%, por su parte la desconfianza en el congreso se encontró en un 28%, y en los partidos políticos en un 19%. Del mismo modo, en la encuesta se logró encontrar que 13% de los sujetos encuestados manifestó: “desconfianza en todas las personas e instituciones, patrón que se acentúa entre las

¹ GARAY, Luis Jorge. et al (Ed.). *La Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado en Colombia*. Bogotá D.C: Grupo Método, 2008. 118 p.

personas de origen indígena –aún más en las mujeres que en los hombres y las más pobres.”²

De esta forma, se destacan tres diferentes aspectos que en mi opinión tienen mayor magnitud para el estudio de este fenómeno problemático. El primero es la posible magnitud que tienen los efectos dañinos de la corrupción en la administración pública y la captura corrupta del Estado, el segundo se refiere a la relación de estos daños con reales violaciones a los derechos humanos y el último, tiene que ver con la posible responsabilidad que tenga el Estado por estos daños productos de su actuar corrupto o su captura corrupta. Por lo tanto, en la siguiente disertación demostraré como la captura corrupta del Estado es un daño multidimensional a los derechos humanos y que fundamentos existen dentro de la filosofía de la responsabilidad para que el Estado responda por ellos.

De acuerdo con lo anterior, el presente artículo tiene como objetivos, en primer lugar, identificar la complejidad y el alcance de la corrupción de la administración pública y la *captura corrupta del Estado*, en segundo lugar, reconocer la multidimensionalidad del daño a los derechos humanos que comprende la captura corrupta del Estado y en último lugar, establecer los fundamentos del deber de reparar.

Para esta disertación, abordaré la doctrina y jurisprudencia concerniente al análisis de las categorías de administración pública, corrupción, derechos humanos y filosofía de la responsabilidad.

2 La captura corrupta del Estado como falla de la administración pública

La corrupción del actuar gubernamental ha sido la cadena que ata a los ciudadanos de los diferentes países y sociedades. Ellos sufren la dificultad de superar las condiciones de vulnerabilidad de sus pueblos y les impide impulsarse hacia la progresividad de sus derechos. Éste flagelo se ha visto en mayor medida en los países en “vía de desarrollo” o con problemas sociales y económicos que requieren mayor atención.³ El fenómeno de la corrupción crea desconfianza generalizada y ésta a su vez, crea diferentes niveles de indiferencia que permiten que la cadena se conserve. Es decir, la corrupción de la administración pública crea un ciclo que circunnavega entre la inmoralidad administrativa, que se presenta en forma de actos corruptos, y la desconfianza en las instituciones por parte de la población, que se presenta en forma de indiferencia social y política, creando un sistema autopoyético que se mantiene así mismo.

Una consecuencia poco explorada de este ciclo vicioso, es la invisibilidad que recoge en su velo los factores y sujetos responsables, aceptando las prácticas corruptas como una patología inevitable en nuestra sociedad, y quedando indemnes a los intentos institucionales por purgarlas o prevenirlas.

De esta manera, en el presente capítulo, exploraré la faceta primaria de la corrupción de la administración pública y sus alcances, para luego relacionarla con las

² LATINOBARÓMETRO. *LA CONFIANZA EN AMÉRICA LATINA 1995 – 2015: 20 años de opinión pública latinoamericana*. Santiago de Chile: Corporación Latinómetro, 2015. Disponible en: <<http://www.latinobarometro.org/lat.jsp>>. Acceso em: 23 maio 2018.

³ HUNTINGTON, Samuel. *Political order in changing society*. New Haven: Yale University Press, 1968.

implicaciones de la categoría de captura o cooptación del Estado y del mismo modo identificar la multidimensionalidad del daño consecuencia de estas.

2.1 La corrupción de la administración pública

El concepto de corrupción es tan complejo, que diferentes autores han creado nociones que nos ayudan a circunscribirlo. Es así como Lapalombara (1994) entiende por corrupción, todo acto u omisión que un servidor público realiza a cambio de un beneficio, y que no permite la ley.⁴ Con esto, se entiende que no se proscribe solamente la acción, sino además, la omisión en la aplicación de normas en el marco de deberes legales y previos.

A pesar que las nociones tradicionales destacan a los servidores públicos como el eje central de la corrupción administrativa, la realidad supera a esta noción, así, observamos que la corrupción se encuentra también en el sector privado, donde encontramos que en la mayoría de situaciones en las que los servidores públicos tienen la oportunidad de ir en contra de la ley con conductas transaccionales, hay una relación directa con particulares, ampliando el espectro de repercusiones dañinas que ya se tenían.⁵ La vinculación de sujetos privados, en esta noción más amplia, se manifiesta en la creación de pactos corruptos de toda índole. Por ejemplo: pactos en campañas electorales, pactos en concesiones contractuales, o incluso pactos en macro políticas fiscales y monetarias.

Adicionalmente, el ejercicio de la función pública con fines transaccionales, no busca solamente un provecho pecuniario, también puede tener beneficios de lealtad personal o institucional, de apoyo electoral, familiares, de casta o de amistad, en posición social o política, etc.⁶ De esta manera, así como lo expone Nye (1967) la corrupción administrativa se puede definir como: “cualquier violación del interés público para obtener ventajas especiales” o “toda conducta ilícita utilizada por individuos o grupos para obtener influencia sobre las acciones de la burocracia”.⁷

Con lo anterior, se logra reconocer no solo la complejidad que resguarda la pluralidad de actores en los actos de corrupción, sino también la variedad de motivos⁸ que tienen para ejecutar sus actos ilegales. De igual forma, la doctrina logra identificar algunos factores que se presentan como *oportunidades* para el proceder corrupto; estas son, entre otras: el poder discrecional excesivo, las deficiencias de información y los controles sobre los actos administrativos de los servidores públicos. Por lo mismo, esto plantea un escenario propicio para que los servidores públicos desvíen su probidad hacia un actuar corrupto.⁹

⁴ LAPALOMBARA, Joseph. *Structural and institutional aspects of corruption*. 2. ed. Maryland: structural and institutional aspects of corruption, 1994. 350 p.

⁵ KLIIGART, Robert. *Controlling corruption*. California: University Of California Press, 1988.

⁶ PÉREZ, Rogelio. *Corrupción y ambiente de los negocios de Venezuela*. Caracas: Ediciones IESA, 1991.

⁷ NYE, Joseph. *Corruption and political development: a cost-benefit-analysis*. Washington DC: American Review N51, 1967.

⁸ Los motivos que se destacan entre muchos otros son los bajos salarios y la falta de incentivos de los empleados públicos, estos en las etapas primigenias del actuar corrupto pueden desenlazar en otros motivos como el cumplimiento de pactos criminales y la captura de posiciones políticas.

⁹ RICO, José María et al. *La corrupción pública en américa latina: Manifestaciones y mecanismos de control*. Miami: Centro Para La Administración de Justicia, 1996.

Los servidores públicos tienen un poder discrecional evidente para acumular capital privado, la acumulación suele presentarse a través del aprovechamiento de su posición y su profesión, que casi siempre es mal e irregularmente pagada. Consecuencia de esto, la corrupción tiene lugar sobre todo en las sociedades donde los servidores públicos, rinden cuentas de forma esporádica y disminuida, hay poca transparencia en las transacciones administrativas y de gobierno y existen funcionarios inconformes con su posición laboral.¹⁰

Es importante señalar, que es la esfera personal de los sujetos corruptos la causa más elemental de la corrupción, ya que además de los factores de “motivos y oportunidades”, un factor esencial es que el sujeto corrupto no posee o ignora una cultura organizativa sólida y cohesionada configurada sobre valores públicos como máximas a seguir en su oficio, dígase concretamente *el interés general*.^{11 12} Esta situación de debilidad cultural sobre lo público hace que el funcionario opte por afianzarse en sus motivos de beneficios personales y aproveche las oportunidades otorgadas por su investidura.¹³

En este sentido Laporta & Alvarez destaca qué:

“la causa inevitable y, en último término irreductible de la corrupción es la conducta deshonesta del actor público. En último término la corrupción se da única y exclusivamente porque un individuo, sea cual sea su entorno, toma la decisión de realizar una acción determinada, la acción corrupta (...)”¹⁴

Esta diversidad de sujetos y motivos se configuran mediante diferentes estrategias con las que se emplea el plan corrupto. En este sentido las estrategias identificadas por Bautista (2005)¹⁵ otorgan al análisis de la categoría, unos elementos útiles para identificar la profundidad y la multidimensionalidad de las repercusiones dañinas que causa. Para tener un análisis más concentrado de estas estrategias se dividirán en tres categorías:

a La corrupción intelectual o cultural. Es cuando bien se induce a personas con prestigio académico para ser la garantía de la ideología que está detrás del plan corrupto, o para influenciar mediante incentivos económicos la investigación con los enfoques útiles para producir el plan.

¹⁰ LAPORTA, Francisco et al. *La corrupción política*. Madrid: Alianza, 1997. p. 20.

¹¹ La motivación principal de los funcionarios debe ser el cumplimiento del deber como manifestación de su compromiso con lo público en palabras de Max Weber, “para el funcionario es un honor su capacidad para ejecutar a conciencia y con precisión una orden, poniendo toda la responsabilidad en quien se la manda, y para ejecutarla como si respondiera a sus propias convicciones si esa autoridad jerárquicamente –a pesar de las ideas del funcionario- le insistiera en esa orden que a éste le parece equivocada. Sin esa negación de sí mismo y sin esta disciplina moral en su más alto sentido se desmoronaría todo el aparato. En: WEBER, Max. *La ciencia como profesión. La política como profesión*. Madrid: Alianza, 1994. 118 p.

¹² CHAMPS, Victoria. La ética en una cultura posfilosófica. *Leviatán: Revista de hechos e ideas*, Madrid, n. 20, p.79-83, jun. 1985. Trimestral. Disponible em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/74246>>. Acceso em: 20 maio 2018.

¹³ MATAS, Carles. Los problemas de la implantación de la nueva gestión pública en las administraciones públicas latinas: modelo de Estado y cultura institucional. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, Caracas, n. 021, p.1-28, out. 2001. Disponible em: <[http://www.top.org.ar/ecgp/FullText/000000/RAMIO MATAS, Carles - Los problemas de la implantacion de la nueva gestion.pdf](http://www.top.org.ar/ecgp/FullText/000000/RAMIO%20MATAS,%20Carles%20-%20Los%20problemas%20de%20la%20implantacion%20de%20la%20nueva%20gestion.pdf)>. Acceso em: 22 jun. 2018.

¹⁴ LAPORTA, Francisco et al. *La corrupción política*. Madrid: Alianza, 1997. p. 20.

¹⁵ DIEGO, Oscar. *La ética y la corrupción en la política y la administración pública*. 2005. 163 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Derecho, Derecho, Universidad Internacional de Andalucía, Huelva, 2005. Disponible em: <<http://eprints.ucm.es/7816/>>. Acceso em: 23 jun. 2018.

b *La cohesión económica* como método de persuasión. Es cuando los diferentes sujetos reciben el apoyo de diferentes organismos financieros y de resonancia internacional, con esto se presiona a los gobiernos para que asuman diferentes políticas encaminadas a facilitar la incursión del sector privado en la administración pública. Las tácticas que se utilizan para esta estrategia van desde amenazas de negación de créditos, hasta bloqueos económicos y el desprestigio de los países en la comunidad internacional.

c *La corrupción política*. Es la transacción para obtener el control del actuar de servidores públicos como: presidentes, altos funcionarios, parlamentarios, líderes sociales o sindicales, mediante cohecho, estafa, extorsión, favoritismo, financiamiento electoral, fraude, malversación de fondos públicos, nepotismo, etc.

Para algunos autores hay una diferencia sustancial entre la corrupción política y la corrupción administrativa sin embargo para Manuel Villoría:

“La corrupción administrativa o de los empleados públicos no puede separarse de la corrupción política, ya que se alimentan una a otra. De tal manera, de los políticos corruptos surge la corrupción administrativa, aun cuando la profesionalidad del servicio público pueda atenuar la expansión del fenómeno.”¹⁶

Es entonces la corrupción política una macro categoría que agrupa a los demás tipos de corrupción. Por lo que, estos comportamientos logran permear las esferas de decisión del poder público, haciendo que todas las normas y actos administrativos que se desprendan de transacciones ilegales, nazcan corruptos.¹⁷ Así mismo, la corrupción, no se limita a un ejercicio transaccional de enajenación de beneficios, sino en algunos escenarios se convierte en una contaminación de todo el sistema y sus productos, esta contaminación ha sido llamada por un sector de la doctrina como captura o reconfiguración cooptada.

2.2 La captura corrupta del Estado y la reconfiguración cooptada

La captura del Estado se ha entendido como la participación ilícita de sujetos del sector privado en la creación y consolidación de normas de todo tipo (leyes, decretos, actos administrativos, celebración de contratos públicos, etc.), con el motivo de obtener beneficios de todo tipo.¹⁸ Esto quiere decir que hay niveles de corrupción invasivos que pueden permear instituciones estatales consolidadas en la legalidad para instrumentalizarlas y luego cooptar esferas de decisión en los niveles locales y centrales.¹⁹

¹⁶ VILLORIA, Manuel. Combate a la corrupción y fomento de la ética en la gestión pública. In: VII Congreso Internacional del CLAD sobre la reforma del estado y de la administración pública, 2002, Lisboa. *La corrupción judicial: razones de su estudio, variables explicativas e instrumentos de combate en España*. Lisboa: Upan, 2002. p. 1 - 24. Disponible en: <http://novo.more.ufsc.br/trabalho/inserir_trabalho>. Acceso en: 23 jun. 2018.

¹⁷ ARCILA, Oscar. Aproximación Teórica y Metodológica para Estudiar el Fenómeno de la Corrupción. In: Departamento Administrativo de la Función Pública. *Riesgos de Corrupción en la Administración Pública*. Bogotá: DAFP, 2000. p. 1.

¹⁸ HELLMAN, Joel; KAUFMANN, Daniel. La captura del Estado en las economías en transición. *Finanzas & Desarrollo*. Washington D. C., p. 31-35. set. 2001. Disponible en: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2001/09/pdf/hellman.pdf>>. Acceso en: 23 jun. 2018.

¹⁹ GARAY, Luis Jorge. et al (Ed.). *La Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado en Colombia*. Bogotá D.C: Grupo Método, 2008. 118 p.

Así mismo, con el fin de avanzar en propósitos ilegítimos, los grupos ilegales pueden permear e incluso crear instituciones legítimas para capturarlas en términos instrumentales y luego aprovecharlas para cooptar instancias de decisiones del Estado en el nivel local o incluso central. (GARAY, SALCEDO-ALBARÁN, DE LEÓN, & GUERRERO, 2008)

Frente a esta situación y su magnitud, puede destacarse que no se trata simplemente de la influencia de sujetos ajenos a la administración pública que tienen un interés monetario, sino de un plan sistemático que busca permear esferas de decisión tan altas, que generan consecuencias que afectan a todo el orden social.²⁰ De igual modo, los sujetos y estructuras que participan en esta estrategia, ya no permean solamente el ámbito ético individual, sino que alteran los deberes mismos de la función pública, intereses colectivos y la moral social, es por esto que esta cooptación deja de ser un problema que ocupa únicamente el ámbito de la administración pública, para convertirse en un caso de “ilegalidad normativa”.²¹

Bajo este contexto, es posible afirmar como lo ha señalado Suárez, Jabbaz y Isuani (2001)²² que puede existir un sistema de corrupción institucionalizado en el que existen unas estructuras y procesos que se instalaron en la sociedad como formas de lograr de manera continua algunos beneficios particulares, estableciendo una “permissividad social” con la idea típica y generalizada de “todos lo hacen”.²³

Esta actitud permisiva y de alguna manera cómplice, ha permitido que macro estructuras criminales que anteriormente eran contrapartidas del aparato coercitivo del Estado, hayan creado alianzas dando el mensaje referido a que la función pública es una especie de mercado en el que se puede ingresar por el precio correcto. Es así como la captura del Estado diversifica los sujetos que están inmersos en la relación corrupta, ya que, pueden hacer parte mafias, carteles ilegales, organizaciones criminales organizadas, grupos paramilitares y subversivos y de igual manera grupos legales como partidos políticos, comerciantes, políticos, empresarios y sociedades transnacionales.²⁴ Estos sujetos delictivos han sido denominados por la doctrina como “grupos de interés”.²⁵

Es por esta compleja macro estructura que los efectos de la cooptación de la función pública tienen un pluralidad de daños de diferentes naturalezas, lo que hace imperativo identificar su profundidad, no solamente para prevenirlos, sino también para hacer visibles sus efectos multidimensionales y reconocer las responsabilidades pertinentes, incluida la del Estado.

²⁰ *Idem*.

²¹ OLIVERA, Mario. Hacia una sociología de la corrupción. *Alma Mater*, Lima, v. 17, p.1-15, out. 1999. Disponible em: <http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/Alma_Mater/1999_n17/sumario.htm>. Acceso em: 23 jun. 2018.

²² SUAREZ, F, et al. La corrupción organizacional: aportes para el desarrollo teórico-conceptual. *Revista Probidad*, Lima, v. 14, maio 2001.

²³ GROPPA, O; BESADA, M. *Cultura y Corrupción política (orden institucional): Corrupción en el campo político y el económico*. 2001. Disponible em: <http://www.uca.edu.ar/esp/secinvestigacion/esp/docs-publicaciones/docs/CYCP_04.pdf>. Acceso em: 23 junio 2018.

²⁴ GARAY, Luis Jorge et al. *La reconfiguración cooptada del Estado: más allá de la concepción tradicional de captura económica del Estado*. Bogotá: Fundación AVINA, 2008.

²⁵ Definición introducida en los informes de consulta al Banco Mundial preparado como parte del análisis sobre el Estado del arte de la corrupción en Colombia. La captura del Estado: corrupción o ardid político.

3 La corrupción violatoria de derechos humanos

Tradicionalmente los bienes jurídicos vulnerados por las prácticas corruptas están relacionados con el deterioro del erario público o la apropiación de los bienes públicos del Estado. Sin embargo, con la evolución de estas prácticas, se presenta un cambio que crea situaciones de violaciones estructurales, esto es posible cuando existe un sistema desigual y precario en la cultura de lo público.²⁶

La Corte Interamericana de Derechos Humanos afirma que estas violaciones se generan:

“por el modo en que la institucionalidad está organizada y por la concurrencia de cierta indiferencia o incluso justificación por parte de la opinión pública. Tampoco se trata de violaciones aisladas. Por el contrario, se trata de violaciones generalizadas de derechos, enfocadas en personas que pertenecen a grupos determinados, y cuyos derechos se violan precisamente en función de dicha pertenencia.”²⁷

Es así como se hace imperativo analizar los diferentes niveles de daños que genera la captura corrupta del Estado, dentro de las complejas redes macrocriminales. Por lo tanto, en el presente capítulo, identificaré los daños que vienen de la concepción tradicional de la corrupción, y los daños provenientes de la captura corrupta del Estado, para así analizar si estos daños representan violaciones efectivas a los derechos humanos.

3.1 Los daños clásicos de la corrupción en la administración pública: la dimensión relativa y ocasional

Como se expuso anteriormente la corrupción crea unas repercusiones dañinas de alta complejidad. En primera medida, por su invisibilidad o difícil percepción, esto relacionado además con la alta permisividad de la sociedad frente a hechos corruptos, y en segunda medida, porque al estar inmersa en la regulación de normas, involucra a todo el sistema creando un ciclo vicioso.

Generalmente se ha entendido la corrupción como un fenómeno que afecta solo las dimensiones económicas de los valores de una sociedad,²⁸ sin embargo, tal y como lo manifiesta Bautista la corrupción tiene unos costos que impactan en las dimensiones políticas, económicas, sociales y culturales de una comunidad.²⁹

²⁶ GONZÁLEZ, Marianne; ROJAS, Claudio Nash (Ed.). *Transparencia, lucha contra la corrupción y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Informe de la tercera reunión regional de especialistas. 7 y 8 de noviembre de 2011. Santiago: Facultad de Derechos Universidad de Chile - Centro de Derechos Humanos, 2012. Santiago: Centro de Derechos Humanos, 2011. 188 p. Disponible em: <<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/122732/Transparencia-lucha-contra-la-corrupcion.pdf?sequence=2>>. Acceso em: 27 jun. 2018.

²⁷ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas n° 220. San José de Costa Rica, 26 de noviembre de 2010. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. San José de Costa Rica. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_220_esp.pdf>. Acceso em: 25 jun. 2018.

²⁸ HELLMAN, Joel; KAUFMANN, Daniel. La captura del Estado en las economías en transición. *Finanzas & Desarrollo*. Washington D. C., p. 31-35. set. 2001. Disponible em: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2001/09/pdf/hellman.pdf>>. Acceso em: 23 jun. 2018.

²⁹ DIEGO, Oscar. *La ética y la corrupción en la política y la administración pública*. 2005. 163 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Derecho, Derecho, Universidad Internacional de Andalucía, Huelva, 2005. *Op. cit.* p. 86.

Esto es importante señalarlo, porque, tradicionalmente se ha visto como el detrimento de las arcas públicas se utiliza como excusa para justificar la regresividad del desarrollo económico y social de un país. En este sentido Shang-Jin Wei afirma:

“la corrupción hace disminuir el crecimiento económico, sesga el sistema fiscal para favorecer a los ricos y bien relacionados, reduce la eficacia del establecimiento de objetivos en los programas sociales, sesga las políticas del gobierno favoreciendo la inequidad en la propiedad de los bienes disponibles, hace disminuir el gasto social, reduce el acceso a la educación de los pobres e incrementa el riesgo en las inversiones de los pobres”.³⁰

Estos daños, en específico, son productos de alteraciones en niveles altos de los poderes de decisión del Estado, ya que la corrupción impacta en la economía de los países, alterando directamente los presupuestos de las entidades territoriales y administrativas, desequilibrando el comercio, impulsando la modificación de la política monetaria y creando un déficit fiscal difícil de superar.

Por otro lado, la corrupción de la administración pública tiene impactos sociales notables. Estos efectos se manifiestan en el acrecimiento de la desigualdad en los índices (GINI), desviando la destinación efectiva de los fondos públicos, y aumentando la burocracia y comercializando el servicio público.

En este sentido, Ackerman destaca entre tantos efectos, algunos daños específicos en lo social, como la imposibilidad estructural que los pobres reciban servicios públicos esenciales (seguridad social, salud, educación), aumento de impuestos y tasas para adquirir estos servicios, desequilibrios violentos en el mercado para pequeños productores, entre otros.³¹ Esto en últimas se manifiesta en la imposibilidad práctica de superar la pobreza y la alta desigualdad en un país.

Por el lado de la cultura, la postura “todos lo hacen” y la permisividad de la que se habló en el anterior capítulo, genera perversas actitudes de indiferencia.³² Estas actitudes alteran los valores éticos de la comunidad, creando una desconfianza generalizada, y la creencia que la corrupción es un problema permanente que es imposible combatir.

Tal vez, los daños más invisibilizados y más graves de la corrupción sean los daños políticos. Estos daños generan que el pacto social pierda fuerza y todo el establecimiento estatal pierda toda legitimidad.³³ Del mismo modo, causan efectos negativos de violencia, creando un *estado de naturaleza* de tipo hobbesiano.

En el mismo aspecto, están los daños a los principios fundamentales de los Estados de derecho, en primer lugar, el principio democrático pierde toda validez, un ejemplo claro de esto es una compra-venta de votos. En segundo lugar, se puede observar la

³⁰ WEI, Shang-jin. La corrupción en el desarrollo económico: ¿lubricante beneficioso, molestia menor u obstáculo importante?. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, [s.l.], n. 21, p.83-94, 20 maio 2011. Instituto Nacional de Administración Pública. <http://dx.doi.org/10.24965/gapp.vi21.265>.

³¹ ROSE-ACKERMAN, Susan. La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma. Madrid: Siglo XXI de España, 2001. 366 p.

³² GROPPA, O; BESADA, M. *Cultura y Corrupción política (orden institucional): Corrupción en el campo político y el económico*. 2001. Disponible em: <http://www.uca.edu.ar/esp/secinvestigacion/esp/docs-publicaciones/docs/CYCP_04.pdf>. Acceso em: 23 junio 2018.

³³ OLIVERA, Mario. Hacia una sociología de la corrupción. *Alma Mater*, Lima, v. 17, p.1-15, out. 1999. Disponible em: <http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/Alma_Mater/1999_n17/sumario.htm>. Acceso em: 23 jun. 2018.

frustración de cualquier expectativa de gobernabilidad, y cualquier impulso de actuar bajo legalidad. Frente a esto Bautista concluye que:

(...) en lo político los gobiernos pierden autoridad, incluso la soberanía, al llegar a convertirse en simples administradores de sucursales, agencias u oficinas de comercio de las grandes empresas transnacionales. Al ser incapaces de gobernar brotan los síntomas de ingobernabilidad. Gobiernos con estas características son usados desde el exterior mientras que en el interior los hombres que ocupan estos cargos han dejado de ser los grandes estadistas de antaño para convertirse en gerentes o encargados quienes solo administran pero no deciden aunque lo hagan con eficacia.³⁴

De esta manera se puede decir que existe un conjunto de daños comunes en los niveles tradicionales de corrupción en la administración pública, estos daños tienen una gran complejidad y la forma de repararlos variara con su naturaleza. Este conjunto de daños se encuentran en los niveles primarios del acto corrupto y sus repercusiones se observan en los círculos cercanos de las relaciones políticas, sociales y culturales de la administración. Ejemplo de esto puede ser la corrupción que surge de la contratación de la administración pública local, o la inobservancia ilegal de las autoridades administrativas ante el incumplimiento de una norma, dígame, el soborno para evitar una multa de tránsito.

Por lo anterior, se puede destacar una primera dimensión de los daños producto de la corrupción que llamaré *nivel relativo y ocasional*, haciendo alusión a los daños generados a corto plazo y que generan sus principales efectos en los círculos cercanos de la relación corrupta. En este tipo de daños, la responsabilidad se ve más evidente en los funcionarios públicos como individuos, que en el Estado como persona jurídica de derecho público, sujeto de derechos y obligaciones.

Los daños acontecidos en la dimensión relativa y ocasional, pueden ser de todo tipo (cultural, económico, social y político) sin embargo tienen un cobertura menor por la cantidad de personas potencialmente vulneradas. En esta dimensión relativa y ocasional podemos hallar por ejemplo, las conductas de celebración indebida de contratos, peculados de cierta cuantía, cohechos en bajos niveles de la administración y prevaricatos en conflictos judiciales de menor cuantía.

Sin embargo, cuando los niveles de corrupción son más altos, los daños son más complejos y afectan a más personas durante un periodo prolongado de tiempo. Es por esto que a continuación indagaré sobre los daños que acaecen de la captura corrupta del Estado, como representación macro de la corrupción en la administración pública.

3.2 Los daños consecuencia de la captura del Estado: la dimensión generalizada y sistemática

Los actos corruptos, sin importar el tipo o dimensión que abarquen, tienen consecuencias altamente lesivas para una sociedad fundada en el Estado de derecho. Así, lo que podría distinguir a un acto corrupto de otro es la consecuencia de su

³⁴ DIEGO, Oscar. *La ética y la corrupción en la política y la administración pública*. 2005. 163 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Derecho, Derecho, Universidad Internacional de Andalucía, Huelva, 2005. *Op. cit.* p. 93.

comisión, pues en aquellos en los que son reconocidos por medidas anti-corrupción como actos corruptos, podrían llegar a ser perseguidos, pero, en los que no, no cabría esta posibilidad,³⁵ generando una sensación inevitable de impunidad.

Éste síntoma de impunidad es el que genera la captura corrupta del Estado, ya que en estas dimensiones de corrupción, los métodos empleados son tan innovadores e invisibles que parece imposible su existencia.

La corrupción impacta en niveles tan altos de la administración que como lo plantea Alan Doig y Stephen Riley contribuye a la inestabilidad política, a la intervención arbitraria de instituciones gubernamentales económicas y fiscales y a la prestación de servicios públicos.³⁶

Los daños producto de estos niveles de corrupción, se llaman a su vez dimensión *generalizada y sistemática*. Los daños de esta dimensión son consecuencia de la reconfiguración cooptada del Estado,³⁷ y abarcan daños que impactan a la sociedad en general, provocando efectos perjudiciales permanentes. Esta cooptación representa un nivel de corrupción que produce la cadena de indiferencia-corrupción mencionada al inicio de esta disertación, haciéndola autopoyética y resistente a las diferentes medidas estatales para prevenirla y contrarrestarla. Tal y como lo afirma (Cartier-Bresson, 1996):

“con el auge de la corrupción social y su institucionalización no sólo se agravan las implicaciones y efectos negativos sobre el sistema social sino que se amplían las instancias de afectación (i) morales (el malestar producto de la apatía), (ii) políticos (el cuestionamiento de la democracia parlamentaria y la avanzada del populismo o de la extrema derecha), (iii) económicos (el despilfarro de los fondos públicos y el desarrollo de rentas parasitarias, costosas para las empresas excluidas de las redes y para los contribuyentes) y (iv) sociales (desigualdad en el tratamiento de los actores).³⁸

El impacto de la dimensión generalizada y sistemática de la corrupción se diferencia de la relativa y ocasional, en que esta es aprovechada por diferentes sujetos para refundar la institucionalidad hacia la apropiación ilegal de recursos, incursión en los escenarios democráticos, y redestinación del presupuesto público.³⁹ Lo cuales son valores esenciales para el normal desarrollo de la actividad administrativa. Es decir, la dimensión generalizada y sistemática, coopta principios tan básicos de nuestra sociedad, que contagia a todos los demás permitiendo precisamente el envenenamiento de todos

³⁵ BOEHM, Frédéric. Corrupción y anticorrupción: Una perspectiva Neo-institucional Corrupción y captura en la regulación de los servicios públicos. *Revista de Economía Institucional*, Bogotá, v. 13, n. 7, p.159-264, dez. 2005. Semestral. Disponible em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/rei/v7n13/v7n13a10.pdf>>. Acceso em: 23 jun. 2018.

³⁶ DOIG, Alan et al. La corrupción y estrategias anticorrupción: algunas cuestiones y estudio de casos de países en vías de desarrollo. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, Madrid, v. 21, p.117-130, nov. 2001. Disponible em: <[https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=GAPP&page=article&op=view&path\[\]=267&path\[\]=267](https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=GAPP&page=article&op=view&path[]=267&path[]=267)>. Acceso em: 23 jun. 2018.

³⁷ GARAY, Luis Jorge. Crimen, captura y reconfiguración cooptada del Estado: cuando la descentralización no contribuye a profundizar la democracia. In: FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER STIFTUNG (Bogotá). *25 años de la descentralización en Colombia*. Bogotá D.C: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2010. p. 48.

³⁸ CARTIER-BRESSON, Jean. Corrupción institucionalizada y neocorporativismo, con ejemplos del caso francés. *Nueva Sociedad*, Buenos Aires, v. 145, p.110-125, out. 1996. Disponible em: <http://nuso.org/media/articles/downloads/2536_1.pdf>. Acceso em: 23 jun. 2018.

³⁹ GARAY, Luis Jorge. Crimen, captura y reconfiguración cooptada del Estado: cuando la descentralización no contribuye a profundizar la democracia. In: FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER STIFTUNG (Bogotá). *25 años de la descentralización en Colombia*. Bogotá D.C: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2010. p. 48.

los productos que se desprende de su actuar cooptado: (normas, políticas públicas, actos administrativos).⁴⁰

Frente a esto Garay (2015)⁴¹ ha destacado lo que él llama: *La captura instrumental de los partidos políticos: de la complejización de la Captura del Estado a la Reconfiguración Cooptada del Estado*. En esta categoría el perfila lo que sería la dimensión sistemática de la corrupción, al identificar que la captura de partidos políticos como instrumentos para llegar al poder es un plan programático en la que los grupos de interés logran permear en el Estado en el momento de su consolidación. Esta complejización de la captura del Estado puede tener diferentes efectos en el tiempo y su exposición penal puede cambiar dependiendo de su nivel.

Por lo tanto, el soborno y coerción violenta sobre candidatos políticos y electores tiene efectos en el “*corto plazo y tiene una alta exposición penal*”, el financiamiento de campañas y delitos contra el sufragio es de “*mediano plazo y media exposición penal*” y la creación de partidos políticos tiene “*efectos de largo plazo y tiene una baja exposición penal*”.⁴²

Con base en lo anterior, podemos relacionar directamente los efectos de la captura corrupta del Estado y su posterior reconfiguración cooptada, en la dimensión generalizada y sistemática de la corrupción en la administración pública. Esta dimensión nos presenta un panorama en el cual los actos de corrupción no son simples actos aislados que tienen unos efectos poli-lesivos pero limitados a un espacio o ámbito determinado. Sino una serie de afectaciones generalizadas que comprometen diferentes tipos de derechos. Un ejemplo de los daños que tiene esta captura los podemos encontrar en el conflicto armado colombiano, en el cual, grupos paramilitares permearon diferentes esferas de poder con el fin de refundar al Estado,⁴³ reconfigurándolo y teniendo control de una gran parte de su actividad.⁴⁴ En este caso en concreto, grupos armados lograron ventajas económicas, militares, y una cooptación política⁴⁵ que vulneró los derechos de miles de víctimas del conflicto armado.

Hasta aquí, logramos reconocer dos dimensiones de daños que afectan a miles de personas en diferentes países, y afectan su institucionalidad comprometiendo la efectividad del derecho y su aplicación.⁴⁶ No obstante, estos daños están tipificados en el marco de los ordenamientos jurídicos nacionales internos, también podemos identificar una perspectiva que comprende la *dimensión generalizada y sistemática* de modo, en el Derecho Internacional; derechos que son vulnerados por actos de corrupción, generando responsabilidad.

⁴⁰ ARIAS, Julio et al. *Identidades culturales y formación del Estado en Colombia: Colonización, Naturaleza y cultura*. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2006. 281 p.

⁴¹ GARAY, Luis Jorge et al. *La reconfiguración cooptada del Estado: más allá de la concepción tradicional de captura económica del Estado*. Bogotá: Fundación AVINA, 2008. p 23.

⁴² *Idem*. *La reconfiguración cooptada del Estado: más allá de la concepción tradicional de captura económica del Estado*. Bogotá: Fundación AVINA, 2008. p 23.

⁴³ COLOMBIA. Tribunal Superior Sala de Justicia y Paz. Apelación nº 2007-82701. Relator: Uldi Teresa Jiménez López. *Condena Contra Freddy Rendón Herrera: Reclutamiento Ilícito de menores*. Bogotá, 30 abr. 2015.

⁴⁴ GARAY, Luis. *Construcción de una nueva sociedad*. Bogotá: Tercer Mundo Editores, 1999.

⁴⁵ CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA (Bogotá D.C.). *Justicia y paz, tierras y territorios en las versiones de los paramilitares*. Bogotá D.C.: CNMH, 2012. 234 p. Disponible en: <<http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/justicia-y-paz/tierras-y-territorios-en-las-versiones-de-los-paramilitares>>. Acceso en: 24 jun. 2018.

⁴⁶ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas nº 220. San José de Costa Rica, 1 de julio de 2006. *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia*. San José de Costa Rica, . Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf>. Acceso en: 25 jun. 2018.

3.3 La captura del Estado como violación sistemática a los derechos humanos

Analizadas ya las dimensiones de los daños provenientes de actos corruptos, es innegable su relación con graves violaciones a los derechos humanos. De esta manera surge la pregunta ¿Es la captura corrupta del Estado un daño a los derechos humanos?

Para analizar esto debemos observar la antijuridicidad del daño. Es decir, se debe determinar las obligaciones generales de respeto y garantía de derechos humanos que un Estado haya ratificado. Luego, se podrá analizar si el Estado efectivamente mediante los actos producto de su administración capturada, violan el DIDH.

Para ser más precisos y hallar una conclusión certera sobre la violación de determinado derecho humano habría que hacer un estudio de caso, sin embargo la presente disertación no busca examinar el alcance de un derecho en concreto, sino un análisis general de como la corrupción a gran escala (captura corrupta del Estado) puede ser violatoria de derechos humanos.

Dentro del presente análisis se tomara la distinción de Bascuñám, Bascur e Rojas (2014) que separa: “prácticas corruptas que violan directamente un derecho humano, y prácticas corruptas que conducen a violaciones de derechos humanos, pero que, consideradas en sí mismas, no violan un derecho”⁴⁷

De esta manera nos enfocaremos en la primera distinción concerniente a las prácticas que violan directamente un derecho humano. Por lo mismo, se debe señalar que las obligaciones del Estado en el marco del derecho Internacional son tres: la obligación de respetar, la obligación de proteger y la obligación de garantizar los derechos humanos.⁴⁸ Estas obligaciones pueden ser incumplidas en cualquier momento dentro del acontecer de un acto corrupto, por ejemplo: la captura del Estado por parte de un grupo armado estaría indudablemente violando estas tres obligaciones.⁴⁹

C. Maldonado⁵⁰ citado por Castañeda propone tres modos en las que la administración por acción o por omisión, viola derechos humanos empleando la corrupción:

“La primera forma es la exclusión en la que, especialmente en gobiernos republicanos, se elige a unos cuantos para que actúen en representación de la mayoría generando supresión de mecanismos de control ciudadano y ocultamiento en la toma y justificación de decisiones. La segunda es la ausencia de oposición política la cual permite la adquisición ilegal de contratos, venta ficticia de bienes, concesión de puestos públicos y maniobras secretas para perpetuarse en el poder, entre otros. Finalmente, la impunidad, ya que el crimen organizado, narcotráfico, corrupción y violaciones a derechos humanos son posibles debido

⁴⁷ NASH, Claudio et al. *Corrupción y derechos humanos: Una mirada desde la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, 2014. 28 p. Disponible em: <<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142495/Corrupcion-y-derechos-humanos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acceso em: 24 jun. 2018.

⁴⁸ Ídem. *Corrupción y derechos humanos: Una mirada desde la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, 2014. 28 p.

⁴⁹ CONSEJO INTERNACIONAL PARA EL ESTUDIO DE LOS DERECHOS HUMANOS et al. *La Corrupción y los Derechos Humanos: Estableciendo el Vínculo*. Monterrey: Instituto Tecnológico de Monterrey, 2009. 136 p. Disponible em: <<http://workspace.unpan.org/sites/Internet/Documents/UNPAN041206.pdf>>. Acceso em: 23 jun. 2018.

⁵⁰ MALDONADO, Carlos. *Corrupción y Derechos Humanos: El malestar general del Estado*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia- Facultad de Filosofía, 2001. 112 p.

a la inoperancia de la justicia, que a través de coacción o incentivos manipula la actuación de la justicia a favor de determinados intereses.”⁵¹

Estos son ejemplos de cómo planes estructurados y programáticos de corrupción pueden considerarse violaciones directas a derechos humanos, en el mismo sentido podemos identificar a rasgos generales como la captura del Estado viola derechos específicos consagrados en instrumentos internacionales de derechos humanos, para la presente disertación se tomarán dos derechos, uno reconocido en la Convención Americana de Derechos Humanos, y otro consagrado en el *Protocolo de San Salvador* a manera de ejemplo para ilustrar debidamente la relación.

El derecho a la participación política consagrado en el artículo 23 de la Convención Americana de derechos humanos. En el caso de llegar a presentarse la cooptación de órganos institucionales podría traer perjuicios en dos sentidos: en primer lugar el abuso del poder mediante cargos impuestos arbitrariamente, y en segundo lugar el derecho al acceso a puestos públicos que tiene todos los ciudadanos con base en el principio universal de igualdad.⁵²

También el derecho a la educación referido en el artículo 26 de la convención americana de derechos humanos como derecho promocional y en artículo 13 del “protocolo adicional a la convención americana sobre derechos humanos en materia de derechos económicos, sociales y culturales” (protocolo de san salvador). En este sentido, la corrupción afecta la educación en la medida de que dentro de la malversación de fondos destinados por este rubro se podría negar el acceso efectivo a la educación, y de esta manera se violaría el derecho directamente. A su vez, indirectamente también afecta al derecho cuando se obstaculizan las condiciones en las que las personas estudian. Es decir, la corrupción en toda su magnitud puede violar los principios de accesibilidad, adaptabilidad y aceptabilidad, que la rigen.⁵³

Con base en el análisis anterior, se muestra la clara relación entre la captura corrupta del Estado y la violación a los derechos humanos, éstas evidentes violaciones son la representación de uno de los daños de la *dimensión generalizada y sistemática* de la captura del Estado. De tal manera, podemos observar el carácter poli-ofensivo de la corrupción a gran escala, destacando la importancia de reconocer no solo la pluralidad de sujetos actores de estos daños, sino además, la pluralidad de responsables que deben declararse.⁵⁴

Dentro de la captura corrupta del Estado como se dijo anteriormente, hay una pluralidad de sujetos que pertenecen al sector público y privado. Para la presente disertación se destacará la actuación del Estado, estableciendo los fundamentos desde

⁵¹ CASTAÑEDA, Angélica Sofía Clavijo. Actos de corrupción como violación a los derechos humanos. Saber, Ciencia y Libertad, Bogotá, v. 12, n. 7, p.35-45, 2012.

⁵² CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas nº 112. San José de Costa Rica, 23 de junio de 2005. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. San José de Costa Rica, . Disponible em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf>. Acceso em: 25 jun. 2018.

⁵³ CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas nº 220. San José de Costa Rica, 2 de septiembre de 2004. *Caso “Instituto de Reeducción del Menor” vs. Paraguay*. San José de Costa Rica, . Disponible em: < http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf >. Acceso em: 25 jun. 2018.

⁵⁴ GARAY, Luis Jorge. et al (Ed.). *La Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado en Colombia*. Bogotá D.C: Grupo Método, 2008., p. 40.

la filosofía de la responsabilidad por los cuales debe ser declarado responsable de los de la dimensión generalizada y sistemática de los daños producto de la captura corrupta del estado, incluyendo las graves violaciones a los derechos humanos.

4 Fundamentos de la responsabilidad del Estado por corrupción violatoria de derechos humanos

En un análisis a priori, se puede afirmar que la captura corrupta del Estado viola las tres obligaciones que tiene cada Estado en el marco del derecho internacional: estas son la obligación de respetar, la obligación de proteger y la obligación de garantizar los derechos humanos.⁵⁵ Lo anterior sería suficiente para declarar responsabilidad a un Estado en el marco de normas internacionales del Derecho internacional de los Derechos Humanos.

Sin embargo, se logran distinguir dos obstáculos para establecer correctamente esta imputación. El primer obstáculo tiene que ver con la relación causal entre el acto corrupto que viola un derecho humano y la responsabilidad del Estado por esta violación, y el segundo está referido a la imputación jurídica que sobre el Estado podría recaer producto de los actos de sus agentes o de sus instituciones. Resolviendo estos dos obstáculos, se contribuirá a la hipótesis que consiste en que el Estado debe responder por los daños multidimensionales, producto de los actos de corrupción y de captura corrupta en los que esté involucrado.

4.1 La relación causal entre la corrupción y la responsabilidad del Estado

La conexión entre los derechos humanos y los actos de corrupción radica en la dependencia causa-efecto de los mismos, es por esto que el Estado podría verse incluido en el nexo por acción y omisión, ya que en todo caso es el Estado el que debe evitar el surgimiento del daño.^{56 57}

Frente a este nexo causal, la doctrina ha identificado al menos tres relaciones en las que el actuar corrupto del Estado vulnera o ayuda a vulnerar los derechos humanos. De esta manera, el Consejo Internacional Para El Estudio de Los Derechos Humanos (2009) establece tres tipos de violaciones:

- a *Violaciones directas*: la corrupción puede ser vinculada al actuar corrupto del Estado, cuando se utiliza al Estado capturado para obtener un beneficio,⁵⁸ sin importar la vulneración de derechos que esta represente. Por ejemplo, en el caso

⁵⁵ MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MOLLER, Carlos María Pelayo. LA OBLIGACIÓN DE “RESPETAR” Y “GARANTIZAR” LOS DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA: Análisis del artículo 1º del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano. *Estudios Constitucionales*, [s.l.], v. 10, n. 2, p.141-192, 2012. Comisión Nacional de Investigación Científica Y Tecnológica (CONICYT). <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-52002012000200004>.

⁵⁶ UNITED NATIONS. Comisión de Reclamaciones Eecc Eritrea-etíopía. Guidance Regarding Jus Ad Bellum Liability nº 7 párrafo 8. 27 de julio de 2007.

⁵⁷ CASTAÑEDA, Angélica Sofía Clavijo. Actos de corrupción como violación a los derechos humanos. Saber, Ciencia y Libertad, Bogotá, v. 12, n. 7, p.35-45, 2012.

⁵⁸ PÉREZ, Rogelio. *Corrupción y ambiente de los negocios de Venezuela*. Caracas: Ediciones IESA, 1991. p. 28.

de la cooptación política de un puesto público, se está vulnerando directamente, no solo los derechos políticos sino además derechos laborales, de igualdad e incluso de dignidad humana.

- b* *Violaciones indirectas*: este tipo de violación es planteado como una condición *sine qua non*,⁵⁹ es decir, como una condición necesaria para que perpetre el derecho. Es así como la corrupción puede ser un factor esencial dentro de un conjunto de factores “que contribuye en una cadena de acontecimientos que, eventualmente, conduce a la violación de un derecho”.⁶⁰ En ésta caso se encuentra por ejemplo. Las violaciones a la prestación efectiva del servicio de salud y educación, ante la falta de recursos, la accesibilidad de estos servicios bajaría notablemente, vulnerando el derecho de muchas personas.
- c* *Violaciones remotas*: Frente a este tipo de violaciones, dice el autor, es cuando el actuar corrupto del estado es un factor entre un conjunto de factores.⁶¹ A su vez, otro sector de la doctrina explica este mismo tipo de violaciones bajo el título de “causalidad acumulativa”.⁶²

De la misma manera, Peters establece ciertas condiciones que deben haber para reconocer esta causalidad.

De esta manera establece que debe haber necesidad entre el acto corrupto y la violación al derecho, en segundo lugar debe haber intermediación,⁶³ entre el incumplimiento normativo antijurídico y el daño.⁶⁴

De esta manera se trazan diferentes caminos de imputación fáctica por la cual el estado tendría que responder por los actos corruptos que en su actuar se generen. Dejando esto claro, procederé a hablar de los elementos dentro de la filosofía de la responsabilidad que están relacionados a la fundamentación del deber de reparar los daños.⁶⁵

⁵⁹ PETERS, Anne. *Corrupción y Derechos Humanos*. Basilea: Basel Institute Of Governance, 2015. p. 42. Disponible em: <https://www.baselgovernance.org/sites/collective.localhost/files/publications/corruption_and_human_rights_spanish.pdf>. Acceso em: 24 abr. 2018.

⁶⁰ CONSEJO INTERNACIONAL PARA EL ESTUDIO DE LOS DERECHOS HUMANOS et al. *La Corrupción y los Derechos Humanos: Estableciendo el Vínculo*. Monterrey: Instituto Tecnológico de Monterrey, 2009. 136 p. Disponible em: <<http://workspace.unpan.org/sites/Internet/Documents/UNPAN041206.pdf>>. Acceso em: 23 jun. 2018.

⁶¹ *Idem*. *La Corrupción y los Derechos Humanos: Estableciendo el Vínculo*. Monterrey: Instituto Tecnológico de Monterrey, 2009. 136 p.

⁶² PETERS, Anne. *Corrupción y Derechos Humanos*. Basilea: Basel Institute Of Governance, 2015. p.20 Disponible em: <https://www.baselgovernance.org/sites/collective.localhost/files/publications/corruption_and_human_rights_spanish.pdf>. Acceso em: 24 abr. 2018.

⁶³ Corresponde a un Comentario de la Comisión de Derecho Internacional (CDI) relacionado con el artículo 31, párr. 10 (ILC YB 2001/II vol. 2, Doc. A/56/10, Informe de la Comisión de Derecho Internacional sobre el trabajo de su quincuagésima tercera sesión [23 de abril–1 de junio y 2 de julio–10 de agosto, todos de 2001], Parte E: Proyecto de Artículos sobre Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos, 93).

⁶⁴ PETERS, Anne. *Corrupción y Derechos Humanos*. Basilea: Basel Institute Of Governance, 2015. p. 24 Disponible em: <https://www.baselgovernance.org/sites/collective.localhost/files/publications/corruption_and_human_rights_spanish.pdf>. Acceso em: 24 abr. 2018.

⁶⁵ HENAO, Juan Carlos. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. *Revista de Derecho Privado*, [s.l.], n. 28, p.277-366, 18 jun. 2015. Universidad Externado de Colombia. <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n28.10>.

4.2 La responsabilidad estatal por los actos de sus agentes o instituciones

Luego de dilucidar ciertos elementos sobre la causalidad surge el siguiente interrogante ¿Debe responder el Estado por hechos de los agentes o instituciones que lo componen? Frete a esto, Peters afirma que normalmente la conducta corrupta de los agentes podría atribuírsele al Estado aplicando los principios de la responsabilidad ya que:

El funcionario utiliza su posición para llevar a cabo u omitir una medida que el funcionario no podría realizar como una persona privada, como otorgar una autorización o licencia, evitar procesos judiciales o imponer una multa.⁶⁶

De esta manera, la vulneración de los deberes de prevención y protección de las instituciones de las ramas legislativa, ejecutiva y judicial del Estado que incumplan las obligaciones,⁶⁷ puesto que los funcionarios están dotados de un velo institucional que no les permitiría realizar sus actos corruptos si no lo tuvieran.

Por lo tanto, será la falla con el servicio el título jurídico por el cual respondería el Estado por los daños producto de su captura corrupta, ya que en los casos de Captura Corrupta suele haber acuerdos programáticos dolosos, tal cual como lo afirma Libardo Rodríguez:

debe tenerse en cuenta que en la responsabilidad por culpa, falta o falla del servicio, la culpa exigida se diferencia sustancialmente de la culpa del derecho común. En efecto, mientras esta es eminentemente subjetiva, es decir, imputable a un individuo, aquella puede ser una culpa o falla funcional, organiza o anónima, es decir atribuible a la administración y no necesariamente a un funcionario en particular.⁶⁸

La segunda razón se desprende del hecho que en el Estado moderno la administración se ve como un sujeto en la que el Estado distribuye competencias y deberes. En el derecho administrativo global existe la tendencia que cuando ocurre un incumplimiento de normas jurídicas con un efecto dañoso se debe declarar la responsabilidad del Estado.⁶⁹

Con base en los anteriores elementos se puede decir que hay imputación del Estado por los actos que sus agentes han desempeñado dolosamente, cubiertos por el velo de su institucionalidad. Podemos destacar la teoría del nexo con el servicio que se desprende de la teoría de la falla del servicio para explicar este fenómeno. Frente a esta teoría Botero afirma qué:

⁶⁶ PETERS, Anne. *Corrupción y Derechos Humanos*. Basilea: Basel Institute Of Governance, 2015. p. 24 Disponible en: <https://www.baselgovernance.org/sites/collective.localhost/files/publications/corruption_and_human_rights_spanish.pdf>. Acceso em: 24 abr. 2018.

⁶⁷ *Idem*.

⁶⁸ RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho Administrativo general y colombiano*. 8. ed. Bogotá D.C: Temis, 2002. 228 p.

⁶⁹ OSPINA, Andrés (Ed.). Responsabilidad frente a la solidaridad: El fundamento abstracto del deber de responder. In: HENAO, Juan Carlos et al. *La responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 121.

(...) para imputar responsabilidad por acción del agente es necesario, tener en cuenta los nexos con el servicio, es decir, la relación agente-servicio a través de sus variantes temporales, instrumentales o especiales; o además el grado de influencia que en la producción del daño tuvo el servicio (...)⁷⁰

De esta manera se logra demostrar mediante la posición de la responsabilidad subjetiva por falla y la teoría del nexo con el servicio, los fundamentos en el campo de la imputación jurídica con los cuales el Estado respondería por el actuar corrupto de sus instituciones y funcionarios, y además, por los daños producto de su captura corrupta.

Podemos concluir de la anterior disertación que existen fundamentos jurídicos y fácticos para que el Estado responda por los daños acontecidos por su actuar corrupto. Este análisis contribuye a viabilizar la responsabilidad del Estado por actos de corrupción que producen daños multidimensionales y a los derechos humanos, disminuyendo la sensación de impunidad y dilucidando la complejidad del problema, para su prevención y remedio.

5 Conclusiones

En la anterior disertación se logró reconocer la pluralidad de sujetos de diferentes naturalezas que participan en los actos corruptos, demostrando como el análisis de los efectos dañinos de la corrupción y la captura corrupta del estado tienen elevados niveles de complejidad.

De igual manera se logró construir a partir del análisis de la multidimensionalidad de los daños producto de la corrupción a gran escala, las categorías de dimensión relativa y ocasional y, dimensión generalizada y sistemática de los daños; como conceptos que abarcan la complejidad de los daños teniendo en cuenta sus sujetos pasivos y su duración en el tiempo. Y con base en esto, encontramos que las violaciones a los derechos humanos son una manifestación de daños de la dimensión sistemática y generalizada.

De esta manera, y con base en el estudio del daño, de la forma como se genera y del impacto que tiene en la sociedad, se lograron identificar los fundamentos en la filosofía de la responsabilidad, para imputarle al Estado responsabilidad por el actuar corrupto de sus agentes y por los productos dañinos de su captura corrupta. Encontrando que en todo caso el Estado respondería por falla, como reproche jurídico y social en el marco de la responsabilidad subjetiva, por el actuar doloso de sus agentes e instituciones para pactar acuerdos macrocriminales.

Este análisis contribuye a darle una respuesta al problema de invisibilización e impunidad propio de los actos de corrupción a gran escala. En la medida que se creen mecanismos efectivos para reconocer las responsabilidades e identificar los obstáculos para prevenir las fallas de la administración que permiten su captura corrupta, lograremos avanzar hacia el efectivo uso de los bienes públicos y la garantía y respeto por los derechos humanos.

⁷⁰ GIL, Enrique. *Tesaurus de la Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá: Temis, 2013, p. 37.

Referencias

ARCILA, Oscar. Aproximación Teórica y Metodológica para Estudiar el Fenómeno de la Corrupción. In: Departamento Administrativo de la Función Pública. *Riesgos de Corrupción en la Administración Pública*. Bogotá: DAFP, 2000. p. 1.

ARIAS, Julio et al. *Identidades culturales y formación del Estado en Colombia: Colonización, Naturaleza y cultura*. Bogotá: Universidad de Los Andes, 2006. 281 p.

BOEHM, Frédéric. Corrupción y anticorrupción: Una perspectiva Neo-institucional Corrupción y captura en la regulación de los servicios públicos. *Revista de Economía Institucional*, Bogotá, v. 13, n. 7, p.159-264, dez. 2005. Semestral. Disponible em: <<http://www.scielo.org.co/pdf/rei/v7n13/v7n13a10.pdf>>. Acceso em: 23 jun. 2018.

CARTIER-BRESSON, Jean. Corrupción institucionalizada y neocorporativismo, con ejemplos del caso francés. *Nueva Sociedad*, Buenos Aires, v. 145, p.110-125, out. 1996. Disponible em: <http://nuso.org/media/articulos/downloads/2536_1.pdf>. Acceso em: 23 jun. 2018.

CASTAÑEDA, Angélica Sofía Clavijo. Actos de corrupción como violación a los derechos humanos. *Saber, Ciencia y Libertad*, Bogotá, v. 12, n. 7, p.35-45, 2012.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas nº 220. San José de Costa Rica, 2 de septiembre de 2004. *Caso "Instituto de Reeduación del Menor" vs. Paraguay*. San José de Costa Rica, Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_112_esp.pdf>. Acceso em: 25 jun. 2018.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas nº 112. San José de Costa Rica, 23 de junio de 2005. *Caso Yatama vs. Nicaragua*. San José de Costa Rica, . Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_127_esp.pdf>. Acceso em: 25 jun. 2018.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas nº 220. San José de Costa Rica, 1 de julio de 2006. *Caso de las masacres de Ituango vs. Colombia*. San José de Costa Rica, . Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_148_esp.pdf>. Acceso em: 25 jun. 2018.

CIDH. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas nº 220. San José de Costa Rica, 26 de noviembre de 2010. *Caso Cabrera García y Montiel Flores vs. México*. San José de Costa Rica, . Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/resumen_220_esp.pdf>. Acceso em: 25 jun. 2018.

UNITED NATIONS. Comisión de Reclamaciones Eecc Eritrea-etíopía. Guidance Regarding Jus Ad Bellum Liability nº 7 párrafo 8. 27 de julio de 2007.

COLOMBIA. Tribunal Superior Sala de Justicia y Paz. Apelación nº 2007-82701. Relator: Uldi Teresa Jiménez López. *Condena Contra Freddy Rendón Herrera: Reclutamiento Ilícito de menores*. Bogotá, 30 abr. 2015.

CENTRO NACIONAL DE MEMORIA HISTÓRICA (Bogotá D.C.). *Justicia y paz, tierras y territorios en las versiones de los paramilitares*. Bogotá D.C: CNMH, 2012. 234 p. Disponible em: <<http://www.centrodememoriahistorica.gov.co/justicia-y-paz/tierras-y-territorios-en-las-versiones-de-los-paramilitares>>. Acceso em: 24 jun. 2018.

CHAMPS, Victoria. La ética en una cultura posfilosófica. *Leviatán: Revista de hechos e ideas*, Madrid, n. 20, p.79-83, jun. 1985. Trimestral. Disponible em: <<https://dialnet.unirioja.es/ejemplar/74246>>. Acceso em: 20 maio 2018.

CONSEJO INTERNACIONAL PARA EL ESTUDIO DE LOS DERECHOS HUMANOS et al. *La Corrupción y los Derechos Humanos: Estableciendo el Vínculo*. Monterrey: Instituto Tecnológico de Monterrey, 2009. 136 p. Disponible em: <<http://workspace.unpan.org/sites/Internet/Documents/UNPAN041206.pdf>>. Acceso em: 23 jun. 2018.

DIEGO, Oscar. *La ética y la corrupción en la política y la administración pública*. 2005. 163 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Derecho, Derecho, Universidad Internacional de Andalucía, Huelva, 2005. Disponible em: <<http://eprints.ucm.es/7816/>>. Acceso em: 23 jun. 2018.

DOIG, Alan et al. La corrupción y estrategias anticorrupción: algunas cuestiones y estudio de casos de países en vías de desarrollo. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, Madrid, v. 21, p.117-130, nov. 2001. Disponible em: <[https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=GAPP&page=article&op=view&path\[\]=267&path\[\]=267](https://revistasonline.inap.es/index.php?journal=GAPP&page=article&op=view&path[]=267&path[]=267)>. Acceso em: 23 jun. 2018.

GARAY, Luis Jorge. et al (Ed.). *La Captura y Reconfiguración Cooptada del Estado en Colombia*. Bogotá D.C: Grupo Método, 2008. 118 p.

_____. *La reconfiguración cooptada del Estado: más allá de la concepción tradicional de captura económica del Estado*. Bogotá: Fundación AVINA, 2008.

_____. Crimen, captura y reconfiguración cooptada del Estado: cuando la descentralización no contribuye a profundizar la democracia. In: FUNDACIÓN KONRAD ADENAUER STIFTUNG (Bogotá). *25 años de la descentralización en Colombia*. Bogotá D.C: Fundación Konrad Adenauer Stiftung, 2010. p. 48.

_____. *Construcción de una nueva sociedad*. Bogotá: Tercer Mundo Editores, 1999.

GIL, Enrique. *Tesouro de la Responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá: Temis, 2013. P. 37

GONZÁLEZ, Marianne; ROJAS, Claudio Nash (Ed.). *Transparencia, lucha contra la corrupción y el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. Informe de la tercera reunión regional de especialistas. 7 y 8 de noviembre de 2011. Santiago: Facultad de Derechos Universidad de Chile - Centro de Derechos Humanos, 2012. Santiago: Centro de Derechos Humanos, 2011. 188 p. Disponible em: <<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/122732/Transparencia-lucha-contra-la-corrupcion.pdf?sequence=2>>. Acceso em: 27 jun. 2018.

GROPPA, O; BESADA, M. *Cultura y Corrupción política (orden institucional): Corrupción en el campo político y el económico*. 2001. Disponible em: <http://www.uca.edu.ar/esp/secinvestigacion/esp/docs-publicaciones/docs/CYCP_04.pdf>. Acceso em: 23 junio 2018.

HELLMAN, Joel; KAUFMANN, Daniel. La captura del Estado en las economías en transición. *Finanzas & Desarrollo*. Washington D. C, p. 31-35. set. 2001. Disponible em: <<https://www.imf.org/external/pubs/ft/fandd/spa/2001/09/pdf/hellman.pdf>>. Acceso em: 23 jun. 2018.

HENAO, Juan Carlos. Las formas de reparación en la responsabilidad del Estado: hacia su unificación sustancial en todas las acciones contra el Estado. *Revista de Derecho Privado*, [s.l.], n. 28, p.277-366, 18 jun. 2015. Universidad Externado de Colombia. <http://dx.doi.org/10.18601/01234366.n28.10>.

HUNTINGTON, Samuel. *Political order in changing society*. New Haven: Yale University Press, 1968.

KLIGART, Robert. *Controlling corruption*. California: University Of California Press, 1988.

LAPALOMBARA, Joseph. *Structural and institutional aspects of corruption*. 2. ed. Maryland: structural and institutional aspects of corruption, 1994. 350 p.

LAPORTA, Francisco et al. *La corrupción política*. Madrid: Alianza, 1997. p. 20.

LATINOBARÓMETRO. *LA CONFIANZA EN AMÉRICA LATINA 1995 – 2015: 20 años de opinión pública latinoamericana*. Santiago de Chile: Corporación Latinbarómetro, 2015. Disponible em: <<http://www.latinobarometro.org/lat.jsp>>. Acceso em: 23 maio 2018.

MAC-GREGOR, Eduardo Ferrer; MOLLER, Carlos María Pelayo. LA OBLIGACIÓN DE “RESPETAR” Y “GARANTIZAR” LOS DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA CORTE INTERAMERICANA: Análisis del artículo 1° del pacto de San José como fuente convencional del derecho procesal constitucional mexicano. *Estudios Constitucionales*, [s.l.], v. 10, n. 2, p.141-192, 2012. Comisión Nacional de Investigación Científica Y Tecnológica (CONICYT). <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-52002012000200004>.

MALDONADO, Carlos. *Corrupción y Derechos Humanos: El malestar general del Estado*. Bogotá: Universidad Libre de Colombia- Facultad de Filosofía, 2001. 112 p.

MATAS, Carles. Los problemas de la implantación de la nueva gestión pública en las administraciones públicas latinas: modelo de Estado y cultura institucional. *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, Caracas, n. 021, p.1-28, out. 2001. Disponible em: <[http://www.top.org.ar/ecgp/FullText/000000/RAMIO MATAS, Carles - Los problemas de la implantacion de la nueva gestion.pdf](http://www.top.org.ar/ecgp/FullText/000000/RAMIO%20MATAS,%20Carles%20-%20Los%20problemas%20de%20la%20implantacion%20de%20la%20nueva%20gestion.pdf)>. Acceso em: 22 jun. 2018.

NASH, Claudio et al. *Corrupción y derechos humanos: Una mirada desde la jurisprudencia de la corte interamericana de derechos humanos*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, 2014. 28 p. Disponible em: <<http://repositorio.uchile.cl/bitstream/handle/2250/142495/Corrupcion-y-derechos-humanos.pdf?sequence=1&isAllowed=y>>. Acceso em: 24 jun. 2018.

NYE, Joseph. *Corruption and political development: a cost-benefit-analysis*. Washington DC: American Review N51, 1967.

OLIVERA, Mario. Hacia una sociología de la corrupción. *Alma Mater*, Lima, v. 17, p.1-15, out. 1999. Disponível em: <http://sisbib.unmsm.edu.pe/bibvirtual/publicaciones/Alma_Mater/1999_n17/sumario.htm>. Acesso em: 23 jun. 2018.

OSPINA, Andrés (Ed.). Responsabilidad frente a la solidaridad: El fundamento abstracto del deber de responder. In: HENAO, Juan Carlos et al. *La responsabilidad Extracontractual del Estado*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. p. 121.

PÉREZ, Rogelio. *Corrupción y ambiente de los negocios de Venezuela*. Caracas: Ediciones IESA, 1991.

PETERS, Anne. *Corrupción y Derechos Humanos*. Basilea: Basel Institute Of Governance, 2015. p. 42. Disponível em: <https://www.baselgovernance.org/sites/collective.localhost/files/publications/corruption_and_human_rights_spanish.pdf>. Acesso em: 24 abr. 2018.

RICO, José María et al. *La corrupción pública en américa latina: Manifestaciones y mecanismos de control*. Miami: Centro Para La Administración de Justicia, 1996.

RODRÍGUEZ, Libardo. *Derecho Administrativo general y colombiano*. 8. ed. Bogotá D.C: Temis, 2002. 228 p.

ROSE-ACKERMAN, Susan. *La corrupción y los gobiernos: causas, consecuencias y reforma*. Madrid: Siglo XXI de España, 2001. 366 p.

SUAREZ, F, et al. La corrupción organizacional: aportes para el desarrollo teórico-conceptual. *Revista Probidad*, Lima, v. 14, maio 2001.

VILLORIA, Manuel. Combate a la corrupción y fomento de la ética en la gestión pública. In: VII Congreso Internacional del CLAD sobre la reforma del estado y de la administración pública, 2002, Lisboa. *La corrupción judicial: razones de su estudio, variables explicativas e instrumentos de combate en España*. Lisboa: Upan, 2002. p. 1 - 24. Disponível em: <http://novo.more.ufsc.br/trabalho/inserir_trabalho>. Acesso em: 23 jun. 2018.

WEBER, Max. *La ciencia como profesión. La política como profesión*. Madrid: Alianza, 1994. 118 p.

WEI, Shang-jin. La corrupción en el desarrollo económico: ¿lubricante beneficioso, molestia menor u obstáculo importante?. *Gestión y Análisis de Políticas Públicas*, [s.l.], n. 21, p.83-94, 20 maio 2011. Instituto Nacional de Administracion Publica. <http://dx.doi.org/10.24965/gapp.vi21.265>.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SANABRIA, Alejandro. La captura corrupta del estado como daño multidimensional a los derechos humanos. In: GALLO, William Iván et al. (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 101-120. ISBN 978-85-450-0569-8.

LA DIGNIDAD HUMANA DEBE SER GARANTIZADA POR LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

JOAQUÍN GABRIEL BENMERGUI

1 Introducción

a La Dignidad Humana es más que tener determinado ingreso de rentas.

El bienestar es alcanzado, o no, por cada persona en un proceso distinto al de los demás. Deben tenerse en cuenta los logros vitales de cada uno y las oportunidades de elegir libremente con las que contó para alcanzarlos.¹

b La autonomía como necesaria para una existencia digna. Los derechos sociales como base para vivir en igualdad de oportunidades.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación (CSJN-Argentina) ha sostenido que “hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos”.²

Los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (DESC) son “derechos universales, eficaces y determinables. Como derechos garantizados, son justiciables. También son obligatorios para todos los poderes y organismos del Estado”.³

c El activismo judicial como respuesta al incumplimiento de la Administración Pública. El modelo de intergubernabilidad con la existencia digna como premisa esencial.

El acercamiento a la complejidad de cada uno de los casos de vulnerabilidad social y afectación de la dignidad humana, demanda un trabajo interrelacionado y periódico de diversos organismos estatales, desde el estado local hasta el nacional. El proceso

¹ TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro. *La dimensión moral en la configuración y evolución histórica del concepto de pobreza, Persona y Derecho/ VOL. 70*. Valencia (España), 2014; p. 35-38.

² ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo “Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo”. Expte. Q.64. XLVI. 24 de abr. de 2012. Voto de la mayoría, considerando 12.

³ ETCHICHURY, Horacio. *Igualdad Desatada: la exigibilidad de los Derechos Sociales en la Constitución Argentina*. 1ª ed. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 2013. p. 304.

puede demandar varias sentencias, con seguimiento en el cumplimiento progresivo de las mismas y con amplia participación ciudadana.

2 El paso de un concepto de pobreza absoluta a uno de pobreza relativa.

Antes de intentar encontrar una solución a la insatisfacción de DESC, es importante contextualizar el fenómeno social de la pobreza como problema estructural, dependiente de diversos factores que el Estado debe tener en cuenta a la hora de elaborar políticas públicas.

Talavera Fernández desarrolla el concepto de pobreza en relación al contexto de la sociedad en la que se lo analiza, y considera que la limitación a factores económicos es equivocada. Además, sostiene que “se ha introducido además un implícito *juicio moral* que habitualmente encierra un prejuicio: la presencia ‘molesta’ de personas que no participan de la vida ciudadana y para las cuales la sociedad no tiene, en principio, una respuesta”: un calificativo negativo. Es decir, no es sólo la carencia de bienes necesarios para una existencia digna, sino una “valoración social del fenómeno y sus causas”.

A partir de aquí es que desde los Estados se elaboran políticas y estrategias para disminuir sus respectivas tasas de pobreza. Como característica generalizada, aquellas suelen basarse en enfoques “monetaristas” del bienestar con carencia de resultados positivos. El autor propone posicionarse desde la concepción de vida digna, alejándose del excluyente estudio de la disponibilidad de renta y acercándose a la capacidad de decidir y conseguir lo que se considera valioso. Deben tenerse en cuenta, además de la carencia de bienes, las “potencialidades de las personas y sobre las condiciones de todo tipo que restringen su libertad de ser y tener lo que cada uno considera racionalmente que vale la pena tener y ser”.⁴

Talavera Fernández trabaja con el concepto de *homoeconómicos*: el hombre en relación al tener y no en relación al ser, impidiendo concebir la dignidad de la persona como valor universal por el sólo hecho de serlo. A fines del siglo XVI, se desvincula la idea de mercado para satisfacer necesidades, y se la anexa a la de generar riquezas. La riqueza pasó a ser “el auténtico ideal de vida en lo personal y en lo social” y una “predilección divina”, convirtiendo a la pobreza en el enemigo del progreso social” y una maldición divina. Se abandona, de esta manera, el ideal ético estoico y cristiano de la pobreza y se enaltece el protestantismo.⁵

La explicación economicista de la pobreza del siglo XIX, fundada en las grandes migraciones, generó la naturalización e indiferencia social frente la existencia de la misma.

Contemporáneamente, se fortalecieron “estereotipos ligados al eurocentrismo y al colonialismo, basados en una superioridad moral del hombre rico y civilizado sobre el pobre y subdesarrollado”, los cuales permitieron a las clases sociales altas eximirse de responsabilidad política y moral alegando que las causas de la pobreza radicaban en los propios pobres.⁶

⁴ TALAVERA FERNANDEZ. *La dimensión moral...* p. 8-10, 43.

⁵ TALAVERA FERNANDEZ. *La dimensión moral...* p. 25, 29.

⁶ TALAVERA FERNANDEZ. *La dimensión moral...* p. 29.

En el siglo XX, resurgen las preocupaciones por la pobreza (abandonadas por el paso arrollador del industrialismo) recién luego de la Segunda Guerra Mundial. Así, aparecen las políticas económicas keynesianas y el impulso de los Estados benefactores. Las expectativas en materia de servicios sociales fracasaron y, en los países desarrollados, surgieron tres notables fenómenos: “la realidad del paro masivo y de larga duración; la inmigración masiva desde los países del tercer mundo y el crecimiento exponencial de la marginación y la exclusión social”. En relación a los países subdesarrollados, se seguía justificando la pobreza por “causalidades históricas” y por “circunstancias climático-naturales, étnicas y culturales”. Se consideraba que, como consecuencia natural, el desarrollo industrial en países industrializados se reflejaría en los subdesarrollados.⁷

Se llegó a concluir que se trataba de un fenómeno natural e irremediable relativo a la condición humana y a vivir en sociedad. También, que era una consecuencia del capitalismo. Desde la década del noventa, muchos estudios se han sustentado en el “paradigma de la medición” económico-utilitarista, impulsado por el Banco Mundial. Se basa en imponer el límite clasificatorio de pobreza en la cuantificación de los ingresos de renta.⁸

En pos de alcanzar un concepto de bienestar que permita el desarrollo y la existencia digna de una persona, la mirada de la problemática debe ser modificada. Partiendo del enfoque de las *capacidades* y *oportunidades reales* de desarrollo humano, propuesto por el PNUD en la página 18 de su informe de 1997, Talavera Fernández conceptualiza a la pobreza como “la carencia del nivel mínimamente aceptable de capacidades por parte de las personas para realizar su proyecto de vida digna o el fracaso en conseguirlas”. El bienestar es alcanzado o no por cada persona en un proceso distinto al de los demás, teniendo en cuenta los logros vitales de cada uno y las oportunidades de elegir libremente con las que contó para alcanzarlos. Es decir, el bienestar es relativo, no un parámetro absoluto. Los criterios desde los cuales se analiza la dignidad dependerán de la sociedad en la que la persona se desenvuelva, y hablar de calidad de vida implica evaluar el conjunto de “acciones y estados” que conforman la vida humana.⁹

No se plantea un desligamiento total de la capacidad adquisitiva y la posesión de bienes, pero el valor de estas “depende sustancialmente de lo que permiten conseguir a una persona en términos de satisfacción de su proyecto vital”.

Las necesidades básicas, determinables en rentas, son instrumentales. Están destinadas a obtener el desarrollo de capacidades básicas, siendo fundamental elaborar un mínimo de ellas que resulten irrenunciables.¹⁰

En consecuencia, resulta pertinente “definir una nueva dimensión del umbral de pobreza como *carencia de capacidades* en las personas o fracaso en conseguir esas capacidades a niveles mínimamente aceptables, estableciendo la frontera que marca su existencia”, y eso dependerá de cada contexto social.

Sin capacidad de elección, no hay libertad. Sin libertad, no es posible una existencia digna. Para poder participar en la sociedad es necesario encontrarse en igualdad de condiciones que los demás. Es indispensable contar con autonomía suficiente. De no

⁷ TALAVERA FERNANDEZ. *La dimensión moral...* p. 30, 31.

⁸ TALAVERA FERNANDEZ. *La dimensión moral...* p. 32-34.

⁹ TALAVERA FERNANDEZ. *La dimensión moral...* p. 35-38.

¹⁰ TALAVERA FERNANDEZ. *La dimensión moral...* p. 43.

contarse con los derechos sociales más esenciales, difícilmente alguien podrá establecerse objetivos y cumplirlos dignamente.

3 La democracia deliberativa y los derechos sociales esenciales.

En “Igualdad desatada”, el investigador argentino Horacio Etchichury adopta el modelo de *democracia deliberativa* desarrollado por Habermas, para fundamentar la existencia de los DESC en los sistemas democráticos.¹¹ Se busca superar el modelo liberal, en el que el Estado es ajeno a la sociedad e importan los resultados, no así los argumentos. También, se intenta ir más allá del modelo republicano, el cual da por hecho que la ciudadanía se autoadministra y que, como comunidad política, obliga al Estado. Esta idea resulta una ficción jurídica insostenible, ya que la ciudadanía no siempre puede o quiere cumplir este papel.¹²

En palabras sencillas, Habermas busca aliviar las exigencias éticas republicanas. La democracia deliberativa implica un conjunto de normas jurídicas que estén para cubrir la falta de participación política colectiva, a través de un procedimiento racional.

Este último es la base de un acuerdo basado en la argumentación y la crítica, que se genera en el *espacio público*. El mismo se compone de las instituciones jurídicas de carácter formal -clásicas del modelo liberal-, y de los grupos y comunidades que cuentan con poder comunicativo representativos del espacio público informal-característicos del modelo republicano-. De la interacción entre ambos espacios y la deliberación política, surge el modelo que plantea el sociólogo alemán. El espacio público es el principal freno y contrapeso del Estado.

De aquí en más, la cuestión pasa a ser dilucidar cómo es posible participar dentro de este modelo; qué es contar con la *autonomía* suficiente para ejercer capacidad crítica, integrar un propio conjunto de normas que surjan intersubjetivamente; cómo darse sus propias leyes originadas en la autorregulación de la comunidad.

La autonomía, como fundamento de los DESC, se respalda normativamente en el artículo 19 de la Constitución Nacional.¹³

En el modelo de Habermas, los derechos sociales son el núcleo de la democracia. Existe validez de las normas sólo si el procedimiento legislativo para su creación es racional. Para ello, es necesario que los que se vean afectados puedan prestar su asentimiento racional en condiciones de igualdad y libertad. Deben estar estos “procedimientos y presupuestos comunicativos [...] institucionalizados a su vez jurídicamente”.¹⁴ deben permitir el intercambio de argumentos.

Pero, ¿qué es necesario para lograr un sistema de derechos que garantice la autonomía en lo subjetivo y en lo político¹⁵? La respuesta se encuentra en el resultado de la deliberación, en la cual cada uno de los ciudadanos es sujeto destinatario de leyes.

¹¹ ETCHICHURY. *Igualdad Desatada...* p. 39-48.

¹² HABERMAS, Jürgen. “Tres modelos normativos de democracia”, en La inclusión del otro. Estudios de teoría política, Paidós, Barcelona, 1999. Pp. 242 (citado en: ETCHICHURY. *Igualdad Desatada...* p. 40-44).

¹³ ETCHICHURY. *Igualdad Desatada...* p. 46-47.

¹⁴ HABERMAS, Jürgen. *Facticidad y validez* (1ª ed. en alemán, 1994), trad. Manuel Jiménez Redondo, Trotta, Madrid, 1998. p. 497-498 (Citado en: ETCHICHURY. *Igualdad Desatada...* p. 53).

¹⁵ ETCHICHURY. *Igualdad Desatada...* p. 53-56.

Estas tendrán como objetivo garantizar la mayor cantidad de derechos subjetivos, así como también reforzar el derecho de pertenencia y la consiguiente accionabilidad de los derechos. Además, los ciudadanos deberán poder formar parte de los procesos de creación de esas mismas leyes, contando con las condiciones de vida y las condiciones técnicas pertinentes para lograr la igualdad real de oportunidades de participación. Aquí es donde los derechos sociales cumplen una de sus funciones improrrogables: brindar prestaciones, porque muchas personas carecen de bases materiales para autobringarse la libertad.

4 El Derecho Público y el Derecho Privado: armonización de regulaciones en pos de garantizar la existencia digna.

Pasando ya a la modalidad de regulación de DESC, nos encontramos con una realidad que afecta a los derechos en general. Es innegable que “el conflicto entre el Derecho Público/Privado es permanente, dinámico y complejo”. En lo relativo a la responsabilidad del Estado, el nuevo Código Civil y Comercial continúa con los dos subsistemas de derecho autónomos. Por ello es que, en Argentina, la responsabilidad del Estado central es reglada por el Estado central, y la local, por las provincias. De seguirse el sistema de Derecho Único, el tronco común sería regulado por el Estado Central y los Estados locales se encargarían de los detalles.¹⁶

Siguiendo el trabajo de Balbín, la presencia del doble derecho en Argentina (al ser el dictado de normas de derecho administrativo un poder no delegado, según el artículo 121 de la Constitución Nacional) provoca distinguir cuáles normas pertenecen a cada uno. Según el autor, al decir que una norma es de derecho público, automáticamente se distingue entre el poder de regulación federal o provincial, y se determina qué juez es competente. Por un lado, se infiere que serán aplicados principios del Derecho Administrativo, y que se ejercerá una mayor intensidad en la regulación de las situaciones jurídicas que se encuentren amparadas.¹⁷ Por otro lado, resulta conflictivo definir cómo serán aplicados subsidiariamente los plazos de prescripción de origen civilista.¹⁸

En principio, el Derecho Único es una opción interesante para evitar caer en la difícil tarea de determinar cuál es la naturaleza de la norma. En “Un Derecho Administrativo para la inclusión social”, el doctrinario argentino sostiene que la distinción público/privado es artificial, es decir, simplemente formal. Además, en el artículo 75 inciso 12 de la Constitución Nacional, se otorga la facultad de legislar en materia de derecho civil o “común” al Congreso Nacional.

En contraposición, Balbín destaca la posible interpretación de que, según los artículos 12, 18 y 19 de la Constitución, el Congreso dicta el Derecho Común, encontrándose este por encima del derecho público o privado. Igualmente, el autor considera que, bajo este esquema, seguiría la dificultad de distinguir entre Derecho Público y Privado, nada más que se los considerarían como subsistemas del Derecho Común.

¹⁶ BALBÍN, Carlos F. *Un Derecho Administrativo para la inclusión social*, Revista de Direito ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL n° 58, doctrina. Ed. Fórum, Belo Horizonte (Brasil), 2014. p. 34-37.

¹⁷ Sin olvidar la primacía del interés público en todos los actos administrativos y la relación desigual entre Estado y subordinados.

¹⁸ BALBÍN. *Un Derecho Administrativo para la inclusión social...* p. 44-46.

En materia de seguridad jurídica, la posibilidad de evitar que cada provincia regule su propia responsabilidad de distinta manera y -en consecuencia- se vulnere la igualdad entre todos los ciudadanos argentinos, otorga fuerza a este argumento. Como desventajas, Balbín menciona que no se propone un criterio para “limitar el campo expansivo del Derecho Común”, y se dificulta la compatibilización con el interés común presente siempre en el Derecho Administrativo.¹⁹

En el contexto desarrollado previamente, el Derecho Administrativo se encuentra claramente inmiscuido. Es que su histórico encasillamiento dentro del Derecho Público, ya no basta para dar respuestas a las realidades. El esquema poder vs derechos ha quedado obsoleto, ya que toma protagonismo su función intermediadora. Esta genera que el paradigma del Derecho Administrativo se amplíe a derechos vs derechos vs corporaciones, recomponiendo las desigualdades preexistentes entre los titulares de los derechos. Así, el equilibrio del poder se basa en qué derechos reconocer, y bajo qué principios y normas regularlos.

En complemento, Rodríguez-Arana Muñoz considera que el Derecho Administrativo tiene como función la materialización o concreción de la Constitución.²⁰

Sin lugar a dudas, las funciones estatales deben ser estudiadas en relación a los derechos fundamentales. En relación a la idea desarrollada en el párrafo anterior, Balbín concluye que “el doble derecho satisface con mayor plenitud el reconocimiento de derechos en condiciones igualitarias”, sin afectar el umbral mínimo para la existencia digna. Esto se debe a que la idea de justicia igualitaria es de difícil compatibilización con el modelo civilista. El Derecho Administrativo es un instrumento para reconocer derechos y fortalecer la cooperación entre la sociedad y el Estado.²¹

Como en Argentina continúa prevaleciendo el doble derecho, los DESC deben ser garantizados desde ambos subsistemas, cada uno de estos últimos enfocándose en la problemática desde su propia concepción y las funciones que le otorga el ordenamiento jurídico.

Coincidiendo con los lineamientos que en este trabajo se vienen sosteniendo, a la hora de actualizar el Derecho Administrativo, no podemos apartarnos del concepto de vulnerabilidad social. Cuando una persona se encuentra en dicha condición, su situación es única pese a que se deba estudiar desde el derecho público o desde el privado, dependiendo ello de quien es el sujeto sobre el que recae la legitimación pasiva. Desarrollado lo precedente, resulta lógico que debemos contar con herramientas variadas de distintos orígenes, intentando definir qué obligaciones son las que el marco normativo define y quiénes están llamados a responder.

5 El Núcleo Mínimo. La razonabilidad como alternativa.

El concepto de ‘núcleo mínimo’ aparece por primera vez en la OG 3 (1990), punto 10, del Comité DESC. En ella, se expresa que, dicho concepto, surge de interpretar los artículos 2.1 y 11 del PIDESC. El Comité interpreta la existencia de un “standard esencial

¹⁹ BALBÍN. *Un Derecho Administrativo para la inclusión social...* p.47-49.

²⁰ RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *La cláusula del Estado Social de Derecho y los derechos fundamentales*, Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, vol. 2, n. 1 p. 155-183, Santa Fe, 2015. p. 165.

²¹ BALBÍN. *Un Derecho Administrativo para la inclusión social...* p. 53-58.

mínimo". Complementariamente, en Argentina se hace presente en el fallo "Q.C." de la CSJN, la cual explayó que: "hay una garantía mínima del derecho fundamental que constituye una frontera a la discrecionalidad de los poderes públicos".²²

Se evidencia un claro problema a la hora de definir qué abarca ese 'núcleo mínimo'. En un primer momento, el Comité DESC sostuvo que este surgía del consenso mínimo presente en acuerdos internacionales, de la jurisprudencia internacional, de la práctica en los distintos Estados, de la legislación interna de cada país, y de la jurisprudencia interna de los Estados.

Frente a la posibilidad de que este planteo sea puesto en práctica, Etchichury observa que se daría una regresión a la hora de garantizar los DESC en algunos países. Por ejemplo, si el consenso internacional protege menos derechos sociales que los ya garantizados en el ordenamiento interno argentino, Argentina debería reducir tales garantías para armonizarse con otros Estados que no regulan los DESC en el mismo grado.

En consonancia, Rodríguez-Arana Muñoz considera que la "aplicación inmediata, exigibilidad y justiciabilidad" de los deberes estatales en materia de derechos fundamentales, va a depender de la "evolución social y del bienestar social de cada país", a partir de un análisis presupuestario que refleje una "científica y sistemática cuantificación".²³ Expresa que los derechos sociales fundamentales –inherentes a la persona– dependen de la acción del Estado según "situaciones, latitudes y contextos".²⁴

Otra posibilidad, es definir a los DESC a partir de las necesidades a garantizar. Pero inmediatamente es rechazada esta concepción por la dificultad en lograr acuerdo sobre cuáles son, y también por reducirlos a la 'supervivencia biológica'.²⁵

Podemos concluir lo siguiente: lograr una base legal común y establecer objetivos moderados, puede resultar en su empleo un riesgo para no brindar garantías.²⁶ Llegar a definir y encontrar consenso, es la excusa perfecta para no seguir progresivamente desarrollándolos.²⁷

Como alternativa frente a esta dificultad, aparece como opción el principio de razonabilidad. Es decir, primero es necesario saber qué está excluido, para determinar qué está incluido. Dicho principio tiene sustento en el artículo 28 de la Constitución Argentina. Consiste en que los medios sean fijados según los propósitos. Los derechos pueden ser limitados sólo si ello se justifica en relación a los objetivos. Este análisis debe realizarse en el caso en concreto, llevando a cabo una fundamentación crítica.²⁸

Claramente, resulta difícil determinar la razonabilidad en las acciones y omisiones del Estado en las situaciones concretas. Para comenzar, se debe tener en cuenta que "el límite se halla en la irreversibilidad de la situación, o en la privación total del derecho".²⁹

Relacionándolo con el modelo de democracia deliberativa desarrollado

²² ARGENTINA. Corte Suprema de Justicia de la Nación. Fallo "Q. C., S. Y. c/ Gobierno de la Ciudad de Buenos Aires s/ amparo". Expte. Q.64. XLVI. 24 de abr. de 2012. Voto de la mayoría, considerando 12.

²³ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ. *La cláusula del Estado Social de Derecho...* p. 166.

²⁴ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ. *La cláusula del Estado Social de Derecho...* p. 174.

²⁵ ETCHICHURY. *Igualdad Desatada...* p. 175-176.

²⁶ ETCHICHURY. *Igualdad Desatada...* p. 174.

²⁷ ETCHICHURY. *Igualdad Desatada...* p. 176.

²⁸ ETCHICHURY. *Igualdad Desatada...* p. 177-182.

²⁹ ETCHICHURY. *Igualdad Desatada...* p. 181.

anteriormente, podemos decir que “la razonabilidad deriva de un debate abierto, no limitado a quienes toman decisiones en la esfera pública formal”.³⁰

6 La Vulnerabilidad y el Derecho de Daños.

En Argentina, el nuevo Código Civil y Comercial (CCyC) fija una remisión al Derecho Administrativo para el tratamiento de la Responsabilidad del Estado. Pese a una defectuosa Ley Nacional 26.944 -de voluntaria adhesión para las provincias-, no existe regulación alguna en la materia. Teniendo en cuenta que el Derecho Administrativo argentino es local, se deja en manos de los ordenamientos provinciales el tratamiento de la temática. Sin ánimos de adentrar en el desarrollo de este tópico, considero útil una serie de argumentos doctrinarios desarrollados por una rama del derecho civilista para fundamentar decisiones judiciales. Como se verá al finalizar este apartado, los mismos parten de estandartes similares a los considerados en el Derecho Público.

Los conceptos de autonomía, dignidad y vulnerabilidad se encuentran complejamente interrelacionados en el tópico. En relación a la razón generadora del deber del ente público, que desemboca en una potencial reparación -en caso de incumplimiento de aquel-, el derecho de Daños permite observar lo que se desarrollará a continuación.

Partiendo del trabajo de Gonzalo Bailo en el marco de las “XXVI jornadas nacionales de derecho civil”, celebradas en La Plata (Buenos Aires) en 2017, nos topamos con la función estatal de *prevención oblicua* frente a situaciones en que la dignidad se encuentre vulnerada.³¹ Aquí, el sujeto ve comprometida su propia capacidad de respuesta frente al riesgo, por lo que no se intenta prevenir un daño, sino gestionar la situación sensible de una persona que no puede hacerlo por su cuenta.

Al analizarlo desde las categorías de la responsabilidad civil, nos topamos con que la relación de causalidad en dicha situación es *asimétrica*. Sintéticamente, implica que el fundamento de la previsibilidad es socio-político -comprobado estadísticamente-, y no socio-técnico -basado en la probabilidad-. A consecuencia de ello, no se posiciona a partir de una sociedad de iguales, sino en una injusta y desigual en la que existe pérdida de autonomía. La prevención oblicua se encuentra enmarcada en “el aseguramiento de derechos fundamentales de acceso y goce para sujetos individuales y colectivos”.³²

Esto nos lleva a impulsar un cambio de paradigma y quitar de nuestras bases, al menos frente a estas situaciones, “al sujeto autónomo e independiente de la tradición liberal clásica por el sujeto vulnerable”. Es un concepto distinto a las tradiciones jurídicas anteriores,³³ basado en la igualdad y el principio protectorio.

Además, en lo relativo a la función preventiva regulada en el CCyC, el investigador del CONICET resalta el artículo 52. El mismo aclara expresamente que la persona humana que de cualquier modo resulte menoscabada en su dignidad personal, puede reclamar la prevención de los daños sufridos. Además, es menester mencionar la especial protección de la vivienda que brinda el artículo 244.³⁴

³⁰ ETCHICHURY. *Igualdad Desatada*...p. 182.

³¹ BAILO, Gonzalo L. *Perfilando una prevención oblicua del Derecho de Daños para hipótesis de vulnerabilidad*. La optimización de los derechos fundamentales en el Derecho Privado, XXVI Jornadas de Derecho Civil, La Plata, 2017.

³² BAILO. *Perfilando una prevención oblicua*...p.2.

³³ BAILO. *Perfilando una prevención oblicua*...p. 4.

³⁴ BAILO. *Perfilando una prevención oblicua*...p. 5.

Se puede decir que, en principio, el CCyC está expresamente excluido para los jueces a la hora de juzgar la responsabilidad del Estado. Pero las herramientas conceptuales de la función preventiva civil pueden ser, igualmente, tomadas como modelo para regular localmente. Y en relación a la responsabilidad indirecta de la sociedad, dicho código sería el conjunto de reglas jurídicas a las que se debería remitir para fundamentar normativamente.

7 Los actos administrativos y las decisiones judiciales fundadas en elementos del caso concreto.

El otorgamiento de subsidios suele ser una de las políticas más utilizadas para enfrentar situaciones de vulnerabilidad social e insatisfacción de derechos fundamentales para una existencia digna. Es bastante común que los criterios de acceso a los mismos y permanencia en el goce, consistan en plazos de duración arbitrarios o de requisitos hasta discriminatorios. Es decir, sin que realmente se verifiquen las condiciones de vida en las que se desarrolla el destinatario.

Bailo destaca que la CSJN en “Q.C” ha avanzado en la postura de que “no se trata de ponderar únicamente el monto que se destina, sino fundamentalmente ‘la idoneidad de la erogación para superar la situación o paliarla en la medida de lo posible’”. Además, que el PNUD 2014 en su página 7, expresa que el Estado frente a la vulnerabilidad, debería “prevenir las amenazas, promover las capacidades y proteger a las personas”, impulsando la celeridad en las políticas públicas y que estas “promuevan el acceso a largo plazo y sostenible a los servicios sociales, el empleo y las protecciones sociales para los grupos vulnerables”. Se debe evitar caer en una “taxonomía de individuos o grupos vulnerables”.³⁵

En los últimos tiempos, no sólo se ha observado a la pobreza en términos masificadores y como un motivo de sectorización social, sino que han prevalecido los factores económicos en su estudio, generando un reduccionismo a variables monetarias para analizar la brecha que existe entre las distintas clases sociales del sistema capitalista.

8 El Activismo Judicial y la Sentencia T-025 de la Corte Constitucional colombiana.

La influencia de los jueces en cuestiones políticas y sociales a través de procesos judiciales, viene siendo un fenómeno en crecimiento en casos donde estén en juego DESC. Requiere intervenciones periódicas, preparación de audiencias públicas y análisis comparativo de la información proporcionada por diversos actores. Los tribunales ejercen roles orientadores al fijar directrices y objetivos generales, como también moderando políticas públicas a través de órdenes más precisas. Sus intervenciones son tan protagónicas que terminan contribuyendo en la definición de los conflictos sociales. Tienden a “reestructurar el marco” del fenómeno haciéndolo más visible, generando conciencia social en materia de Derechos Humanos.³⁶

³⁵ BAILO. *Perfilando una prevención oblicua...* p.7-8.

³⁶ RODRÍGUEZ GARABITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, 1ª ed.- Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores SA, 2015. p. 141, 163, 182.

Como Garavito y Franco consideran, “las sentencias activistas, tanto de tipo monológico como dialógico, se alejan de las concepciones débiles de los DESC al afirmar su exigibilidad judicial”. Pero, al hablar de sentencias dialógicas,³⁷ ellos marcan que “los detalles de las políticas aparecen durante el proceso de seguimiento y no en la propia sentencia”. Como consecuencia de esta última, pueden surgir nuevas sentencias en el proceso interactivo con la sociedad: un “diálogo constitucional”. Concluyen que estos procesos se caracterizan por una intensa presencia de derechos y un seguimiento del cumplimiento de la sentencia fuerte, así como también, remedios moderados. Los tribunales dialógicos promueven la democracia “al ejercer un control horizontal de la responsabilidad de otras ramas del gobierno y ayudar a romper los bloqueos institucionales que contribuyen a las violaciones masivas de los DESC”.³⁸

Dichos doctrinarios analizan los efectos que las sentencias pueden tener y, posteriormente, lo relacionan con el fallo T-025 del máximo tribunal colombiano.³⁹ Consideran que la T-025 ha generado un cambio en la “percepción pública de la urgencia y la gravedad del desplazamiento en Colombia, y también legitimó las pretensiones y reforzó el poder de negociación de las ONG y los organismos internacionales de derechos humanos que habían presionado al gobierno colombiano para que hiciera más por las Personas Desplazadas Internamente”.

Por un lado, la sentencia puede ordenar la implementación de determinadas políticas y, a su vez, incentivar -de manera indirecta- la formación de coaliciones activistas que busquen que las mismas se lleven a cabo. Por otro lado, define cuáles son los derechos que han sido violados, pero sin perder de vista cómo eso impactará en la opinión pública.

Siguiendo los planteos de Garavito y Franco, se puede decir que, en el caso bajo análisis, la participación ciudadana se dio mediante audiencias públicas -espacio público formal-. Para poder hacerlo, previamente la sociedad creó y coordinó organizaciones civiles que representen a los grupos sociales afectados en el proceso -espacio público informal-. De esta manera, surgió la “Comisión de Seguimiento a la Política Pública sobre Desplazamiento Forzado”, que pasó a tener un rol formal protagónico de control tras su incorporación efectuada por la Corte Constitucional al caso.

Los autores consideran que los DESC funcionaron como “puntos de presión para romper la inercia institucional y provocar la acción del Poder Ejecutivo”,⁴⁰ permitiendo la presentación de quejas por desacato contra los funcionarios gubernamentales y modificando la asignación de recursos públicos.

El seguimiento a través de autos y reuniones es fundamental. Es necesario tener en claro que cuando la dignidad es lo que está en juego, la sentencia que resuelve cómo afrontar la situación y cuáles son los deberes de los implicados, implica sólo el comienzo de un proceso complejo que requiere interacción constante y trabajo transversal entre los distintos órganos de la Administración Pública. Esta coordinación entre instituciones competentes es central para la elaboración de una política unificada que realmente

³⁷ Identificadas con doctrinas procesales activistas, pero diferenciándose de las sentencias monológicas, en las cuales el tribunal da órdenes específicas y no trabaja en conjunto con los distintos sectores de la sociedad.

³⁸ RODRÍGUEZ GARABITO, RODRÍGUEZ FRANCO. *Juicio a la exclusión...* p. 213, 236, 237.

³⁹ RODRÍGUEZ GARABITO, RODRÍGUEZ FRANCO. *Juicio a la exclusión...* p. 39-48.

⁴⁰ RODRÍGUEZ GARABITO, RODRÍGUEZ FRANCO. *Juicio a la exclusión...* p. 44.

modifique estructuralmente las vulneraciones a la dignidad humana. Así como en el caso colombiano se creó una Comisión de coordinación de organismos estatales destinada a presentar informes regularmente al Tribunal, lo mismo debe ocurrir en todas las Administraciones Públicas para garantizar DESC a quienes no gozan de una existencia digna. Para ello es necesario realizar reformas profundas en el Estado.

9 La necesidad de efectuar reformas en la Administración Pública.

Para cerrar el trabajo, siguiendo con la propuesta del apartado anterior, se remite a un artículo publicado del profesor Justo Reyna.⁴¹ Frente a la situación de las Administraciones Públicas en Argentina, se propone la “creación de unidades de organización local para que ellas actúen en el campo de la intergubernabilidad” con la Administración Pública Provincial y la Administración Pública Nacional. El impulso desde los gobiernos locales se fundamenta en su cercanía con los ciudadanos. Así mismo, con los movimientos sociales y asociaciones de defensa de los mismos, quienes deben ser el enfoque central de trabajo para evitar o remediar situaciones de vulnerabilidad, sustentándose en los artículos 41, 42, 43 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional.

Todos los niveles de gobierno deben actuar en pos de garantizar el núcleo mínimo de DESC y el principio de actuación conjunta constitucional,⁴² en un espacio de gobernabilidad común multidimensional. Debe ser un proceso dinámico tendiente a la inclusión social y a la reducción de la discrecionalidad de autoridades gubernamentales, teniendo en cuenta dimensiones humanas, sociológicas, jurídicas, políticas, tecnológicas y económicas.

La concurrencia entre los distintos niveles de gobierno puede surgir de manera interadministrativa concertada por medio del consenso, o imperativamente por mandato de la regla jurídica. Este último es el caso del núcleo existencial de los derechos humanos o fundamentales de un ciudadano.⁴³

Analizando las premisas de documentos del Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), el investigador argentino destaca como necesarios la “gestión por resultados de desarrollo, el gobierno electrónico, abierto y de calidad y, por último, la profesionalización de la función pública”. Desde una concepción sistemática, considera que “la relación de la Administración con el entorno es circular y dinámica”, es un constante proceso en red de “corrección, diferenciación e integración” entre actores públicos y privados. Por su parte, el Derecho Administrativo no es sólo instrumental-formalista, sino que representa un conjunto de valores constitucionales.⁴⁴

Reyna resalta el preámbulo de la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública.⁴⁵ El mismo enaltece un Estado

⁴¹ REYNA, Justo. *La reforma de la Administración Pública local*. Revista de Direito ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL n° 56, doctrina. Ed. Fórum, Belo Horizonte (Brasil), 2014. p. 35-39, 87.

⁴² Para ver más, remitir a: REYNA, Justo. *Fundamentos del principio constitucional de actuación conjunta para la tutela especial de derechos fundamentales*, Revista de Direito ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL n° 55, doctrina. Ed. Fórum, Belo Horizonte (Brasil), 2014 (citado en: REYNA. *La reforma de la Administración Pública local...*p.36).

⁴³ REYNA. *La reforma de la Administración Pública local...*p. 87.

⁴⁴ REYNA. *La reforma de la Administración Pública local...*p. 42-44.

⁴⁵ Adoptada por la “XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno”, celebrada en Panamá en octubre de 2013.

social y democrático de Derecho en el que los ciudadanos son “protagonistas principales de los asuntos de interés general” y poseen el derecho a una Administración Pública que promueva la dignidad humana. Las actuaciones administrativas deben fundarse en “criterios de objetividad, imparcialidad, justicia y equidad y que sean prestadas en plazos razonables”.⁴⁶

Por su parte, Rodríguez-Arana Muñoz considera que “el Estado social y democrático de Derecho es una fórmula que [...] debe entenderse a partir de los postulados del pensamiento abierto, plural, dinámico y complementario”.⁴⁷ Además, entiende que la dignidad humana es el “principal pilar y fundamento” de todas las “categorías e instituciones” del Derecho Público”.⁴⁸

La garantización de los DESC necesita, claramente, de un cambio en la relación entre el ciudadano y el Estado en general, más allá de que este apartado se haya focalizado en la Administración Pública en particular. Pero es evidente también que ese cambio de paradigma debe darse en los fundamentos ideológico-políticos centrales de la existencia del Estado y en el estudio interdisciplinario que demanda una concepción más cercana a la complejidad de la persona. Realmente, las circunstancias personales deben ser la base para determinar si existe acceso a una vida digna, dependiendo de la situación particular en la que cada persona se encuentra.

10 Conclusiones

A lo largo de este trabajo se han obtenido varias reflexiones finales que ameritan ser destacadas. Es pertinente destacar que la tendencia procesal activista es la más cercana a la protección de los DESC. Frente a Administraciones Públicas que no realizan el seguimiento de los casos, es necesario un juez que resuelve sin temor a inmiscuirse en cuestiones políticas.

El ordenamiento jurídico internacional presente en nuestra Constitución Nacional brinda herramientas jurídicas en las cuales los interventores jurídicos deben ampararse. La discrecionalidad en las decisiones políticas no es tal como se la presenta. Existen cuantiosas restricciones y cláusulas constitucionales -principalmente, en pactos internacionales- que son operativas, a las cuales no se las puede interpretar restrictivamente o desconocer.

Por un lado, si bien es cierto que la intervención extralimitada del Poder Judicial afectaría al sistema republicano, es evidente que los conceptos del Derecho Administrativo Clásico ya no priman. Es que la existencia de cualquier derecho implica que la discreción política se restrinja.

Por otro, la intervención de los distintos organismos a la hora de otorgar subsidios no debe limitarse a la prestación en sí. Si bien, muchas veces, reestructurar el Estado implica gastos, con los recursos que ya se cuenta se puede mejorar la situación. Sin necesidad de incorporar empleados a la Administración Pública, se pueden modificar las funciones que cumplen y la interrelación entre los distintos organismos y niveles estatales.

⁴⁶ REYNA. *La reforma de la Administración Pública local...* p. 65.

⁴⁷ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ. *La cláusula del Estado Social de Derecho...* p. 169.

⁴⁸ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ. *La cláusula del Estado Social de Derecho...* p. 176.

El cambio de conceptualización de la pobreza y el acceso a una vida digna debe darse desde los cimientos del Estado. Esto implica que se profesionalice la función pública, que se comprenda el fenómeno complejo al que se está haciendo frente. Para ello, es necesario comprender los orígenes de cada sociedad, comparar la situación propia con las condiciones de otras sociedades y las soluciones desarrolladas consecuentemente. Lo que se propone, es replantear cuál es el fin de la Administración Pública en el siglo XXI; es que la misma debe enfocarse en la centralidad de la Persona Humana. No por el deseo de una corriente doctrinaria, sino por la correcta interpretación de un ordenamiento jurídico que viene siendo bastante ignorado.

Por último, se destaca la necesidad de vincular herramientas de distintas ramas del Derecho y de otras ciencias, ya que los esquemas legales y pretorianos deben ser armonizados, por ejemplo, con saberes sociológicos, históricos y filosóficos. La realidad en un caso es tan compleja que, al tratar de encontrar soluciones en los casos concretos, no se pueden ignorar los saberes originados en otras áreas.

Referencias

BAILO, Gonzalo L. *Perfilando una prevención oblicua del Derecho de Daños para hipótesis de vulnerabilidad*. La optimización de los derechos fundamentales en el Derecho Privado, XXVI Jornadas de Derecho Civil, La Plata (Argentina), 2017. Disponible en: <<http://jornadasderechocivil.jursoc.unlp.edu.ar/comision-4-derecho-de-danos-funcion-preventiva-y-sancionatoria-de-la-responsabilidad-civil/>>

BALBÍN, Carlos F. *Un Derecho Administrativo para la inclusión social*, Revista de Direito ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL n° 58, doctrina. Ed. Fórum, Belo Horizonte (Brasil), 2014.

ETCHICHURY, Horacio. *Igualdad Desatada: la exigibilidad de los Derechos Sociales en la Constitución Argentina*. 1ª ed. Córdoba: Universidad Nacional de Córdoba, Argentina, 2013.

REYNA, Justo. *La reforma de la Administración Pública local*. Revista de Direito ADMINISTRATIVO & CONSTITUCIONAL n° 56, doctrina. Ed. Fórum, Belo Horizonte (Brasil), 2014.

RODRIGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. *La cláusula del Estado Social de Derecho y los derechos fundamentales*, Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo, vol. 2, n. 1 p. 155-183, Santa Fe, 2015.

RODRÍGUEZ GARABITO, César; RODRÍGUEZ FRANCO, Diana. *Juicio a la exclusión: El impacto de los tribunales sobre los derechos sociales en el Sur Global*, 1ª ed.- Buenos Aires: Siglo Veintiuno Editores SA, 2015.

TALAVERA FERNÁNDEZ, Pedro. *La dimensión moral en la configuración y evolución histórica del concepto de pobreza*, Persona y Derecho/ VOL. 70. Valencia (España), 2014.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BENMÉRGUI, Joaquín Gabriel. La dignidad humana debe ser garantizada por la administración pública. In: GALLO, William Iván et al. (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 121-133. ISBN 978-85-450-0569-8.

A NECESSÁRIA FLEXIBILIZAÇÃO DA SOBERANIA À PROTEÇÃO INTERNACIONAL DOS DIREITOS HUMANOS: EM BUSCA DE UMA ADMINISTRAÇÃO COOPERATIVA

RAFAELE BALBINOTTE WINCARDT

1 Introdução

Superados os horrores da Segunda Guerra Mundial, o panorama instituído era de uma nova organização constitucional dos Estados: uma institucionalização e internacionalização dos direitos e garantias fundamentais, “um acréscimo dos princípios democráticos às funções do Estado Social”,¹ dando início ao que se convencionou chamar Estado Democrático de Direito, que, por sua vez, ainda se encontra em evolução.

Nele, o instrumento que vincula a Administração Pública é a lei, no sentido de limitar o poder do próprio Estado e dos que agem em seu nome, em prol do interesse social e, sobretudo, do respeito aos direitos humanos em sucessivas dimensões.

O poder político resulta, então, dividido em uma estrutura orgânica e independente, funcionando sob o sistema de freios e contrapesos, “de modo que a lei produzida por um deles tenha de ser necessariamente observada pelos demais e que os cidadãos, sendo titulares de direitos possam opô-los ao próprio Estado”.²

Fortalece-se, assim, frente aos tantos desdobramentos decorrentes da globalização, “uma nova reflexão sobre a soberania e sobre as fronteiras transnacionais”,³ na medida em que a soberania se contrasta com a ideia abstrata de jurisdição e evidencia uma internacionalização das relações em que a regra é cooperar. Pois, no sentido estrito da expressão, “co-operar” demanda um intercâmbio internacional de informações e medidas processuais e administrativas além das fronteiras.

¹ FERREIRA, Antonio Carlos Gomes. *A Eficiência do Estado e a Globalização*. São Paulo: Clube de Autores; Agbook, 2006, p. 75.

² SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do Direito Público*. 5. ed. São Paulo: Melhoramentos. 2009, p. 38-39.

³ FERREIRA, Antonio Carlos Gomes. *A Eficiência do Estado e a Globalização*. São Paulo: Clube de Autores; Agbook, 2006, p. 74.

Ora, se existe um conjunto de regras internacionais e nacionais, que regem atos de colaboração entre nações, inclusive entre organizações internacionais, com objetivo de facilitar o acesso à justiça,⁴ é coerente conciliar o poder de mando de um território com a limitação do *potestas* de outro, na busca pela efetividade dos direitos fundamentais e, particularmente, dos direitos humanos. Assim, a soberania “sócio-jurídico-política”,⁵ quando entendida de forma absoluta, mostra-se inapta ou até mesmo insipiente aos fins que se propõe a Cooperação Jurídica Internacional.

No tocante à clássica concepção de soberania, percebe-se que a abrangência do conceito é permeada de uma concepção quase sagrada, como premissa intocável, na medida em que “é uma autoridade superior que não pode ser limitada por nenhum outro poder”.⁶ Contudo, dentro da concepção de Estado Moderno e, mais precisamente, do Estado Democrático de Direito, tendo em vista suas implicações históricas e jurídicas, qualquer concepção que revista a soberania de poder ilimitado padece de incoerência.

Nessa linha, o basilar deste estudo é uma reflexão partindo da flexibilização do conceito de soberania (e não sua limitação). Como ensina Mazzuoli, imprescindível uma soberania flexibilizada para o reconhecimento de direitos humanos globais e universais com a devida projeção no quadro internacional.⁷ No mesmo sentido sedimenta-se a doutrina de Flávia Piovesan, na medida em que constata a existência inequívoca de um Direito Constitucional Internacional, cujo mote é a proteção da pessoa humana, de forma que o Direito Internacional dos Direitos Humanos vem para reforçar os direitos constitucionalmente assegurados.⁸

Dessa forma, impera à discussão um olhar sob dois prismas distintos quanto à perspectiva a ser adotada na concretização da Cooperação Internacional: *ex parte principis*, a preocupação estatal na manutenção de suas relações internacionais e governo; e *ex parte populi*, cuja preocupação diz respeito àqueles submetidos ao poder estatal e que devem ter sua liberdade protegida, bem como assegurados os direitos humanos.

A pesquisa justifica-se, assim, na necessidade da compreensão do instituto de Cooperação com o propósito de evidenciar e identificar, de forma crítica e sob um aspecto prático, a importância da cooperação e como ocorre sua aplicação nas diligências encaminhadas ao exterior (requisitos formais e de conteúdo), que repercutem decisivamente na efetividade de direitos específicos e incorrem na direta relação com os princípios da Eficiência, Celeridade e da Dignidade da Pessoa Humana.

⁴ RAMOS, André de Carvalho. Estrutura da cooperação jurídica internacional e o novo Direito Internacional Privado. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (Coord.). *Cooperação Jurídica Internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 164. Ainda, cf. ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

⁵ Segundo Miguel Reale: “Soberania é tanto a força ou o sistema de força que decide do destino dos povos, que dá nascimento ao Estado Moderno e preside ao seu desenvolvimento, quanto a expressão jurídica dessa força no Estado constituído segundo os imperativos éticos, econômicos, religiosos etc., da comunidade nacional, mas não é nenhum desses elementos separadamente: a soberania é sempre sócio-jurídico-política, ou não é soberania”. Ver em: REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 5 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 139.

⁶ MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 31. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013, p. 29

⁷ MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. *Revista de Informação Legislativa*, n° 156, p. 169-177, out/dez., 2002, p. 173.

⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 46.

2 Direito Constitucional Internacional: onde se encontra a essência da cooperação

O jurista Norberto Bobbio, ao realizar um estudo acerca da formação histórica das Declarações de direitos, identificou que ao tempo em que os direitos do homem eram considerados meramente “naturais”, a única defesa que restava contra a violação pelo Estado era outro direito natural, o direito de resistência. Contudo, Bobbio indica que a partir do momento que algumas Constituições reconheceram proteção jurídica a esses direitos, o direito de resistência transmutou-se no direito positivo de litigar contra os órgãos do Estado violador.⁹

Insatisfeito, questionou: e se não houver o reconhecimento de proteção aos direitos do homem pelo Estado, o que resta, ao final, aos seus cidadãos? Ao ponderar, concluiu que a única saída possível para além do mero direito de resistência seria a “extensão dessa proteção de alguns Estados para todos os Estados e, ao mesmo tempo, a proteção desses mesmos direitos num degrau mais alto do que o Estado, ou seja, o degrau da comunidade internacional (...)”.¹⁰

Nesse diapasão, elucida a professora Flávia Piovesan que a Constituição Federativa do Brasil de 1988 destaca-se como a primeira carta constitucional brasileira a estabelecer o princípio da prevalência dos direitos humanos como princípio fundamental regente do Estado brasileiro em suas relações internacionais.¹¹ Mais do que isso, Piovesan avulta a Carta de 1988 como a primeira Constituição brasileira preocupada em “consagrar um universo de princípios a guiar o Brasil no cenário internacional, fixando valores a orientar a agenda internacional do Brasil – iniciativa sem paralelo nas experiências constitucionais anteriores”.¹²

Outrossim, revela que, ao lado de um cuidado quanto à independência nacional e não intervenção consistentes nos ideais republicanos de defesa da paz, típica preocupação proveniente do Império, a Constituição reproduz uma orientação internacionalista totalmente nova no ordenamento e na história constitucional brasileira.¹³

Com efeito, nos termos do art.4º do texto, fica determinado que o Brasil refere-se, nas suas relações internacionais, pelos seguintes princípios: interdependência nacional (inciso I), prevalência dos direitos humanos (inciso II), autodeterminação dos povos (inciso III), não intervenção (inciso IV), igualdade entre os Estado (inciso V), defesa da paz (inciso VI), solução pacífica dos conflitos (inciso VII), repúdio ao terrorismo e ao racismo (inciso VIII), cooperação entre os povos para o progresso da humanidade (inciso IX) e concessão de asilo político (inciso X).¹⁴

⁹ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apres. Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão, p. 19.

¹⁰ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apres. Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão, p. 19

¹¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 65.

¹² PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 66.

¹³ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 68.

¹⁴ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 66.

Nesse sentido, a concepção de que a proteção dos direitos humanos vai além do domínio do Estado revela duas consequências imediatas: i) um necessário redimensionamento da ideia de soberania estatal, apontando para “um processo de relativização”; e ii) o reconhecimento do indivíduo na condição de sujeito de Direito perante a esfera internacional.¹⁵ Flávia Piovesan aponta uma transição da ideia “hobbesiana” de soberania, centralizada no Estado, em direção à concepção “kantiana” de soberania, com foco na chamada cidadania universal.

Como Piovesan bem destaca, quando o Estado brasileiro se compromete à fundamentar relações tendo como princípio basilar a prevalência dos direitos humanos, dispõe-se a reconhecer, concomitantemente, uma limitação e condições ao exercício da soberania estatal.¹⁶ Em suas palavras, “rompe-se com a concepção tradicional de soberania estatal absoluta, reforçando o processo de sua flexibilização e relativização, em prol da proteção dos direitos humanos”.¹⁷ Nessa esteira, é possível extrair um processo ajustado às exigências do Estado Democrático de Direito “constitucionalmente pretendido”.¹⁸

Ora, se a Constituição Federal instituiu como princípio regulador da atividade estatal nas relações internacionais a “prevalência dos direitos humanos”, sobreveio a Emenda Constitucional nº 45/04 dispondo acerca da receptibilidade dos tratados internacionais de direitos humanos pelo ordenamento jurídico brasileiro.¹⁹ Em que pese não constitua a essência deste estudo, tal instituto merece menção. De acordo com a Carta Magna:

Artigo 5º, parágrafo 3º - Os tratados e convenções internacionais sobre direitos humanos que forem aprovados em cada Casa do Congresso Nacional, em dois turnos, por três quintos dos votos dos respectivos membros, serão equivalentes às emendas constitucionais.²⁰

Ou seja, aproveitam-se da mesma hierarquia normativa que dispõem as emendas à Constituição.

Contudo, como ressalta Comparato, o que ocorre realmente é um franco desrespeito aos direitos humanos por parte do Estado, tornando o dispositivo do art. 4º praticamente ineficaz. Explica-se: não obstante haja o compromisso da Administração em atuar positivamente a fim de, sobretudo, garantir os direitos humanos em sua atuação no cenário nacional e internacional, os tratados e convenções internacionais que não forem

¹⁵ PIOVESAN, Flávia. *Caderno de Direito Constitucional*. Escola da Magistratura do TRF4, 2006, p. 9. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_direito_constitucional.pdf>. Acesso em: 20 maio 2017.

¹⁶ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 69-70.

¹⁷ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 69-70.

¹⁸ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 69-70.

¹⁹ COMPARATO, Fábio Konder. *Brasil: verso e reverso constitucional*. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/images/stories/cadernos/ideias/197cadernosihuideias.pdf>>. Acesso em: jun. 2017, p. 34-35.

²⁰ BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 20 maio 2017.

aprovados conforme os ditames fixados naquela Emenda Constitucional, terão eficácia inferior às disposições do direito constitucional interno.²¹ Para além disso, tratados internacionais que não sejam de direitos humanos, ainda que decorrentes destes (por exemplo, Convenções que promovem, na verdade, os direitos humanos), passam a ser relegados simplesmente em função da omissão estatal em cumpri-los.

Segundo Comparato, acontece na prática uma evidente contradição ao parágrafo 2º do próprio artigo 5º, o qual determina que direitos e garantias fundamentais expressos na carta constitucional não excluem outros provenientes dos tratados internacionais em que o Brasil seja parte, isto é, têm “*ipso jure* um nível normativo equivalente ao das normas constitucionais”.²²

Cumprido ressaltar, outra vez, o ponto central dos ensinamentos de Bobbio: somente quando um sistema jurídico promover uma maior efetividade dos direitos do homem haverá um concreto avanço em nível global da civilização humana.²³

Ou ainda, conforme Miguel Reale, a adaptação e interpretação da legislação interna de acordo com a conjuntura internacional representa um progresso do próprio modelo jurídico, o qual “não indica um fim primordial e abstrato a ser atingido, mas sim o fim ou fins concretos que se inserem no dever-ser do Direito”.²⁴

Logo, considerando que a ordem constitucional de 1988 veio a instaurar uma nova orientação, agora internacionalista, e, ainda, dispõe de instrumentos e princípios norteadores à uma atuação pautada nas relações internacionais, consoante leciona Piovesan, “é essencial que a cooperação internacional seja concebida não como mera caridade ou generosidade, mas como solidariedade, no marco do princípio de responsabilidades compartilhadas (*shared responsibilities*) na ordem global.”²⁵

É justamente nesse sentido que a Carta das Nações Unidas, de 1945,²⁶ preceitua como seus propósitos e princípios a realização da Cooperação Internacional para resolver os problemas internacionais de caráter econômico, social, cultural ou humanitário, e para promover e encorajar o respeito aos direitos humanos e às liberdades fundamentais para todos, sem distinção de raça, sexo, língua ou religião.²⁷ Mais que isso, a Cooperação Jurídica Internacional é premissa ao direito ao desenvolvimento, positivado pela Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento, de 1986,²⁸ pela Organização das Nações Unidas (ONU).

²¹ COMPARATO, Fábio Konder. *Brasil: verso e reverso constitucional*. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/images/stories/cadernos/ideias/197cadernosihuideias.pdf>>. Acesso em jun. 2017, p. 34-35

²² COMPARATO, Fábio Konder. *Brasil: verso e reverso constitucional*. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/images/stories/cadernos/ideias/197cadernosihuideias.pdf>>. Acesso em jun. 2017, p. 34-35

²³ BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apres. Celso Lafer. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004. 7ª reimpressão, p. 24.

²⁴ REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994, p.38.

²⁵ PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 144-145.

²⁶ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta da ONU*. Promulgada no Brasil pelo Decreto nº 19.841, de 22 de outubro de 1945. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/cap1/>>. Acesso em: jun. 2017.

²⁷ Capítulo 1, item 3.

²⁸ ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento*. Adotada pela Resolução nº 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>>. Acesso em: jun. 2017.

Melina Fachin, ao tratar acerca do direito ao desenvolvimento em sua obra, aponta que “a universalização do direito ao desenvolvimento torna-se inexorável, decorrente do dever de solidariedade que avulta da cooperação internacional que este direito carrega consigo”.²⁹

Ainda, como uma das dimensões integrantes ao direito ao desenvolvimento, Piovesan assinala a relevância da adoção de programas e políticas nacionais de cooperação internacional, vez que considera instrumento essencial ao provimento de meios que encorajam o direito ao desenvolvimento.³⁰ Nesse mesmo sentido, observa que “a respeito, adiciona o artigo 4º da Declaração que os Estados têm o dever de adotar medidas, individual ou coletivamente, voltadas a formular políticas de desenvolvimento internacional, com vistas a facilitar a plena realização de direitos”.³¹

Desse modo, impera um dever de cooperação que prescreve a “extensão transnacional das obrigações estatais para com o desenvolvimento”, sem depender da natureza da obrigação envolvida.³² À luz dos direitos humanos, então, Melina Fachin aduz que o direito ao desenvolvimento

Está vinculado ao princípio da solidariedade que demanda a ação estatal e a cooperação internacional em sua dúplici dimensão: em um primeiro plano de desenvolvimento estatal e comunitário, tanto no cenário interno quanto no internacional; e, em um segundo, na dimensão individual de cada ser humano poder desenvolver amplamente suas potencialidades [...]. Esse direito representa síntese complexa que congrega participação política, justiça social, sustentabilidade, e demanda a cooperação internacional ao lado da ação estatal [...]. A integração e amarração entre os diversos componentes, somadas à cooperação internacional, são indispensáveis para a constituição do direito humano ao desenvolvimento.³³

É inegável, pois, que o pano de fundo da cooperação jurídica internacional consiste no respeito aos direitos humanos e aos direitos fundamentais do indivíduo, “ponto axial de todo o ordenamento jurídico brasileiro, especialmente depois da proeminência que lhe foi dada pela Constituição de 1988”.³⁴

E é justamente nesse sentido que se torna preciso um olhar sob os prismas que dizem respeito à perspectiva adotada quando da concretização da cooperação internacional, quais sejam, a perspectiva *ex parte principis* e a perspectiva *ex parte populi*. A primeira relaciona-se à lógica estatal em governar e manter as suas relações internacionais sob seu controle, já a segunda diz com o ângulo daqueles que se encontram

²⁹ FACHIN, Melina Girardi. *Direitos Humanos e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 316.

³⁰ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e justiça internacional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52.

³¹ PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e justiça internacional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 52.

³² FACHIN, Melina Girardi. *Direitos Humanos e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 282.

³³ FACHIN, Melina Girardi. *Direitos Humanos e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015, p. 283.

³⁴ ARAUJO, Nadia. A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a atuação do Estado Brasileiro no plano interno e internacional. In: *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos, Cooperação em Matéria Cível e Penal*. 4. ed., 2014, p. 02. Disponível em: <<http://www.pixfolio.com.br/arq/1399900885.pdf>>. Acesso em: ago. 2017.

submetidos ao poder e que se preocupam com suas liberdades, em busca da conquista pelos direitos humanos.³⁵

Assim, ressalta Nádia de Araújo que o Estado brasileiro não pode prescindir de tais perspectivas ao estabelecer os mecanismos de cooperação jurídica internacional, “seja quando entra em acordos internacionais, assumindo obrigações perante outros estados soberanos, seja quando procura dar assistência a brasileiros que estão no exterior, ou que estão aqui, mas cujas necessidades têm reflexos internacionais”.³⁶

Para além disso, deve enfrentar as dificuldades que a atividade da cooperação encontra ante as autoridades públicas, principalmente, o conceito de soberania enraizado na cultura e nas normas jurisdicionais estatais e as deficiências de informação acerca dos demais sistemas jurídicos, o que constitui real entrave às relações entre os Estados.³⁷

Feitas tais considerações, importa resgatar a ideia de universalidade dos direitos humanos como núcleo fundante para a interpretação dos institutos inerentes à Cooperação Jurídica Internacional (CJI).³⁸

3 Princípios fundamentais à atuação Administrativa estatal e jurisdicional na promoção de uma Cooperação Jurídica Internacional bem-sucedida

Em uma primeira análise, uma vez que os sujeitos da cooperação são os indivíduos que pleiteiam atuação jurisdicional e estatal na consecução de um direito, estabelece-se como princípio fundante da Cooperação Jurídica Internacional o direito de acesso à justiça. É preconizado pelo art. 5º, XXXV da Constituição e também em outros tantos tratados de direitos humanos celebrados pela República Federativa do Brasil.³⁹

A Convenção sobre o Acesso Internacional à Justiça,⁴⁰ por exemplo, firmada pelo Brasil na Conferência da Haia sobre Direito Internacional Privado, em 1980, é um instrumento indispensável à CJI, na medida em que preconiza a isenção de custas no cumprimento de pedidos de cooperação jurídica internacional para a realização de medidas no exterior, as quais são necessárias, entretanto, no decorrer de ação judicial

³⁵ ARAUJO, Nadia. A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a atuação do Estado Brasileiro no plano interno e internacional. In: *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos, Cooperação em Matéria Cível e Penal*. 4. ed., 2014, p. 02. Disponível em: <<http://www.pixfolio.com.br/arq/1399900885.pdf>>. Acesso em: ago. 2017. Ver mais em: LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Cia. das Letras, 1988, p. 125 e ss.

³⁶ ARAUJO, Nadia. A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a atuação do Estado Brasileiro no plano interno e internacional. In: *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos, Cooperação em Matéria Cível e Penal*. 4. ed., 2014, p. 02. Disponível em: <<http://www.pixfolio.com.br/arq/1399900885.pdf>>. Acesso em: ago. 2017.

³⁷ SCHLOSSER, Peter. Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation. In: *Recueil des Cours*, The Hague, Martinus Nijhoff, 2001, p. 26.

³⁸ Cf. ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.

³⁹ RAMOS, André de Carvalho. Estrutura da cooperação jurídica internacional e o novo Direito Internacional Privado. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (Coord.). *Cooperação Jurídica Internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2014, p. 168

⁴⁰ Promulgada pelo Decreto nº 8343, de 13 de novembro de 2014.

no Brasil. As únicas previsões de reembolso de custos são excepcionais, como perícia ou a necessidade de procedimentos especiais.⁴¹

Assim sendo, o direito de acesso à justiça (em sentido amplo) dependerá de uma correta utilização dos mecanismos de cooperação jurídica em âmbito interno e, por conseguinte, a resposta “cooperativa” do outro Estado em atender a demanda solicitada.

Contudo, ao ser dificultado, obstaculizado e, por fim, desatar em uma CJI denegada, implicará, também, na lesão e inefetividade do direito específico pretendido pela parte.⁴²

E se isso ocorrer em grandes proporções, como comprovadamente ocorria há pouco tempo, implicará inevitavelmente uma banalização e inefetividade dos próprios direitos previstos constitucionalmente, impossibilitando-os de serem alcançados tão somente por exigir uma demanda transfronteiriça.

Outro aspecto que merece especial atenção é o respeito ao princípio da celeridade ou economia processual, direito público subjetivo inserido pela Emenda Constitucional nº 45/04, doravante no rol pétreo dos direitos e garantias fundamentais do artigo 5º, LXXVIII da Constituição Federal.

Trata-se da consagração do processo como instrumento de viabilização do exercício dos demais direitos, de modo que o retardo na prestação jurisdicional acarreta em sua consequente negativa e, por fim, patente inconstitucionalidade. No mesmo sentido é a conclusão de Plácido Fernández-Viagas Bartolome

De que sirve configurar un instrumento para la defensa de los derechos ciudadanos si el transcurso del tiempo puede hacerlo ineficaz? (...) Una justicia tardia puede equivaler, al menos desde el punto de vista sociológico como há señalado la jurisprudencia de nuestro Tribunal Constitucional, a la denegación de la misma. La eficacia de un sistema judicial dependerá estrictamente de su capacidad de satisfacer las pretensiones que le fueren sometidas, lo que sólo tendrá lugar si funciona en tiempo adecuado.⁴³

Da mesma forma, tal pensamento transporta-se ao direito internacional, na medida em que a CJI oferece tantas possibilidades de alcance à justiça, mas é, novamente, obstaculizada, pelo mau uso de suas ferramentas por parte do Estado. E, aqui, refere-se abertamente ao Estado brasileiro como parte “autora” (cooperação ativa).

Aliás, antes mesmo de ser positivado no ordenamento interno, o princípio da celeridade já encontrava respaldo em outros instrumentos internacionais já ratificados pelo Brasil e absorvidos pelo direito pátrio, como por exemplo, o Pacto Internacional dos

⁴¹ BRASIL. *Convenção sobre o Acesso Internacional à Justiça*. Decreto nº 8343, de 13 de novembro de 2014. Promulga a Convenção sobre o Acesso Internacional à Justiça, firmada pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2014/Decreto/D8343.htm>. Acesso em: set. 2017.

⁴² BRASIL. *Convenção sobre o Acesso Internacional à Justiça*. Decreto nº 8343, de 13 de novembro de 2014. Promulga a Convenção sobre o Acesso Internacional à Justiça, firmada pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2014/Decreto/D8343.htm>. Acesso em: set. 2017.

⁴³ “De que serve configurar um instrumento para a defesa dos direitos cidadãos, se a passagem do tempo pode torná-lo ineficaz? (...) uma justiça tardia pode equivaler, pelo menos do ponto de vista sociológico, como apontado pela jurisprudência do nosso Tribunal Constitucional, a negação dela mesma. A eficácia de um sistema judicial depende estritamente a sua capacidade de satisfazer as reivindicações que forem submetidos a ele, que só terá lugar se funcionar em tempo adequado.” (Tradução livre). Ver em: BARTOLOME, Plácido Fernández-Viagas apud. SOUZA, Álvaro Couri Antunes. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Madri: Civitas, 1994. p. 32-33.

Direitos Civis e Políticos (Art. 14, §3⁹⁴⁴),⁴⁵ e a Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos, chamada Pacto de São José da Costa Rica (Art. 8⁹⁴⁶).⁴⁷

Por sua vez, o princípio da eficiência também se encontra intimamente ligado à cooperação jurídica internacional quando da correta tramitação dos pedidos, restando como norteador da atuação administrativa. Positivado *ipsis literis* no art. 37 da Constituição, determina um Poder Judiciário que realize a Justiça de forma célere e eficiente, através de uma governança judicial, cujo início se deu com a Reforma de Estado, Reforma Administrativa EC 19/1998 e com EC 45/2004.⁴⁸

Também indissociável está a segurança jurídica, cuja presença deve ser verificada nos atos praticados pelos Poderes Executivo, Legislativo e Judiciário.

Por fim, mas sem o intuito de esgotar todos os princípios que permeiam a devida atuação estatal na promoção de uma CJI bem-sucedida, resta elencar um dos basilares do ordenamento brasileiro e, também, internacional, qual seja, a dignidade da pessoa humana.

Inquestionável é sua participação como fundamento do Estado Democrático de Direito, uma vez que é caracterizada pela construção de uma sociedade livre, justa e solidária, atendendo, sobretudo, a justiça social.⁴⁹ Conforme ensina Ingo Wolfgang Sarlet:

Não há como desconsiderar que a *garantia da manutenção de um nível mínimo de proteção social* – no âmbito de um direito à uma existência condigna – importa também em um correspondente *padrão mínimo de segurança jurídica* nesta esfera, já que as pessoas poderão – ou pelo menos deveriam poder estar em condições para tanto - confiar (e aqui a presença inquestionável de um elemento de proteção da confiança e de segurança jurídica) na *manutenção de tais condições básicas de vida*, especialmente no contexto de um Estado democrático de Direito inequivocamente comprometido com *realização da justiça social*. (Grifei).⁵⁰

⁴⁴ “3. Toda pessoa acusada de um delito terá direito, em plena igualdade, a, pelo menos, as seguintes garantias: a) De ser informado, sem demora, numa língua que compreenda e de forma minuciosa, da natureza e dos motivos da acusação contra ela formulada; b) De dispor do tempo e dos meios necessários à preparação de sua defesa e a comunicar-se com defensor de sua escolha; c) De ser julgado sem dilações indevidas; d) De estar presente no julgamento e de defender-se pessoalmente ou por intermédio de defensor de sua escolha; de ser informado, caso não tenha defensor, do direito que lhe assiste de tê-lo e, sempre que o interesse da justiça assim exija, de ter um defensor designado *ex officio* gratuitamente, se não tiver meios para remunerá-lo; e) De interrogar ou fazer interrogar as testemunhas de acusação e de obter o comparecimento e o interrogatório das testemunhas de defesa nas mesmas condições de que dispõem as de acusação; f) De ser assistida gratuitamente por um intérprete, caso não compreenda ou não fale a língua empregada durante o julgamento; g) De não ser obrigada a depor contra si mesma, nem a confessar-se culpada”. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/1990-1994/d0592.htm>.

⁴⁵ Adotado pela XXI Assembleia Geral das Nações Unidas de 1966 e promulgado pelo Decreto nº 592, em 1992.

⁴⁶ “Toda pessoa tem direito a ser ouvida, com as devidas garantias e dentro de um prazo razoável, por um juiz ou tribunal competente, independente e imparcial, estabelecido anteriormente por lei, na apuração de qualquer acusação penal formulada contra ela, ou para que se determinem seus direitos ou obrigações de natureza civil, trabalhista, fiscal ou de qualquer outra natureza”. CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos*. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em ago. 2017.

⁴⁷ Adotada no âmbito da Organização dos Estados Americanos (OEA) em 1969 e promulgada pelo Decreto nº 678, em 1992.

⁴⁸ Cf. CALHAO, Ernani Pedrosa. *Justiça célere e eficiente: uma questão de governança judicial*. São Paulo: LTr, 2010.

⁴⁹ SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015, p. 122

⁵⁰ SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Cármen

Nesse sentido, uma Cooperação Jurídica Internacional que realize de modo indevido a ponderação dos sujeitos mediatos será ofensiva aos tratados de direitos humanos e também à Constituição de 1988.

Dessa sorte, Sarlet observa que o princípio da dignidade da pessoa humana “impõe ao Estado, além do dever de respeito e proteção, a obrigação de promover as condições que viabilizem e removam toda a sorte de obstáculos que estejam a impedir as pessoas de viver com dignidade”.⁵¹

Com a exposição dessas leves pinceladas acerca da base teórica e principiológica da cooperação jurídica internacional, resulta assentado o caminho a ser percorrido rumo ao efetivo cumprimento dos direitos humanos, declarados pelo chamado Direito Constitucional Internacional,⁵² dentro de uma perspectiva fática e concreta, designando iniciativas cada vez mais eficientes à concretização da justiça.

4 Considerações finais

Justamente, devido à intensificação das relações internacionais e entre diferentes soberanias, tornou-se urgente o debate e a normatização sobre o tema do Estado cooperativo.

Uma grande inovação no Brasil, por exemplo, sobreveio com a regulamentação diferenciada da cooperação internacional, em capítulo próprio, no Novo Código de Processo Civil,⁵³ que pretendeu dispor, ainda que de forma genérica, sobre os principais institutos da CJI, mas sem adentrar em aspectos especialmente práticos e inerentes ao cotidiano das tramitações.

Nessa esteira, convém reafirmar a necessidade da conjugação das perspectivas *ex parte principis* e *ex parte populi*, a fim de cuidar dos anseios do Estado e do indivíduo no atendimento dessa nova demanda dos dias atuais, em que a soberania dos países – flexibilizada – se vê afirmada, sobretudo, pela atitude positiva de cooperação jurídica internacional.⁵⁴ E, assim como todo o Mercosul e a América Latina, o Brasil também não

Lúcia Antunes (org.) *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2ª ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005. Págs. 124/127.

⁵¹ SARLET, Ingo Wolfgang. A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 109. Apud. FACHIN, Melina Girardi. *Direitos Humanos e Fundamentais: Do discurso teórico à prática efetiva: um olhar por meio da literatura*. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed., 2007, p. 99.

⁵² Expressão utilizada pela professora Flávia Piovesan. “Por Direito Constitucional Internacional subentende-se aquele ramo do direito no qual se verifica a fusão e a interação entre o Direito Constitucional e o Direito Internacional. Esta interação assume um caráter especial quando estes dois campos do Direito buscam resguardar um mesmo valor – o valor da primazia da pessoa humana – concorrendo na mesma direção e sentido. Ao tratar da dinâmica da relação entre a Constituição Brasileira e o sistema internacional de proteção dos direitos humanos objetiva-se não apenas estudar os dispositivos do Direito Constitucional que buscam disciplinar o Direito Internacional dos Direitos Humanos, mas também desvendar o modo pelo qual este último reforça os direitos constitucionalmente assegurados, fortalecendo os mecanismos nacionais de proteção dos direitos da pessoa humana.” Ver mais em: PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1997, p. 46.

⁵³ ARAUJO, Nádia de. A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a atuação do Estado Brasileiro no plano interno e internacional. In: *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos*, nos volumes de Cooperação Cível e Penal, 4. ed., 2014. P. 02. Disponível em: <<http://www.pixfolio.com.br/arq/1399900885.pdf>>. Acesso em: set. 2017.

⁵⁴ ARAUJO, Nádia de. A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a atuação do Estado Brasileiro no plano interno e internacional. In: *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos*, nos volumes

pode deixar de atuar de maneira diligente, eficaz e funcional na cooperação jurídica internacional, corroborando ao cumprimento dos pedidos provenientes do exterior e também o pronto atendimento aos pedidos formulados, bem como celebrando um maior número de tratados e convenções bilaterais.⁵⁵

Há necessidade de uma cooperação jurídica internacional adequada aos ditames estabelecidos pela Constituição, nos moldes de um autêntico direito constitucional internacional.

Partiu-se, neste estudo, rumo à premente concepção contemporânea de flexibilização de soberania, cujo máximo se resume na proteção do ser humano em detrimento do Estado, prevalecendo os direitos humanos. Nesse sentido, defendeu-se a adaptação e interpretação da legislação interna e constitucional de acordo com a conjuntura internacional, em um progresso do modelo jurídico e do Estado de Direito cooperativo, buscando por uma maior efetividade dos direitos humanos e do direito ao desenvolvimento. Ainda, reputou-se fundamental elencar os princípios fundantes da cooperação jurídica internacional capazes de promover uma devida atuação estatal para uma cooperação bem-sucedida.

À vista disso, resta evidenciado que a própria conjuntura internacional que se impõe na contemporaneidade reforça, sobremaneira, o direito a ter direitos.

Como já exposto, a defesa exacerbada do territorialismo, ordem pública e soberania como conceitos absolutos podem representar uma verdadeira barreira à implementação de uma política mútua de auxílio e de um processo efetivamente cooperativo. Concluiu-se, ainda, que a ausência de legislação específica sobre cooperação jurídica internacional, somada ao despreparo de magistrados e operadores do Direito em relação à utilização dos recursos, a ausência de comunicação eficiente, a concentração de competências nos tribunais superiores, bem como a incorporação recente dos institutos à legislação pátria de forma insipiente, são dificuldades que devem ser analisadas e superadas para que a cooperação se mostre, de fato, efetiva.

Para efetivá-la, é imperioso que seja difundida a importância da integração, bem como seja desenvolvida uma cultura de auxílio entre os agentes envolvidos. A utilização de recursos oferecidos pelas redes judiciárias das quais o Brasil faz parte também é um caminho que deve ser mais explorado pelas autoridades competentes. Além disso, é de vital importância que o país busque se integrar mais com os seus vizinhos, a exemplo do que já ocorre atualmente na União Europeia. É de fundamental importância aprofundar pesquisas e os estudos na área a fim de melhorar ainda mais a cooperação nos termos instituídos pela ONU, para que sejam cumpridos os princípios internacionais e também, constitucionais do ordenamento pátrio.

Assim, o caminho está traçado: estabelecer uma regulamentação interna adequada aos novos tempos; participar ativamente dos organismos internacionais e das negociações

de Cooperação Cível e Penal, 4. ed., 2014. P. 02. Disponível em: <<http://www.pixfolio.com.br/arq/1399900885.pdf>>. Acesso em: set. 2017, p. 16-17.

⁵⁵ ARAUJO, Nádia de. A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a atuação do Estado Brasileiro no plano interno e internacional. In: *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos*, nos volumes de Cooperação Cível e Penal, 4. ed., 2014. P. 02. Disponível em: <<http://www.pixfolio.com.br/arq/1399900885.pdf>>. Acesso em: set. 2017.

bilaterais e, também, multilaterais; e, por fim, aparelhar os entes estatais para enfrentarem o desafio da cooperação jurídica internacional no século XXI.⁵⁶

Pois, é imprescindível que o Estado esteja de acordo com as tendências internacionais e, para isso, invista no desenvolvimento e aperfeiçoamento dos mecanismos de auxílio para a promoção de uma cooperação mais célere e eficiente e, dessa forma, prestigie a segurança e a ordem jurídica. A cooperação jurídica internacional não é somente um processo ou um ideal para a concretização de direitos. É, em verdade, uma necessidade prática, um direito, para a realização de uma justiça eficaz.

Referências

- ABADE, Denise Neves. *Direitos Fundamentais na cooperação jurídica internacional*. São Paulo: Saraiva, 2013.
- ARAUJO, Nadia. A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a atuação do Estado Brasileiro no plano interno e internacional. In: *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos, Cooperação em Matéria Cível e Penal*. 4. ed., 2014, p. 02. Disponível em: <<http://www.pixfolio.com.br/arq/1399900885.pdf>>. Acesso em ago. 2017.
- ARAUJO, Nadia. A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a atuação do Estado Brasileiro no plano interno e internacional. In: *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos, Cooperação em Matéria Cível e Penal*. 4. ed., 2014, p. 02. Disponível em: <<http://www.pixfolio.com.br/arq/1399900885.pdf>>. Acesso em: ago. 2017. Ver mais em: LAFER, Celso. *A Reconstrução dos Direitos Humanos*. São Paulo: Cia. Das Letras, 1988.
- BARTOLOME, Plácido Fernández-Viagas apud. SOUZA, Álvaro Couri Antunes. *El derecho a un proceso sin dilaciones indebidas*. Madri: Civitas, 1994.
- BOBBIO, Norberto. *A era dos direitos*. Trad. Carlos Nelson Coutinho. Apres. Celso Lafer. 7ª reimpressão. Nova ed. Rio de Janeiro: Elsevier, 2004.
- BRASIL. *Constituição Federal de 1988*. Promulgada em 5 de outubro de 1988. Disponível em <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em 20 mai. 2017.
- BRASIL. *Convenção sobre o Acesso Internacional à Justiça*. Decreto nº 8343, de 13 de novembro de 2014. Promulga a Convenção sobre o Acesso Internacional à Justiça, firmada pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2014/Decreto/D8343.htm>. Acesso em: set. 2017.
- BRASIL. *Convenção sobre o Acesso Internacional à Justiça*. Decreto nº 8343, de 13 de novembro de 2014. Promulga a Convenção sobre o Acesso Internacional à Justiça, firmada pela República Federativa do Brasil, em Haia, em 25 de outubro de 1980. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Ato2011-2014/2014/Decreto/D8343.htm>. Acesso em: set. 2017.
- CALHAO, Ernani Pedroso. *Justiça célere e eficiente: uma questão de governança judicial*. São Paulo: LTr, 2010.
- COMPARATO, Fábio Konder. *Brasil: verso e reverso constitucional*. Disponível em: <<http://www.ihu.unisinos.br/images/stories/cadernos/ideias/197cadernosihuideias.pdf>>. Acesso em jun. 2017, p. 34-35.constitucional.pdf>. Acesso em 20 mai. 2017.
- CORTE INTERAMERICANA DE DIREITOS HUMANOS. *Convenção Interamericana sobre Direitos Humanos*. Assinada na Conferência Especializada Interamericana sobre Direitos Humanos, San José, Costa Rica, em 22 de novembro de 1969. Disponível em: <https://www.cidh.oas.org/basicos/portugues/c.convencao_americana.htm>. Acesso em: ago. 2017.

⁵⁶ ARAUJO, Nádía de. A importância da Cooperação Jurídica Internacional para a atuação do Estado Brasileiro no plano interno e internacional. In: *Manual de Cooperação Jurídica Internacional e Recuperação de Ativos*, nos volumes de Cooperação Cível e Penal, 4. ed., 2014. P. 02. Disponível em: <<http://www.pixfolio.com.br/arq/1399900885.pdf>>. Acesso em: set. 2017.

FACHIN, Melina Girardi. *Direitos Humanos e Desenvolvimento*. Rio de Janeiro: Renovar, 2015.

FERREIRA, Antonio Carlos Gomes. *A Eficiência do Estado e a Globalização*. São Paulo: Clube de Autores; Agbook, 2006.

MALUF, Sahid. *Teoria Geral do Estado*. 31. Ed. São Paulo: Saraiva, 2013.

MAZZUOLI, Valerio de Oliveira. Soberania e a proteção internacional dos direitos humanos: dois fundamentos irreconciliáveis. *Revista de Informação Legislativa*, n° 156, p. 169-177, out/dez., 2002.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Carta da ONU*. Promulgada no Brasil pelo Decreto n° 19.841, de 22 de outubro de 1945. Disponível em: <<https://nacoesunidas.org/carta/cap1/>>. Acesso em jun. 2017.

ORGANIZAÇÃO DAS NAÇÕES UNIDAS. *Declaração sobre o Direito ao Desenvolvimento*. Adotada pela Resolução n° 41/128 da Assembleia Geral das Nações Unidas, de 4 de dezembro de 1986. Disponível em: <<http://www.direitoshumanos.usp.br/index.php/Direito-ao-Desenvolvimento/declaracao-sobre-o-direito-ao-desenvolvimento.html>>. Acesso em jun. 2017.

PIOVESAN, Flávia. *Caderno de Direito Constitucional*. Escola da Magistratura do TRF4, 2006. Disponível em: <http://www.dhnet.org.br/direitos/militantes/flaviapiovesan/piovesan_dh_direito_constitucional.pdf> Acesso em maio 2018.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e justiça internacional*. 3 ed. São Paulo: Saraiva, 2012.

PIOVESAN, Flávia. *Direitos Humanos e o Direito Constitucional Internacional*. 3. ed. atual. São Paulo: Max Limonad, 1997.

PIOVESAN, Flávia. *Temas de direitos humanos*. 4. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

RAMOS, André de Carvalho. Estrutura da cooperação jurídica internacional e o novo Direito Internacional Privado. In: PAGLIARINI, Alexandre Coutinho; CHOUKR, Fauzi Hassan (Coord.). *Cooperação Jurídica Internacional*. Belo Horizonte: Fórum, 2014.

REALE, Miguel. *Fontes e modelos do direito*. São Paulo: Saraiva, 1994.

REALE, Miguel. *Teoria do direito e do estado*. 5 ed. rev. São Paulo: Saraiva, 2000.

SARLET, Ingo Wolfgang. A dignidade da pessoa humana e os direitos fundamentais na Constituição Federal de 1988. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2001, p. 109. Apud. FACHIN, Melina Girardi. *Direitos Humanos e Fundamentais: Do discurso teórico à prática efetiva: um olhar por meio da literatura*. Porto Alegre: Nuria Fabris Ed., 2007.

SARLET, Ingo Wolfgang. A Eficácia do Direito Fundamental à Segurança Jurídica: Dignidade da Pessoa Humana, Direitos Fundamentais e Proibição do Retrocesso Social no Direito Constitucional Brasileiro. In: ROCHA, Cármen Lúcia Antunes (org.) *Constituição e segurança jurídica: direito adquirido, ato jurídico perfeito e coisa julgada*. Estudos em homenagem a José Paulo Sepúlveda Pertence. 2. ed., rev. e ampl. Belo Horizonte: Fórum, 2005.

SCHLOSSER, Peter. Jurisdiction and International Judicial and Administrative Co-operation. In: *Recueil des Cours*, The Hague, Martinus Nijhoff, 2001.

SILVA, José Afonso da. *Curso de direito constitucional positivo*. 38. ed. São Paulo: Malheiros, 2015.

SUNDFELD, Carlos Ari. *Fundamentos do Direito Público*. 5. ed. São Paulo: Melhoramentos. 2009.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

WINCARDT, Rafael Balbinotte. A necessária flexibilização da soberania à proteção internacional dos direitos humanos: em busca de uma administração cooperativa. In: GALLO, William Iván et al. (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 135-147. ISBN 978-85-450-0569-8.

EL DERECHO HUMANO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA: LA IMPORTANCIA DE LA TRANSPARENCIA PARA SU IMPLEMENTACIÓN EN AMÉRICA LATINA

XELHA MONTSERRAT BRITO JAIME

Lo sublime de la administración consiste en saber el propio grado de poder que debe ser ejercido en diferentes ocasiones.

Charles de Montesquieu.

I Introducción

La multicitada frase del jurista y sociólogo francés Maurice Hauriou, “*L’Administration ne doit pas se borner à être correcte et respectueuse de la légalité; elle doit s’efforcer d’être habile*”, a pesar de datar del siglo pasado, cobra hoy cada vez mayor trascendencia. Los cambios de paradigma del derecho administrativo, con el advenimiento de la tecnología y los nuevos problemas que enfrenta el Estado como organización social y política, son vistos por diversos administrativistas como oportunidad para desarrollar doctrina respecto al posicionamiento del ciudadano como la principal razón de ser del derecho.

Por ello, en el presente trabajo, hacemos un esfuerzo por destacar los aspectos más importantes del derecho humano a una buena administración pública, para después, con la justificación del polémico tema del combate a la corrupción, ceñirnos a la transparencia como elemento esencial para el mencionado derecho. En primer término, presentamos una serie de aproximaciones conceptuales de una “buena administración” y añadimos la nuestra, procurando un punto de partida breve desde la ética.

Posteriormente, destacamos dos de los instrumentos jurídicos a nuestro alcance, a partir de los cuales entendemos el derecho humano a una buena administración: la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000 y la Constitución de la Ciudad de México, que entrará en vigor en septiembre de 2018. Aunado a ello, hacemos una breve referencia al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, con el

fin de apoyarnos específicamente del concepto surgido vía jurisprudencial de “calidad” como elemento del derecho en estudio, desde la perspectiva del servicio público.

Para finalizar el apartado, presentamos algunos de los avances doctrinarios más importantes en Latinoamérica, a partir de los cuales es posible afirmar que en diversos sistemas jurídicos de nuestro continente se encuentra ya contemplado este derecho, ya sea por disposición expresa o producto de la interpretación jurídica.

Finalmente, y como hemos advertido, ceñimos la buena administración a la transparencia, con el fin de justificar su importancia en nuestro continente, a raíz de la crisis institucional existente y el advenimiento de escándalos por el combate a la corrupción y el reciente abordaje del gobierno abierto en pro del fortalecimiento y consolidación de los procesos democráticos de nuestras Naciones.

II El Derecho Administrativo del siglo XXI

La vocación organizadora del Estado del derecho administrativo en el siglo XXI ha pasado de ser aquella “domesticadora del poder” a hoy “responsiva”¹ del mismo, pues al día existe un conjunto de normas supranacionales que generan obligaciones jurídicas para los Estados y que los vinculan directamente con los particulares. En específico, nos referimos a los tratados internacionales en materia de derechos humanos que generan responsabilidad internacional y que además son justiciables en tribunales de la misma naturaleza.

El momento histórico del que somos testigos y actores nos hace pensar hoy en un Estado mínimo, producto de la influencia de los sistemas económicos alejados de la conciencia social, pero a la vez garante, como fruto de la necesidad de poner en el centro del Estado a la dignidad humana.²

Asimismo, la relación tradicional de supra subordinación gobernado-gobernante ha cambiado paradigmáticamente, pues el ejercicio horizontal del poder se ha transformado al igual que el Estado contemporáneo. Hoy, las instituciones supranacionales –en nuestro caso, por ejemplo, la Organización de Estados Americanos– resultan elementales para el control interno de los Estados, lo que va integrando a las decisiones de la administración una construcción epistemológica de los derechos humanos en tanto centra su atención en los individuos. Todo esto nos obliga a replantear diversos conceptos desde el derecho administrativo, lo que implicará, prevemos, una serie de reformas constitucionales e incluso convencionales.

¹ OYARZÚN, Santiago Montt. Autonomía y responsividad: dos expresiones de vocación juridificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales. In: DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Manuel (Coord.) et al. *Derecho administrativo y regulación económica: Liber amicorum profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz*. Madrid: La Ley, 2011. Cap. 3. p. 55-80.

² En ese sentido, cabe poner de manifiesto los múltiples tratados internacionales en materia comercial, pues, aunque no es este el foro para desarrollar un balance costo-beneficio respecto a los mismos, consideramos que la intervención de Estados con tendencias liberalizadoras, pugnan cada vez en mayor medida por el fortalecimiento del poder económico, lo que ha generado una serie de consecuencias entre las que destaca el aumento de la desigualdad y la pobreza en nuestras Naciones, por lo que en el presente texto, hacemos énfasis en nuestra exigencia por un Estado al servicio de su población, y no al servicio de intereses económicos en beneficio de unos cuantos. Una crítica sobre la constante intromisión por medio de instrumentos jurídicos es: BARRETO, Viviana. Estado mínimo, mercado máximo. 2018. Resumen Latinoamericano. Disponible em: <<http://www.resumenlatinoamericano.org/2018/04/26/estado-minimo-mercado-maximo/>>. Acceso em: 21 jun. 2018.

Como analiza Montt Oyarzún, “la vocación epistemológica del derecho público en general y del administrativo en particular, es comprender el misterio del poder y su materialización en el Estado contemporáneo”,³ con ello, el tema de una buena administración resulta de importante abordaje al estar ligada a la crisis global del Estado que afirma Bauman.⁴ Además, si tomamos en cuenta que es precisamente la administración pública la que materializa las decisiones gubernamentales y que a su vez son plasmadas en normas jurídicas sistematizadas por las diversas ramas del derecho administrativo, llegamos a un espiral en el que el centro coincide equidistante con el final.

La mencionada pretensión responsiva del derecho administrativo, corresponde a la idea de “luz verde” teorizada por Carol Harlow y Richard Rawlings,⁵ cuando su actividad se enfoca en “el efectivo, apropiado y oportuno diseño y ejecución de las políticas públicas regulatorias y de servicio público”.⁶ En contraste, denominan “luz roja”, a aquellas actividades que derivan del origen del derecho administrativo como garante de los derechos de los ciudadanos, el efectivo ejercicio del Estado de Derecho y el control jurisdiccional concentrado en los tribunales, por mencionar algunas.⁷

Ambas “caras” o facetas del derecho administrativo son imperantes, sin embargo, para nosotros es importante destacar la primera (“luz verde”), pues es a la que nos referiremos a lo largo del presente trabajo y que actualmente está en construcción, dado el momento histórico en el que nos encontramos, pues la búsqueda por el bienestar ha llevado a la humanidad de un polo ideológico a otro, a decir de manera muy escueto, del socialismo al capitalismo y viceversa.

Con fallas y careciendo de la capacidad de dar gusto a todos, el proceso dialéctico nos orilla a pensar en nuevas formas de organizar el Estado. Así, en concordancia con Fernández Ruiz,

“la evolución permanente del [mismo] ha provocado la modificación de la administración pública para hacer congruentes sus funciones con los fines cambiantes del Estado. La creciente actividad estatal en el quehacer socio-económico ha reclamado una administración pública cada vez más compleja”.⁸

Ejemplo de la actividad protectora del Estado a los particulares se vislumbra en las decisiones jurisdiccionales de los tribunales mexicanos. En concreto, la tesis asilada I.18o.A.85 A (10a.) del Décimo Octavo Tribunal Colegiado en materia administrativa del Primer Circuito, determinó que existe una relación intrínseca entre la prestación del servicio público de suministro de energía eléctrica y el goce de los derechos humanos y fundamentales, principalmente la salud, la libertad de comercio, la información, entre otros. Por lo que el “corte de su suministro debe analizarse desde un juicio de

³ *Ibidem. Ídem.*

⁴ BAUMAN, Véase Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crisis*. Barcelona: Paidós, 2016. p. 208.

⁵ HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. *Law and Administration*. 3. ed. New York: Cambridge University Press, 2009. p. 31-50. In: *Op. Cit.* OYARZÚN, Santiago Montt. Autonomía y responsividad.

⁶ *Op. Cit.* OYARZÚN, Santiago Montt. Autonomía y responsividad. p.56.

⁷ *Ibidem. Ídem.* p. 57.

⁸ RUIZ, Jorge Fernandez. *El Estado empresario*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1982. p.271. (Serie de Estudios doctrinales / Instituto de Investigaciones Jurídicas). Prólogo de Ramón Aguirre Velázquez. Disponible em: <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1027-el-estado-empresario>>. Acceso em: 20 jun. 2018.

constitucionalidad estricto por la afectación relevante que puede tener en la esfera jurídica de las personas.”⁹

Esto significa que existe un estrecho vínculo entre la obligación del Estado de proporcionar un servicio público determinado a los particulares, y de no realizarlo, podría incurrir en una vulneración a los derechos humanos de los mismos, al incidir en actividades necesarias para su desarrollo, tal es el caso del acceso al derecho a la salud, a la educación, a la libertad de comercio y a la información, como hemos referido con anterioridad.

III El derecho humano a una buena administración

La concepción contemporánea de los derechos humanos sugiere una conciliación entre los postulados ontológicos relativos al iusnaturalismo y el positivismo jurídico, ya que, por un lado, parte del concepto de dignidad como una noción metafísica inherente a todos los seres humanos por su propia naturaleza, y por otro los materializa a partir de su disposición en normas de derecho positivo, entramando al orden jurídico en su totalidad con un modelo lineal/vertical, en el que la Norma Fundamental orienta al resto de las normas inferiores, de manera que el sistema jurídico sea armónico y, por ende, coherente y funcional.¹⁰

Con la firma de la Carta de las Naciones Unidas (1945) y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948), se abrió camino el desarrollo del Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en virtud del reposicionamiento del “individuo como un auténtico sujeto de derecho”,¹¹ a la par de la adquisición de compromisos internacionales por parte de los Estados frente a los particulares, lo que creó la necesidad de realizar adecuaciones locales en las que se vincularan al orden jurídico tratados internacionales en materia de derechos humanos para, como ya hemos mencionado, ser invocados por los particulares en el ejercicio procesal.

En un sentido –si se nos permite– hasta intuitivo, pensar en definir una buena administración nos lleva a cavilar en el uso eficiente y racional de los recursos, conforme a una gama de necesidades predeterminadas con otras que surgen eventualmente. Es decir, el fin es dar a la hacienda un uso óptimo que a la larga permita la sostenibilidad

⁹ MÉXICO. Décimo Octavo Tribunal Colegiado En Materia Administrativa del Primer Circuito. SERVICIO PÚBLICO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA. SE ENCUENTRA INTERRELACIONADO CON EL EJERCICIO DE DERECHOS HUMANOS, POR LO QUE LA PONDERACIÓN DEL CORTE DEL SUMINISTRO DEBE REALIZARSE A LA LUZ DE UN ESCRUTINIO ESTRICTO. n.º 1.18o.A.85 A (10a.), Libro 54, Tomo III, Tesis Aislada(común). Queja 269/2017. Ponente: María Amparo Hernández Chong Cuy. Semanario Judicial de La Federación. México, 11 maio 2018. Unanimidad de votos. Disponible em: <[¹⁰ RAZ, Joseph. La teoría de Kelsen del sistema jurídico. In: SALMORÁN, Rolando Tamayo y. *El concepto de sistema jurídico*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1986. p.124. Disponible em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/877/10.pdf>>. Acceso em: 21 jun. 2018.](https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=servicio publico&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1649&Epp=20&Desde=100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2016887&Hit=20&IDs=2017214,2017208,2017216,2017245,2017259,2017280,2017279,2017283,2017150,2017148,2017128,2016864,2016891,2016892,2016912,2016857,2017006,2016839,2016849,2016887&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=>. Acceso em: 20 jun. 2018.</p></div><div data-bbox=)

¹¹ ESTRADA ADÁN, Guillermo. El individuo como persona jurídica en el derecho internacional público. In: SERRANO MIGALLÓN, Fernando et al (Coord.). *Ciencia Jurídica y Constitución: Ensayos en Homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán*. México: Porrúa, 2008. p. 9. (Presentación de Ulises Shmill).

del ente administrado, lo que, a su vez, garantice su permanencia o bien, la duración que se pretenda dependiendo el objetivo fijado.

Ese sentido de organización es perfectamente trasladable a la vida social, en la que los roles o funciones de cada miembro de un colectivo cobran trascendencia para proporcionar los satisfactores que cubran las necesidades de un cierto grupo, o bien, del Estado en su totalidad.

En el presente caso, la administración pública presenta ciertas peculiaridades, toda vez que los fines del Estado se ven permeados por las ideologías de quienes gobiernan en un determinado momento y espacio. Así, consideramos apropiado anticipar que, de acuerdo con el gobierno en turno serán las acciones que llevará a cabo para, consecuentemente, resolver fines específicos que se encuentren en la agenda de quienes detentan el poder público. Sin embargo, como explicaremos con posterioridad, la pretensión de continuidad y permanencia de las instituciones es un principio que nos corresponde defender.

A) Aproximaciones al concepto de “buena administración”

Acordar un concepto universal de “buena administración” es difícil cuando a primera vista parece tener una connotación subjetiva, sin embargo, es en las normas jurídicas donde podemos encontrar una serie de características mínimas a partir de las cuales podemos categorizar una conducta y, lo más importante, a partir de las cuales podemos hacerlas exigibles antes las autoridades jurisdiccionales en caso de incumplimiento.

Pocos tratadistas han esbozado una aproximación doctrinaria sobre el concepto de buena administración. DELPIAZZO, por ejemplo, señala que una buena administración es un principio rector y se refiere a

“la adecuada elección de medios y de la oportunidad de ejercicio de las competencias con relación al fin específico que se quiere satisfacer. Se trata de una nota propia de la función administrativa, ya que la misma debe cumplirse de la forma más oportuna y más adecuada para la obtención de los fines objeto de la función pública”.¹²

Por su parte, para Rodríguez-Arana es perfectamente identificable como derecho fundamental, pues el autor español tiene como referencia la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea del año 2000.¹³ De esta manera, alude a ella como aquella “que sirva a la ciudadanía, que realice su trabajo con racionalidad, justificando sus actuaciones y que se oriente continuamente al interés general.”¹⁴

Añade que existen una serie de elementos que deben verificarse para hablar de una buena administración: si se refleja en la conducta ética de los servidores públicos, si desde la participación ciudadana se promueve el ejercicio de la libertad solidaria de las personas; y en tercer lugar, un aspecto que consideramos esencial para su exigibilidad:

¹² DELPIAZZO, Carlos. *Derecho administrativo general*. Montevideo: Amalio M. Fernández, 2011. Volumen I.

¹³ Artículo 41.1. Nos referiremos a él con posterioridad.

¹⁴ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa. *Misión Jurídica*, Bogotá, n. 6, p.23-56, 12 mar. 2014. Anual.

si es definido mediante “un estatuto jurídico en el que encontramos un repertorio de principios, derechos, [y] obligaciones, que caracterizan la posición jurídica central de la persona en sus relaciones con el aparato administrativo.”¹⁵

B) Nuestra aproximación al concepto de “buena administración”

Administrar es, por su etimología, “la acción y efecto de servir u ofrecer algo a otro”.¹⁶ Por su parte, como disciplina, FERNÁNDEZ RUIZ ha definido a la administración pública como “el conjunto de áreas del sector público del Estado que, mediante el ejercicio de la función administrativa, la prestación de los servicios públicos, la ejecución de las obras públicas y la realización de otras actividades socioeconómicas de interés público trata de lograr los fines del Estado.”¹⁷

Ahora bien, añadir el calificativo “bueno” a la administración pública requiere identificar que estamos frente a un problema teórico-ético y no práctico-moral. En este sentido, coincidimos con DELPIAZZO, cuando señala que “la noción de buena administración ofrece un ancho cauce a la mejora de la relación entre la administración y los administrados en el Estado Constitucional de Derecho de nuestros días”,¹⁸ toda vez que la postulación de la administración como “buena”, tiene una trascendencia ética al implicar una calificación objetiva.

Esta precisión resulta importante también para Sánchez Vázquez, pues en la medida que le damos contenido a las “conductas buenas”, nos acercamos a definir un camino, “en el marco del cual, los hombres pueden orientar su conducta”.¹⁹ Por ello, para el presente estudio, consideramos “lo bueno” en su acepción ética, en otras palabras, será calificada como *buena*, aquella conducta que se ciña a prescripciones normativas. *Así, una buena administración pública es aquella que actúa en el marco de la legalidad, respetando la esfera de los derechos de los particulares en la persecución de fines de interés público.*

C) La Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea

Este instrumento del 8 de diciembre de 2000,²⁰ es un importante referente para los tribunales europeos al recoger “un conjunto de derechos personales, civiles, políticos,

¹⁵ Ídem. Ibidem. p.55.

¹⁶ FERNÁNDEZ RUÍZ, María Guadalupe. *Marco jurídico estructural de la administración pública federal mexicana*. México: INAP, 2015. p.78.

¹⁷ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Derecho administrativo y administración pública*. 6. ed. México: Porrúa, 2014.

¹⁸ DELPIAZZO, Carlos E. La buena administración como imperativo ético para administradores y administrados. In: *Revista de Derecho - Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga. Facultad De Derecho*. Uruguay: Universidad Católica del Uruguay- Konrad Adenauer Stiftung, n. 10, dez. 2014. Mensual. Año 9. Disponible em: <<http://revistas.uca.edu.uy/index.php/revistadederecho>>. Acceso em: 21 jun. 2018.

¹⁹ SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. *Ética*. 4. ed. Barcelona: Crítica, 1984.p.20.

²⁰ Cabe precisarse que el Tratado por el que se establece una Constitución para Europa, publicado en el Diario Oficial de la Unión Europea el 16 de diciembre de 2004, “integra la Carta de los Derechos Fundamentales, ya suscrita por los Estados, en el propio texto de la Constitución, lo que le otorga fuerza vinculante. [...] Concretamente: los ciudadanos podrán recurrir al Tribunal de Justicia Europeo para que en la aplicación de las políticas de la Unión se respeten estos derechos. La Unión no quedará así limitada a la mera proclamación de grandes principios.”Parlamento Europeo. *La Constitución Europea*. 2005. Disponible em: <<http://www.europarl.europa.eu/Europe2004/textes/2005-01-10-brochure-constitution-es-v02.pdf>>. Acceso em: 21 jun. 2018.

económicos y sociales de los ciudadanos y residentes de la UE.”²¹ Además, como explica VIÑUALES FERREIRO, es

“el primer texto escrito en que se recoge expresamente el derecho a una buena administración; sin embargo, ni tal derecho ni los derechos proclamados en su artículo 41 constituyen una novedad en el ámbito jurisprudencial de la Unión Europea pues el Tribunal había comenzado su labor mucho tiempo atrás, recurriendo al principio de buena administración en la fundamentación de sus sentencias.”²²

Sin embargo, consideramos pertinente precisar que, aunque el contenido del artículo en comento enuncia una serie de garantías, tales como las formalidades esenciales del procedimiento, la obligación de reparar por daños causados por agentes estatales y el acceso a la justicia en el idioma en que se promueve,²³ su importancia radica en la positivización de una serie de principios que anteriormente recogía la jurisprudencia, lo que proporciona a los particulares derechos específicamente aplicables al procedimiento administrativo, además de otro cúmulo de estos que son adaptables a los servicios públicos. En este sentido, Rodríguez-Arana nos brinda una lista de por lo menos treinta y un derechos subjetivos que involucra la buena administración, entre los que destacan los siguientes:

- “1. derecho a la motivación de las actuaciones administrativas [...]
2. derecho a la tutela administrativa efectiva [...]
7. derecho a no presentar documentos que ya obren en poder de la administración pública;
8. derecho a ser oído siempre antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente [...]
10. derecho a una indemnización justa en los casos de lesiones de bienes o derechos como consecuencia del funcionamiento de los servicios de responsabilidad pública;
11. derecho a servicios públicos y de interés de general de calidad [...]
13. derecho a opinar sobre el funcionamiento de los servicios de responsabilidad administrativa [...]
17. derecho a interponer recursos ante la autoridad judicial sin necesidad de agotar la vía administrativa previa, de acuerdo con lo establecido en las leyes;
18. derecho a conocer las evaluaciones de los entes públicos y a proponer medidas para su mejora permanente [...]
21. derecho de acceso a la información de interés general;
23. derecho a ser informado y asesorado en asuntos de interés general [...]

²¹ EUR-LEX. Charter (2012). *Charter Of Fundamental Rights Of The European Union*. Europe: Official Journal Of The European Union, 26 out. 2012. Disponible em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>>. Acceso em: 21 jun. 2018.

²² VIÑUALES FERREIRO, Susana. La constitucionalización del derecho a una buena administración en la Unión Europea: ¿Nuevas garantías para la protección de los derechos en el procedimiento administrativo? *Revista de Derecho de La Unión Europea*, Madrid, n. 28, p.321-340, jan-jun. 2015. Semestral. Disponible em: <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:REDUE-2014-2015-27-28-7150/Documento.pdf>>. Acceso em: 21 jun. 2018.

²³ seguimiento a la cita 20, véase también el Artículo II-101 del Tratado por el que se establece una Constitución para Europa. EUROPA. Tratado (2004). Tratado nº DO C 310, de 29 de outubro de 2004. *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*. Roma, 16 dez. 2004. Disponible em: <https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_es.pdf>. Acceso em: 21 jun. 2018.

27. derecho a ser notificado por escrito o a través de las nuevas tecnologías de las resoluciones que les afecten en el más breve plazo de tiempo posible, que no excederá de los cinco días;
28. derecho a participar en asociaciones o instituciones de usuarios de servicios públicos o de interés general [...]
30. derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades del personal al servicio de la administración pública y de los particulares que cumplan funciones administrativas;
31. derecho a recibir atención especial y preferente si se trata de personas [...] en estado de indefensión o de debilidad manifiesta.”²⁴

D) El derecho a una buena administración pública en la Constitución Política de la Ciudad de México

La Constitución de la Ciudad de México, expedida por decreto el 5 de febrero del 2017 y a la espera de su entrada en vigor el 17 de septiembre de 2018,²⁵ es también una importante referencia para el presente estudio, ya que el catálogo de derechos humanos que presenta nos es útil para explicar el contenido que buscamos dotar al derecho a una buena administración pública en su incorporación al catálogo de derechos humanos en México y Latinoamérica.

Ubicado en el capítulo II “De los derechos humanos”, el inciso A del artículo 7 se intitula “derecho a la buena administración pública”. En el párrafo 1 enuncia las características que debe tener: receptiva, eficaz y eficiente. Posteriormente determina uno de los derechos que componen el derecho humano a una buena administración: el derecho “a recibir los servicios públicos de conformidad con los principios de generalidad, uniformidad, regularidad, continuidad, calidad y uso de las tecnologías de la información y la comunicación”.²⁶

La receptividad consiste en el cumplimiento de cuatro criterios esenciales desde la perspectiva de los usuarios: 1) que comprendan el sistema administrativo; 2) que la actividad responda a sus necesidades; 3) que el servicio público sea accesible; y 4) que fomente la participación de los usuarios.²⁷

En cuanto a la eficacia, también desde el punto de vista del usuario, tiene que ver con las siguientes circunstancias: “1) el momento de su aplicación; 2) la forma de ejecución y percepción de los derechos que tiene el ciudadano a la hora de ejercerlos en la práctica; 3) la comprensión de los procesos; 4) la rapidez; 5) el coste; y 6) la calidad”.²⁸

²⁴ *Op. Cit.* RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. La buena administración como principio. Pp.52-55.

²⁵ Excepto en materia electoral, como señala el artículo primero transitorio: “La Constitución Política de la Ciudad de México entrará en vigor el 17 de septiembre de 2018, excepto por lo que hace a la materia electoral, que estará vigente a partir del día siguiente al de su publicación, y a los supuestos expresamente establecidos en los artículos transitorios siguientes.” MÉXICO. Constituição (2017). *Constitución Política de La Ciudad de México*. Gaceta Oficial de la Ciudad de México, CIUDAD DE MÉXICO, 5 feb. 2017. Vigésima época. Disponible em: <<http://www.cdmx.gob.mx/storage/app/uploads/public/59a/588/5d9/59a5885d9b2c7133832865.pdf>>. Acceso em: 21 jun. 2018.

²⁶ *Ibidem. Ídem.* art. 7.

²⁷ Cada uno de estos elementos requiere ser explicado ampliamente, sin embargo, por razones de espacio, nos ceñiremos a solo enunciarlos. GONZÁLEZ BARROSO, Fernando. Documentación sobre gerencia pública: Subgrupo A1, Cuerpo Superior. Especialidad de administración General, de la administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Disponible em: <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C532A8392C3358AC05257BCA000BC9DD/\\$FILE/get_file.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C532A8392C3358AC05257BCA000BC9DD/$FILE/get_file.pdf)>. Acceso em: 22 jun. 2018.

²⁸ *Ibidem. Ídem.* pp. 11 y 12.

Mucho se habla de la (in)eficiencia de la administración pública, pero, jurídicamente nos encontramos con el problema de distinguir si es diferente al concepto de eficacia o si se trata de un sinónimo. Para efectos del presente artículo, la eficiencia se trata de un término económico, relacionado al análisis económico del derecho de Vilfredo Pareto, de manera que las decisiones sociales se pueden reducir en la operación siguiente: “una decisión social es óptima [eficiente] si no existe otra situación diferente que se prefiera unánimemente”.²⁹

Por su parte, las características del servicio público ya han sido acogidas por la doctrina, específicamente los principios de generalidad, uniformidad, regularidad y continuidad. Sin embargo, consideramos es de destacarse el tema de la calidad y el uso de las tecnologías de la información y la comunicación, aspectos que aún no han sido incorporados a la teoría del servicio público, para lo cual, nos referiremos a lo dicho por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

E) Breve referencia al Sistema Interamericano de Derechos Humanos

En el apartado anterior hizo falta referirnos a la calidad como elemento esencial del derecho humano a una buena administración. Sin embargo, consideramos apropiado abordarlo en este espacio, pues nos resulta esencial tomar en cuenta postulados construidos a partir de la realidad latinoamericana, puesto que, por razones que el lector puede obviar, es distinta a la europea. Para ello presentamos los dos siguientes ejemplos:

1) La Observación General No. 15 del Comité DESC sobre el derecho al agua contemplado en los artículos 11 y 12 del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en el que advertimos que tiene una estrecha relación con la satisfacción adecuada de necesidades. Dicho documento señala que es de *calidad* “el agua necesaria para cada uso personal o doméstico [...] salubre, [es decir, sin] microorganismos o sustancias químicas o radiactivas que puedan constituir una amenaza para la salud de las personas.”³⁰

2) En el Caso González Lluy vs. Ecuador, la Corte Interamericana de Derechos Humanos determina la responsabilidad internacional de Ecuador por no haber cumplido con las obligaciones generales del artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, principalmente con relación a “crear entornos seguros, especialmente a las niñas, ampliando servicios de *buena calidad* que ofrezcan información, educación sobre salud y asesoramiento de forma apropiada”.³¹ En ese sentido, la Corte destaca que “la calidad de la salud no solo es una calidad técnica, sino que debe ser también una

²⁹ CALSAMIGILIA BLANCAFORT, Albert. Eficiencia y Derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, [s.l.], n. 04, p.267-287, 1987. Universidad de Alicante Servicio de Publicaciones. <http://dx.doi.org/10.14198/doxa1987.4.17>. Disponible em: <<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10913>>. Acceso em: 21 jun. 2018.

³⁰ ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 15, párr. 12 (b). In: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 2015: Acceso al agua en las américas, una aproximación al derecho humano al agua en el sistema interamericano*, p. 486. Disponible em: <<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/InformeAnual2015-cap4A-agua-ES.pdf>>. Acceso em: 21 jun. 2018.

³¹ OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González Lluy y Otros Vs. Ecuador, Medidas Provisionales Respecto de La República del Ecuador. Relator: Presidente Juez Humberto Antonio Sierra Porto. San José, 2 de setembre de 2015. *Resolución de La Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de Septiembre de 2015*. Costa Rica. Párrafo 27. Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/Lluy_se_01.pdf>. Acceso em: 21 jun. 2018.

calidad en la percepción de los usuarios, lo cual incluye las condiciones materiales, psicológicas, administrativas y éticas bajo las cuales las acciones de la calidad técnica se desarrollan.”³²

Esto último, consideramos, constituye parte medular del derecho humano a una buena administración pública, en la actividad que desempeña como prestadora de servicios públicos, pues engloba en una sola característica (la calidad), las condiciones en las que la actividad estatal se debe centrar, es decir, en atención a si los recursos técnicos van conforme a los materiales, tanto psicológicos y administrativos, como, por supuesto, éticos. Además, en concordancia con la Observación General No. 15 del Comité DESC, tiene que cumplir con la satisfacción de necesidades mínimas, pese al importante problema que podemos advertir si colisiona con el principio de percepción de los usuarios, lo cual tienen relación con la receptividad, eficacia y eficiencia previamente mencionadas.

F) Avances doctrinarios en Latinoamérica respecto al derecho humano a una buena administración

En un importante ejercicio de recopilación, Linazasoro Espinoza realiza un estudio en el que busca dar sustento a los avances normativos y jurisprudenciales para hablar de un derecho humano a una buena administración en Chile, por lo que parte del concepto de interés general para dar contenido a los preceptos constitucionales que regulan la administración pública, a pesar de no estar ahí reconocido expresamente.

Para ella, es el cuarto párrafo del primer artículo de la constitución chilena el que

“pone los intereses generales como objetivo y fin de la actividad estatal y el bien común como el paradigma a lo cual todo debe propender. Pero esta norma no puede ser tomada como un mero principio, cobra especial relevancia a la hora de evaluar y controlar la actividad administrativa.”^{33 34}

Para el derecho mexicano, es de destacarse a FERNÁNDEZ RUIZ, quien hace una importante distinción entre los derechos humanos connaturales y *lato sensu*. Esta distinción sirve para categorizar el derecho humano a una buena administración, pues, siguiendo los criterios del mismo autor, dicho derecho “requiere de la satisfacción previa de ciertos requisitos, que pueden referirse a edad, [...] calidad migratoria determinada

³² *Ibidem*. Ídem. párrafo 27.

³³ ESPINOZA, Izaskun Linazasoro. *El derecho a una buena administración pública: Cambios de paradigmas en el Derecho Administrativo chileno: de las potestades y privilegios a los derechos de los ciudadanos*. 2017. 77 f. Tese (Bacharel) - Curso de Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Público, Universidad de Chile, Santiago, 2017. p.31.

³⁴ Cuarto párrafo del artículo primero de la Constitución Política de la República de Chile dice: El Estado está al servicio de la persona humana y su finalidad es promover el bien común, para lo cual debe contribuir a crear las condiciones sociales que permitan a todos y a cada uno de los integrantes de la comunidad nacional su mayor realización espiritual y material posible, con pleno respeto a los derechos y garantías que esta Constitución establece. CHILE. Congresso. Câmara dos Deputados. Constituição (1980). *Constitución Política de La República de Chile*. Santiago, MINISTERIO DEL INTERIOR: Diario Oficial, 24 out. 1980. Disponível em: <https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf>. Acesso em: 22 jun. 2018.

o ciudadanía”,³⁵ a diferencia de los connaturales, que son inherentes a la persona por su condición humana, tales como la vida, la igualdad, la seguridad, etcétera.³⁶

Por su parte, en lo que respecta a la doctrina uruguaya, como apoyo a nuestra tesis que sostiene que el concepto de buena administración tiene una carga ética, DELPIAZZO lo analiza como imperativo ético y como principio general del derecho, por ende, regla con plena fuerza jurídica.³⁷ Que implica “tanto la correcta determinación de fines como la adecuada selección de medios para alcanzarlos.”³⁸, añade que se trata de “algo más que respetar el principio de legalidad”,³⁹ pues “constituye un paso decisivo en orden a garantizar unos mínimos democráticos en el ejercicio del poder”.⁴⁰

Rotondo ciñe su estudio al interés general, lo que abona una importante característica desde la perspectiva procedimental, al afirmar que este “legitima el ejercicio de la autoridad estatal y el despliegue de su poder público para el cumplimiento de los deberes que el ordenamiento jurídico le asigna, en relación con las materias o actividades que establece (principio de especialidad).”⁴¹

Asimismo, aporta un argumento que no debemos olvidar, y es que

“ninguna institución estatal se rige por el principio de libertad, al contrario, se halla en situación de deber. Este se da, también, en cuanto a que realice una “buena administración”, una “administración eficiente”, en términos de la Constitución [uruguaya], arts. 60⁴² y 311 inciso 2º.⁴³”⁴⁴

A la par, es de destacarse que en el Uruguay, la Ley 17.060 del 23 de diciembre de 1998, art. 20⁴⁵ y decreto 30/003 sobre Normas de Conducta en la Función Pública,

³⁵ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Los derechos humanos frente a la administración pública. *Revista Jurídica Jalisciense*, Guadalajara, a. XXIV, n. 50, p.13-40, jan. 2014. Enero-junio. Universidad de Guadalajara. Disponible em: <http://148.202.18.157/sitios/publicacionesite/ppperiod/jurjal/jurjal50/jurjal50_2.pdf>. Acceso em: 22 jun. 2018.

³⁶ *Ibidem*. Ídem. p.37.

³⁷ DELPIAZZO, Carlos E. La buena administración como imperativo ético para administradores y administrados. *Revista de Derecho*, [S.l.], n. 10, p. 41-57, jan. 2016. ISSN 2393-6193. Disponible em: <<https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/736>>. Acceso em: 23 jun. 2018. DOI: <<https://doi.org/10.22235/rd.v0i10.736>>.

³⁸ MARTÍNEZ DURÁN, Augusto. La buena administración. *Estudios de Derecho Administrativo*: La Ley, Montevideo, n. 1, p.176-190, jan. 2010. In: DELPIAZZO, Carlos E. La buena administración como imperativo ético.

³⁹ *Op. Cit.* DELPIAZZO, Carlos E. La buena administración como imperativo ético. p.46.

⁴⁰ RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime. El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas. *Anuario de Derecho Administrativo*: F.C.U., Montevideo, tomo XV, p.114, 2008. In: DELPIAZZO, Carlos E. La buena administración como imperativo ético.

⁴¹ ROTONDO, Felipe. Derechos fundamentales y derecho administrativo. *Revista de Derecho Público*, Montevideo, n. 47, p. 87-102, jun. 2015. Semestral. Año 24. Disponible em: <<http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/47/archivos/Rotondo47.pdf>>. Acceso em: 22 jun. 2018.

⁴² Determina su primer párrafo la creación por ley del “Servicio Civil de la Administración Central, Entes Autónomos y Servicios Descentralizados, que tendrá los cometidos que ésta establezca para asegurar una *administración eficiente*.” REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. *Constituição* (1967). Constitución 1967 con las modificaciones plebiscitadas el 26 de noviembre de 1989, el 26 de noviembre de 1994, el 8 de diciembre de 1996 y el 31 de octubre de 2004. Montevideo: Parlamento del Uruguay, Disponible em: <<https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>>. Acceso em: 22 jun. 2018.

⁴³ Enunciando la buena administración como principio en relación con los actos de administración nulos, dice: Cuando la decisión declare la nulidad del acto en interés de la regla de derecho o de la buena administración, producirá efectos generales y absolutos. Ídem.

⁴⁴ *Op. Cit.* ROTONDO, Felipe. Derechos fundamentales y derecho administrativo.

⁴⁵ URUGUAY. Ley nº 17.060, de 23 de dezembro de 1998. *Ley Nº 17.060 Dictanse Normas Referidas Al Uso Indebidamente del Poder Público (corrupción)*. Montevideo, 08 jan. 1999. Disponible em: <http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ury_ley17060-1.pdf>. Acceso em: 22 jun. 2018.

art. 9º, establecen que el interés público también se expresa por “la buena fe en el ejercicio del poder, la imparcialidad de las decisiones, el desempeño de las atribuciones y obligaciones funcionales, la rectitud de su ejercicio y la idónea administración de los recursos públicos”,⁴⁶ lo que representa un importante avance en la positivización de este derecho.

IV La transparencia como elemento de una buena administración pública

El tema de la corrupción es quizás el más polémico en lo que se refiere al Estado del siglo XXI. La ciudadanía, como dice PONCE SOLÉ

“cada vez tolera menos la mala administración negligente, que conlleva gastos públicos ineficientes e ineficaces, y la mala administración dolosa, que supone utilizar las potestades (en la contratación, en el urbanismo, etc.) para el beneficio privado, bien sea de la autoridad pública misma que la ejerce, bien sea de un tercero. Todo ello en detrimento de derechos sociales y económicos básicos para la ciudadanía”

Por ello, *contrario sensu*, una buena administración pública presupone como elemento fundamental la transparencia, pues es esta la que en sí misma dota de valor al derecho de los particulares a reclamar “una Administración que cuente con el personal adecuado, al servicio de los habitantes y que actúe de acuerdo con las reglas de la ética pública.”⁴⁷

En otras palabras, la obligación de respeto a los derechos y libertades de los particulares cobra relevancia, pues su violación es precisamente la raíz de un sistema político fallido donde el binomio corrupción-impunidad se impone sobre la legalidad y la ética.

La calificación que *Transparency international* arrojó en el Índice de Percepción de la Corrupción de 2016 fue de 44 de 100 para nuestro continente. Cabe mencionar que, de acuerdo con los mismos parámetros, cualquier cantidad inferior a 50 indica que los gobiernos “no están haciendo frente a la corrupción”.⁴⁸ A la inversa, en el listado de países de más transparentes a los menos transparentes del 2017, Chile ocupa el lugar 26 de un total de 180, España el 42, Argentina el 85; según el mismo estudio, Brasil, Colombia y Perú comparten el 96, Ecuador el 117, México el 135 y a Venezuela lo coronan con el 169 de 180.⁴⁹

En apoyo a las cifras, la periodista de la misma organización JESSICA EBRARD ha comentado lo siguiente refiriéndose a las calificaciones de transparencia obtenidas por los estudios del año 2017:

⁴⁶ *Op. Cit.* ROTONDO, Felipe. Derechos fundamentales y derecho administrativo. Nota al pie 10.

⁴⁷ *Op. Cit.* DELPIAZZO, Carlos E. La buena administración como imperativo ético. p.48.

⁴⁸ Traducción libre de: EBRARD, Jessica. Americas: sometimes bad news is good news. *Transparency International: Surveys*. [s. L.], 25 jan. 2017. p. 01-02. Disponible en: <https://www.transparency.org/news/feature/americas_sometimes_bad_news_is_good_news>. Acceso en: 22 jun. 2018.

⁴⁹ INTERNATIONAL, Transparency. *Corruption Perceptions Index 2017*. 21 fev. 2018. Disponible en: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017>. Acceso en: 22 jun. 2018.

“Venezuela, with a score of 17, is the lowest scorer in the region. Last year saw hundreds of thousands of citizens protesting against the government. In Mexico, while the government tries to clean the country’s image through a series of reforms, corruption scandals continue to escalate and the President’s approval rating is at its lowest ever.”⁵⁰

La relación que *Transparency international* encuentra con respecto al avance en el combate a la corrupción y la emisión de legislación para la misma es estrecha, tal y como lo ejemplifica con Chile al encontrarse en un peldaño más favorecedor en comparación con los demás países enunciados, gracias a las leyes en materia de conflicto de intereses en el sector público emitidas y/o reformadas en el año 2016,⁵¹ algunas de ellas mencionadas con anterioridad.⁵²

Así, coincidimos con que, en tanto pública, la administración no puede ser menos que transparente. Pese a ello, el concepto de “discrecionalidad” de la administración es utilizado continuamente para dar contenido a temas como la seguridad nacional,⁵³ e incluso el mismo interés público que representa un arma de dos filos en la práctica.

Sin embargo, seguros estamos que “discrecionalidad” no debe ser sinónimo de libertad –como hemos referido anteriormente–⁵⁴ sino de un margen de acción perfectamente bien delimitado, dentro del cual la administración puede actuar. Se trata así de “orientaciones normativas de la acción administrativa” que van más allá de la mera legalidad y aspiran a la justicia”.⁵⁵ Y añade a modo de ejemplificación Ponce Solé: “como las ofrecidas por la proporcionalidad, la buena administración, la igualdad, la seguridad jurídica o la protección de la confianza legítima.”⁵⁶

Por otra parte, es menester mencionar que el concepto de transparencia va de la mano con el de “gobierno abierto”, lo que implica la democratización de las decisiones, llevándonos de mano a un deber ser en el que los particulares participamos activamente en la agenda pública, deliberando sobre asuntos que inciden en las decisiones más importantes de nuestras Naciones y construyendo instituciones democráticas en beneficio de la colectividad.⁵⁷

⁵⁰ “Venezuela, con un puntaje de 17, es el anotador más bajo en la región. El año pasado, cientos de miles de ciudadanos protestaron contra el gobierno. En México, mientras el gobierno trata de limpiar la imagen del país a través de una serie de reformas, los escándalos de corrupción continúan aumentando y la calificación de aprobación del Presidente es la más baja de la historia.” Traducción libre. Op. Cit. EBRARD, Jessica. *Americas: sometimes bad news is good news*.

⁵¹ En concreto, la Ley de probidad de septiembre de 2015 y publicada en 2016.

⁵² Supra. 45 y 46.

⁵³ En México, la Ley de Seguridad Nacional la define como “las acciones destinadas de manera inmediata y directa a mantener la integridad, estabilidad y permanencia del Estado mexicano que conlleven a: proteger al país frente a riesgos y amenazas; preservar la soberanía, independencia, territorio y la unidad de la federación; mantener el orden constitucional y fortalecer las instituciones democráticas de gobierno; defender al país frente a otros Estados o sujetos de derecho internacional; preservar el régimen democrático fundado en el desarrollo social, económico y político.” MÉXICO. Congreso. Cámara dos Diputados. 31 de janeiro de 2005. *Ley de Seguridad Nacional*. [S. l.]: Diario Oficial, 31 jan. 2005. Última reforma publicada el 26 de diciembre de 2005. Disponible em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lsn.htm>>. Acceso em: 22 jun. 2018.

⁵⁴ Supra. 44

⁵⁵ ASSMANN, Schmidt. *Teoría general del derecho administrativo como sistema*. MarcialPons: 2003, p.347 y ss. In: ROTONDO, Felipe. *Derechos fundamentales y derecho administrativo*. p.226.

⁵⁶ Ídem.

⁵⁷ Para profundizar, véase NASER, Alejandra *et al.* (ed). *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*. Santiago: Cepal, 2017. (Nº 144). Disponible em: <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4686-desde-el-gobierno-abierto-al-estado-abierto-en-america-latina-y-el-caribe>>. Acceso em: 22 jun. 2018.

Así, desde el aspecto político, y como hemos advertido anteriormente en defensa de las instituciones,

“la revisión del modelo institucional busca la viabilidad de una determinada institución. No sólo la viabilidad política del momento, sino una permanencia importante en el tiempo. En tal virtud, debemos estar conscientes de que el diseño que buscamos debe cumplir con el doble propósito de ser políticamente aceptable y de ser eficaz y proporcionar en forma tangible los frutos que esperamos.”⁵⁸

V Conclusión

A todo esto, podemos concluir que las normas constitucionales y convencionales latinoamericanas no carecen, en general, de herramientas para inducir a la interpretación en defensa del derecho humano a una buena administración para los particulares, sin embargo, en concordancia con Delpiazzo, la importancia de pugnar por nuevas categorías de derechos que engloben un conjunto de garantías, “tiene la virtud de resumir la formulación de un nuevo modo de concebir la relación de la administración con los habitantes y de incluir nuevas proyecciones según los tiempos y lugares.”⁵⁹

Además, como hemos referido constantemente, la realidad actual del Estado y la participación de los particulares en el mismo, ha cambiado la forma de construir el derecho, de modo que su posición como los “dueños” del derecho a una buena administración, es indudable y se aprecia desde diversos ámbitos, no solo desde los servicios públicos sino, en general, el Estado se ha convertido en el agente obligado a *garantizar los derechos fundamentales*.⁶⁰

En este texto, hemos realizado un esfuerzo por ofrecer una percepción más amplia del combate a la corrupción desde la transparencia, la cual consideramos es un elemento del derecho humano a una buena administración, lo que legitima a los particulares a exigir una limpia rendición de cuentas a los servidores públicos y, con ello, los hace actores en la vida pública de su respectivo país. La finalidad es que no quede en una abstracción no exigible –o difícil de hacerse exigible– por derivar de un proceso interpretativo, sino inducir a su incorporación en las legislaciones nacionales (en las constituciones latinoamericanas) e internacionales (en el Pacto de San José) para ser efectivamente reivindicatorio, primero como medida preventiva y después como medida correctiva en sede administrativa y jurisdiccional.

⁵⁸ SARTORI, Giovanni. *Ingeniería constitucional comparada, una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000. p.211.

⁵⁹ DELPIAZZO, Carlos E. La buena administración como imperativo ético. p.46.

⁶⁰ RODRÍGUEZ-ARANA MUÑOZ, Jaime. El derecho fundamental a la buena administración y centralidad del ciudadano en el derecho administrativo. In: CONGRESO, 2016, México. *El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de las instituciones públicas*. p.11 y 12. Disponible en: <http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci_vmدا/ponecias/JaimeRodriguezArana.pdf>. Acceso en: 22 jun. 2018.

Referencias

- ASSMANN, Schmidt. *Teoría general del derecho administrativo como sistema*. Marcial Pons: 2003.
- BARRETO, Viviana. *Estado mínimo, mercado máximo*. 2018. Resumen Latinoamericano. Disponible em: <<http://www.resumenlatinoamericano.org/2018/04/26/estado-minimo-mercado-maximo/>>. Acceso em: 21 jun. 2018.
- BAUMAN, Zygmunt; BORDONI, Carlo. *Estado de crisis*. Barcelona: Paidós, 2016.
- CALSAMIGLIA BLANCAFORT, Albert. Eficiencia y Derecho. *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, [s.l.], n. 04, 1987. Universidad de Alicante Servicio de Publicaciones. <http://dx.doi.org/10.14198/doxa1987.4.17>. Disponible em: <<http://rua.ua.es/dspace/handle/10045/10913>>. Acceso em: 21 jun. 2018.
- CHILE. Congreso. Cámara dos Deputados. Constituição (1980). *Constitución Política de La República de Chile*. Santiago, MINISTERIO DEL INTERIOR: Diario Oficial, 24 out. 1980. Disponible em: <https://www.camara.cl/camara/media/docs/constitucion_politica.pdf>. Acceso em: 22 jun. 2018.
- DELPIAZZO, Carlos E. La buena administración como imperativo ético para administradores y administrados. *Revista de Derecho*, [S.I.], n. 10, jan. 2016. Disponible em: <<https://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho/article/view/736>>. Acceso em: 23 jun. 2018. DOI: <<https://doi.org/10.22235/rd.v0i10.736>>.
- _____ La buena administración como imperativo ético para administradores y administrados. In: *Revista de Derecho - Universidad Católica Dámaso A. Larrañaga. Facultad De Derecho*. Uruguay: Universidad Católica del Uruguay- Konrad Adenauer Stiftung, n. 10, dez. 2014. Mensual. Año 9. Disponible em: <<http://revistas.ucu.edu.uy/index.php/revistadederecho>>. Acceso em: 21 jun. 2018.
- DELPIAZZO, Carlos. *Derecho administrativo general*. Montevideo: Amalio M. Fernández, 2011. Volumen I.
- EBRARD, Jessica. Americas: sometimes bad news is good news. *Transparency International: Surveys*. [s. L.], 25 jan. 2017. p. 01-02. Disponible em: <https://www.transparency.org/news/feature/americas_sometimes_bad_news_is_good_news>. Acceso em: 22 jun. 2018.
- ESPINOZA, Izaskun Linazasoro. *El derecho a una buena administración pública: Cambios de paradigmas en el Derecho Administrativo chileno: de las potestades y privilegios a los derechos de los ciudadanos*. 2017. 77 f. Tese (Bacharel) - Curso de Ciencias Jurídicas y Sociales, Facultad de Derecho. Departamento de Derecho Público, Universidad de Chile, Santiago, 2017.
- ESTRADA ADÁN, Guillermo. El individuo como persona jurídica en el derecho internacional público. In: SERRANO MIGALLÓN, Fernando et al (Coord.). *Ciencia Jurídica y Constitución: Ensayos en Homenaje a Rolando Tamayo y Salmorán*. México: Porrúa, 2008. (Presentación de Ulises Shmill).
- EUR-LEX. Charter (2012). *Charter Of Fundamental Rights Of The European Union*. Europe: Official Journal Of The European Union, 26 out. 2012. Disponible em: <<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=CELEX:12012P/TXT>>. Acceso em: 21 jun. 2018.
- EUROPA. Tratado (2004). Tratado nº DO C 310, de 29 de outubro de 2004. *Tratado por el que se establece una Constitución para Europa*. Roma, 16 dez. 2004. Disponible em: <https://europa.eu/european-union/sites/europaeu/files/docs/body/treaty_establishing_a_constitution_for_europe_es.pdf>. Acceso em: 21 jun. 2018.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Derecho administrativo y administración pública*. 6. ed. México: Porrúa, 2014.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Los derechos humanos frente a la administración pública. *Revista Jurídica Jalisciense*, Guadalajara, a. XXIV, n. 50, jan. 2014. Enero-junio. Universidad de Guadalajara. Disponible em: <http://148.202.18.157/sitios/publicacionesite/ppperiod/jurjal/jurjal50/jurjal50_2.pdf>. Acceso em: 22 jun. 2018.
- FERNANDEZ RUIZ, Jorge. *El Estado empresario*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1982. p.271. (Serie de Estudios doctrinales / Instituto de Investigaciones Jurídicas). Prólogo de Ramón Aguirre Velázquez. Disponible em: <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/1027-el-estado-empresario>>. Acceso em: 20 jun. 2018.
- FERNÁNDEZ RUÍZ, María Guadalupe. *Marco jurídico estructural de la administración pública federal mexicana*. México: INAP, 2015.
- GONZÁLEZ BARROSO, Fernando. Documentación sobre gerencia pública: Subgrupo A1, Cuerpo Superior. Especialidad de administración General, de la administración de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Disponible em: <[http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C532A8392C3358AC05257BCA000BC9DD/\\$FILE/get_file.pdf](http://www2.congreso.gob.pe/sicr/cendocbib/con4_uibd.nsf/C532A8392C3358AC05257BCA000BC9DD/$FILE/get_file.pdf)>. Acceso em: 22 jun. 2018.

HARLOW, Carol; RAWLINGS, Richard. *Law and Administration*. 3. ed. New York: Cambridge University Press, 2009.

INTERNATIONAL, Transparency. *Corruption Perceptions Index 2017*. 21 fev. 2018. Disponível em: <https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017>. Acesso em: 22 jun. 2018.

MARTÍNEZ DURÁN, Augusto. La buena administración. *Estudios de Derecho Administrativo*: La Ley, Montevideo, n. 1, jan. 2010.

MÉXICO. Congreso. Cámara dos Deputados. 31 de janeiro de 2005. *Ley de Seguridad Nacional*. [S. l.]: Diario Oficial, 31 jan. 2005. Última reforma publicada el 26 de diciembre de 2005. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/lsn.htm>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

MÉXICO. Constituição (2017). *Constitución Política de La Ciudad de México*. Gaceta Oficial de la Ciudad de México, CIUDAD DE MÉXICO, 5 fev. 2017. Vigésima época. Disponível em: <<http://www.cdmx.gob.mx/storage/app/uploads/public/59a/588/5d9/59a5885d9b2c7133832865.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

MÉXICO. Décimo Octavo Tribunal Colegiado En Materia Administrativa del Primer Circuito. SERVICIO PÚBLICO DE SUMINISTRO DE ENERGÍA ELÉCTRICA. SE ENCUENTRA INTERRELACIONADO CON EL EJERCICIO DE DERECHOS HUMANOS, POR LO QUE LA PONDERACIÓN DEL CORTE DEL SUMINISTRO DEBE REALIZARSE A LA LUZ DE UN ESCRUTINIO ESTRICTO. n° I.18o.A.85 A (10a.), Libro 54, Tomo III, Tesis Aislada (común). Queja 269/2017. Ponente: María Amparo Hernández Chong Cuy. *Semanario Judicial de La Federación*. México, 11 maio 2018. Unanimidad de votos. Disponível em: <[NASER, Alejandra et al. \(ed\). *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*. Santiago: Cepal, 2017. \(N° 144\). Disponível em: <<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/4686-desde-el-gobierno-abierto-al-estado-abierto-en-america-latina-y-el-caribe>>. Acesso em: 22 jun. 2018.](https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apendice=1000000000000&Expresion=servicio publico&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=1649&Epp=20&Des de=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2016887&Hit=20&IDs=2017214,2017208,2017216,2017245,2017259,2017280,2017279,2017283,2017150,2017148,2017128,2016864,2016891,2016892,2016912,2016857,2017006,2016839,2016849,2016887&tipoTesis=&Semanario=0&tabla=&Referencia=&Tema=>. Acesso em: 20 jun. 2018.</p></div><div data-bbox=)

OEA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso González Lluy y Otros Vs. Ecuador, Medidas Provisionales Respecto de La República del Ecuador. Relator: Presidente Juez Humberto Antonio Sierra Porto. San José, 2 de setembro de 2015. *Resolución de La Corte Interamericana de Derechos Humanos de 2 de Septiembre de 2015*. Costa Rica. Disponível em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/Lluy_se_01.pdf>. Acesso em: 21 jun. 2018.

ONU, Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General No. 15, párr. 12 (b). In: Comisión Interamericana de Derechos Humanos, *Informe anual 2015: Acceso al agua en las américas, una aproximación al derecho humano al agua en el sistema interamericano*. Disponível em: <<http://www.oas.org/es/cidh/docs/anual/2015/doc-es/InformeAnual2015-cap4A-agua-ES.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

OYARZÚN, Santiago Montt. Autonomía y responsividad: dos expresiones de vocación jurificadora del Derecho Administrativo y sus principios fundamentales. In: DE LA CUÉTARA MARTÍNEZ, Juan Manuel (Coord.) et al. *Derecho administrativo y regulación económica*: Liber amicorum profesor Doctor Gaspar Ariño Ortiz. Madrid: La Ley, 2011. Cap. 3.

Parlamento Europeo. *La Constitución Europea*. 2005. Disponível em: <<http://www.europarl.europa.eu/Europe2004/textes/2005-01-10-brochure-constitution-es-v02.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

RAZ, Joseph. La teoría de Kelsen del sistema jurídico. In: SALMORÁN, Rolando Tamayo y. *El concepto de sistema jurídico*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1986. Disponível em: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/2/877/10.pdf>>. Acesso em: 21 jun. 2018.

REPÚBLICA ORIENTAL DEL URUGUAY. Constituição (1967). Constitución 1967 con las modificaciones plebiscitadas el 26 de noviembre de 1989, el 26 de noviembre de 1994, el 8 de diciembre de 1996 y el 31 de octubre de 2004. Montevideo: Parlamento del Uruguay, Disponível em: <<https://parlamento.gub.uy/documentosyleyes/constitucion>>. Acesso em: 22 jun. 2018.

RODRÍGUEZ ARANA MUÑOZ, Jaime, El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de instituciones públicas. *Anuario de Derecho Administrativo*: F.C.U., Montevideo, tomo XV, 2008.

El derecho fundamental a la buena administración y centralidad del ciudadano en el derecho administrativo. In: CONGRESO, 2016, México. *El derecho fundamental al buen gobierno y a la buena administración de las instituciones públicas*. Disponible em: <http://derecho.posgrado.unam.mx/congresos/ivci_vmda/ponencias/JaimeRodriguezArana.pdf>. Acceso em: 22 jun. 2018.

La buena administración como principio y como derecho fundamental en Europa. *Misión Jurídica*, Bogotá, n. 6, 12 mar. 2014. Anual.

ROTONDO, Felipe. Derechos fundamentales y derecho administrativo. *Revista de Derecho Público*, Montevideo, n. 47, jun. 2015. Semestral. Año 24. Disponible em: <<http://www.revistaderechopublico.com.uy/revistas/47/archivos/Rotondo47.pdf>>. Acceso em: 22 jun. 2018.

SÁNCHEZ VÁZQUEZ, Adolfo. *Ética*. 4. ed. Barcelona: Crítica, 1984.

SARTORI, Giovanni. *Ingeniería constitucional comparada, una investigación de estructuras, incentivos y resultados*. México: Fondo de Cultura Económica, 2000.

URUGUAY. Ley nº 17.060, de 23 de dezembro de 1998. *Ley Nº 17.060 Díctanse Normas Referidas Al Uso Indebido del Poder Público (corrupción)*. Montevideo, 08 jan. 1999. Disponible em: <http://www.oas.org/juridico/PDFs/mesicic4_ury_ley17060-1.pdf>. Acceso em: 22 jun. 2018.

VIÑUALES FERREIRO, Susana. La constitucionalización del derecho a una buena administración en la Unión Europea: ¿Nuevas garantías para la protección de los derechos en el procedimiento administrativo? *Revista de Derecho de La Unión Europea*, Madrid, n. 28, p.321-340, jan-jun. 2015. Semestral. Disponible em: <<http://e-spacio.uned.es/fez/eserv/bibliuned:REDUE-2014-2015-27-28-7150/Documento.pdf>>. Acceso em: 21 jun. 2018.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BRITO, Xelha. El derecho humano a una buena administración pública: la importancia de la transparencia para su implementación en América Latina In: GALLO, William Iván et al. (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 149-165. ISBN 978-85-450-0569-8.

Parte III

DERECHO PROCESAL ADMINISTRATIVO

LA FIGURA DE LA CADUCIDAD EN EL ÁMBITO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: UNA LECTURA COMPARADA DE SU RÉGIMEN JURÍDICO EN EL PERÚ Y ECUADOR

GIANPIERRE VALVERDE ENCARNACIÓN

1 Introducción

El presente estudio se traza el objetivo de comparar el régimen jurídico peruano de la caducidad con otra legislación en que se tenga una presencia más antigua de esta figura a fin de encontrar convergencias y divergencias en su tratamiento y, a partir de ello, postular afinaciones y modulaciones para ambas regulaciones en aras de mejorar la aplicación de la caducidad y de su fundamento, que es ofrecer una garantía fundamental a los administrados que se encuentren investigados en el marco de un procedimiento administrativo sancionador.

Para conseguir los objetivos propuestos, el presente estudio se encuentra compuesto en tres capítulos. El primer capítulo está reservado para aproximarnos al concepto jurídico de la caducidad dentro del ordenamiento administrativo. Será importante, en este apartado, establecer las diferencias que separan al instituto de la caducidad “administrativa” de las otras caducidades cuyo ámbito de aplicación se sitúa dentro de la rama civil del Derecho.

En el segundo capítulo se analiza la aplicación de la caducidad en el ámbito administrativo sancionador y cómo ésta se instituye como una figura plenamente diferenciable de los otros tipos de caducidad que operan en el ámbito jurídico-administrativo. La finalidad no es otra que dar cuenta que este tipo de caducidad es una figura singular que solo tiene aplicación para los procedimientos administrativos sancionadores.

Por su parte, en el tercer capítulo se describe el régimen jurídico que regula a la caducidad tanto en el Perú como en el Ecuador. En esta sección, el objetivo está centrado en exponer las convergencias y divergencias halladas en ambas legislaciones respecto al régimen de la caducidad y su tratamiento jurídico. El trabajo finalizará con una sección donde se detallarán las conclusiones extraídas de la labor de investigación desarrollada.

2 La figura de la caducidad en el Derecho Administrativo

2.1 Naturaleza jurídica de la caducidad

La caducidad es una figura que tiene aplicación en las muchas disciplinas jurídicas del Derecho. Así la de más antigua data es la que se halla en el Derecho civil o privado. Señala Rubio Correa que en “el Derecho Civil, y nuestro Código [peruano] vigente, contienen dos conceptos distintos con el nombre de prescripción, y otros dos con el nombre de caducidad”.¹

Sin embargo, la caducidad de que vamos a tratar en este estudio es la que tiene existencia en el ámbito administrativo. Así, vale la pena señalar que la caducidad regulada por el Derecho Administrativo no debe confundirse con la caducidad del Derecho Civil, toda vez que en esta disciplina la caducidad opera estableciendo plazos para ejercer un derecho, mientras que aquella opera para poner fin a un procedimiento administrativo o acto administrativo.²

El Derecho Administrativo concede a la caducidad un ámbito de actuación y afectación diferente al que es concedido por el Derecho Civil.³ En el ámbito civilista, producida la caducidad se extingue el derecho y la acción de los sujetos; mientras que los efectos de la caducidad de origen administrativo extinguen el procedimiento administrativo de oficio o iniciado a instancia de parte.⁴

En resumidas cuentas, la naturaleza de la caducidad debe tenerse como administrativa, objetiva, declarativa y extintiva. Es administrativa debido a que es una figura que nace y pervive en el ámbito administrativo. Es objetiva en tanto su génesis se produce con el transcurso del tiempo, el cual transforma una situación de hecho en una de derecho.⁵ Y es extintiva por cuanto provoca la extinción de una situación o relación formada entre la Administración Pública y el administrado.⁶

2.2 Definición de la caducidad

La caducidad es una institución jurídica que, mediante el transcurso del tiempo, extingue la posibilidad de conseguir, obtener, alcanzar o llegar a una posición jurídica determinada ante la inexistencia de actuaciones determinadas por parte del sujeto llamado a realizarlas.⁷

¹ RUBIO CORREA, Marcial. *Prescripción y caducidad: la extinción de acciones y derechos en el Código civil*. Lima: PUCP, Fondo Editorial, 2003, p. 13.

² MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General: texto único ordenado de la Ley N° 27444*. Lima: Gaceta Jurídica, 2017, p. 526.

³ HERNÁNDEZ, Francisco. *La caducidad en el procedimiento administrativo*. Madrid: Montecorvo, 1998, p. 52/53.

⁴ GÓMEZ PUENTE, Marcos. *La inactividad de la Administración*. 4 ed. Navarra: Cizur Menor, 2011, p. 525.

⁵ CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael. *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*. Madrid: McGraw-Hill, 1999, p. 190.

⁶ MESEGUER YEBRA, Joaquín. A vueltas con la caducidad en los procedimientos sancionadores. *Revista Jurídica de Castilla y León*. Castilla, Castilla, n. 1, 2003, p. 216.

⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General: texto único ordenado de la Ley N° 27444*. Lima: Gaceta Jurídica, 2017, p. 526.

2.3 Elementos de la caducidad

2.3.1 Elemento subjetivo

La caducidad es una categoría jurídica de carácter público que solo puede ser dictada de oficio. Es decir, únicamente la Administración Pública tiene la competencia para declarar la caducidad de una situación o relación administrativa y provocar su extinción.⁸

2.3.2 Elemento objetivo

El tiempo es un elemento destacado en la configuración de la caducidad. Al cumplirse el plazo máximo establecido en la legislación administrativa, operará la caducidad, convirtiendo una situación en hecho en una de derecho, *ope legis*. A decir del maestro Alfonso Santamaría, el carácter automático de la caducidad queda garantizado, en primer lugar, por su vinculación a un dato fijo y objetivo del plazo máximo que la Administración dispone para emitir un pronunciamiento.⁹

En el caso de los procedimientos administrativos sancionadores, puede afirmarse que el objeto de la caducidad no es el derecho material a perseguir el hecho constitutivo de la infracción, sino la forma de ejercitar el *ius puniendi*, es decir, el procedimiento del que se sirve la Administración.¹⁰

2.3.3 Elemento Formal

Señala Vincenc Aguado i Cudolá, la caducidad debe encontrarse regulado en una ley. De esa manera, la atribución de potestades y facultades que Administración Pública puede imponer unilateralmente a sus destinatarios comporta asimismo la experiencia de ciertos límites y garantías respecto a sus potestades administrativas; entre tales limitaciones se encuentra la caducidad que toma como base la ausencia de actuaciones, por ejemplo, de la Administración Pública.¹¹

2.4 Ámbito de aplicación de la caducidad en el Derecho Administrativo

2.4.1 Acto administrativo

En el acto administrativo opera la caducidad para poner fin al título habilitante obtenido por el administrado mediante el que puede desarrollar una actividad reservada para la Administración Pública como sucede, por ejemplo, en el caso de las concesiones mineras.

⁸ DIEGO DE DIEZ, Alfredo. *Prescripción y caducidad en el procedimiento administrativo sancionador*. 2 ed. Barcelona: Bosch, 2009, p. 172.

⁹ SANTAMARÍA PASTOR, Alfonso. Caducidad del procedimiento (art. 44.2 LRJAP). *Revista de Administración Pública*. Madrid, n. 168, 2005, p. 23.

¹⁰ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. La figura de la prescripción en el ámbito administrativo sancionador y su regulación en la Ley No. 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, n. 9, 2010, p. 211.

¹¹ AGUADO I CUDOLÁ, Vincenc. *Prescripción y caducidad en el ejercicio de potestades administrativas*. Madrid: Marcial Pons, 1999, p. 28/29.

Uno de los tipos de la caducidad es la caducidad sanción. Esta figura opera cuando se detectan incumplimientos de las condiciones, obligaciones o términos en los que fue concedido el acto administrativo. En ese sentido, debe entenderse este tipo de caducidad como la extinción de ciertas situaciones activas que están acompañadas de la necesidad de cumplir con determinados deberes, cargas modalidades originadas por el hecho de no haber observado estos últimos.¹²

2.4.2 Procedimiento administrativo

La aplicación de la caducidad en los procedimientos se produce cuando se ha sobrepasado un plazo establecido por la ley sin que hubiere mediado actividad alguna de las partes que tengan la obligación de hacerlo. De ahí que la caducidad opera tanto para los procedimientos iniciados a instancia de parte como para los procedimientos de oficio.

Respecto al primero, podemos encontrar los antecedentes de esta caducidad en la legislación española de finales del siglo XIX. Hay que remontarse a la Ley Azcárate para obtener referencias de la caducidad como instrumento de la Administración para poner fin a actos y procedimientos. Sin embargo, en la legislación administrativa española de 1958 se incorpora de forma expresa la regulación como forma de terminación anormal de los procedimientos iniciados a solicitud de parte. Al respecto, Francisco González Navarro indica lo siguiente:

[La caducidad es una] forma de terminación del procedimiento administrativo que tiene lugar a virtud de la declaración de la Administración cuando, paralizado el mismo por causa imputable al interesado, éste no remueve el obstáculo en el plazo que la Ley señala, a pesar de haber sido requerido para ello por la Administración.¹³

En relación a los procedimientos de oficio, nuevamente hay que remitirse a la legislación española, cuya influencia es notable en las regulaciones administrativas de esta parte del continente. Así, en el Artículo 44.2 de la antigua Ley de Régimen Público de las Administraciones Públicas y Procedimiento Administrativo Común, se establece la mención a la caducidad como aquella institución cuya finalidad es extinguir los procedimientos que hayan sido iniciados de oficio susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen en los administrados, como los procedimientos administrativos sancionadores.

Al respecto, Fernando López-Ramón presenta una acertada precisión para distinguir los ámbitos procedimentales donde opera la caducidad. Señala que en los procedimientos administrativos iniciados de oficio la caducidad se aplica por el simple transcurso del tiempo; situación diferente a lo que sucede en los procedimientos iniciados a solicitud de parte, ya que, en estos también debe valorarse la demostrada pasividad del interesado.¹⁴

¹² FLORES RIVAS, Juan Carlos. La caducidad de los actos administrativos. *Revista de Derecho*. Santiago de Chile, n. 2, 2017, 226.

¹³ GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. La llamada caducidad del procedimiento administrativo. *Revista de Administración Pública*. Madrid, n. 45, 1964, 194.

¹⁴ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. La caducidad del procedimiento de oficio. *Revista de Administración Pública*. Madrid, n. 194, 2014, p. 25.

2.5 Tipologías de la caducidad

La doctrina se ha encargado de proponer clasificaciones y tipologías de la caducidad en el ámbito administrativo. Aunque no existe una lista única y cerrada, se puede clasificar en caducidad de acción y derechos, caducidad-sanción, caducidad-preclusión y caducidad-perención. Cabe señalar que la doctrina no tiene una conceptualización unívoca sobre un determinado tipo de caducidad. Así, es posible encontrar que algunos denominen a una forma de caducidad y que otro tenga una valoración diferente.

2.5.1 Caducidad carga o caducidad de acción y derechos

La doctrina ha señalado que este tipo de caducidad es el de la caducidad de derechos del administrado, el cual tiene una “carga” para poder alcanzar un beneficio determinado. En la norma esto se vincula con los plazos perentorios.¹⁵

Esta caducidad solo opera en el ámbito de actuación de los administrados. Para la Administración Pública existe otra figura que castiga la inactividad o retardo de su actuación. Esta figura es el silencio administrativo de carácter positivo o negativo.¹⁶

2.5.2 Caducidad sanción

Para comprender esta figura, es importante mencionar que la Administración Pública puede conceder derechos a los particulares a fin de que puedan desarrollar una actividad económica que está reservada para ella misma de forma exclusiva (publicación). Sucede, entonces, que dicho título habilitante puede caducar cuando existan incumplimientos de las obligaciones por no haberse llevado a cabo dentro de un plazo previsto.¹⁷

2.5.3 Caducidad preclusión

Este tipo de caducidad se produce cuando existen plazos internos en el procedimiento administrativo en el que el administrado debe realizar una actuación en un periodo de tiempo, fuera del cual no tendrá la oportunidad de desarrollarlo. En ese sentido, vale tomar en cuenta la reflexión ideada por el Tribunal Supremo cuando nos señala que la técnica de la preclusión hay que entenderla referida a potestades o a cargas procesales, pero no a acciones materiales.¹⁸

2.5.4 Caducidad perención

Supone la terminación anormal (extinción) de un procedimiento administrativo por ausencia de actividad del interesado o de la Administración Pública. En el caso

¹⁵ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General: texto único ordenado de la Ley N° 27444*. Lima: Gaceta Jurídica, 2017, p. 527.

¹⁶ GÓMEZ PUENTE, Marcos. *La inactividad de la Administración*. 4 ed. Navarra: Cizur Menor, 2011, p.500.

¹⁷ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General: texto único ordenado de la Ley N° 27444*. Lima: Gaceta Jurídica, 2017, p. 527.

¹⁸ Sentencia del Tribunal Supremo de España de 22 de julio de 1986 recaída en la Resolución N° 1987/698.

de los procedimientos sancionadores, la caducidad hace perecer el procedimiento a causa del vencimiento de un plazo legalmente establecido sin que se haya resuelto y notificado el acto que pone fin a la primera instancia administrativa, ya sea para dictar la responsabilidad del imputado o para absolverlo.¹⁹

Al respecto, Víctor Baca suscribe la afirmación postulada por el Tribunal Supremo, pues, también considera que “La caducidad perención, por la cual se extinguen los procedimientos por inactividad, ya sea del administrativo en los procedimientos iniciados a pedido de parte como de la Administración en los procedimientos de oficio, como es el caso de los procedimientos sancionadores”.²⁰

3 La caducidad en el ámbito administrativo sancionador

La jurisprudencia y la doctrina bien han acertado en afirmar que en los procedimientos administrativos sancionadores se aplica la caducidad perención. En la medida que exista un plazo de caducidad establecido a través de una norma con rango de ley, la Administración tiene el deber de emitir una resolución final y notificarla a los administrados que se encuentran siendo investigados en el marco de un procedimiento administrativo sancionador.

Propiamente, en el ámbito administrativo sancionador, la caducidad se puede definir como una institución que exhorta a la Administración, cual espada de Damocles, a no tardarse injustificadamente en resolver aquellos procedimientos administrativos sancionadores en virtud de que entiende el legislador que los sujetos imputados se encuentran en una situación desfavorable que no debe alargar la Administración más allá de lo razonable.²¹

Por último, cabe señalar que la caducidad no interrumpe o suspende, depende del carácter que cada legislación le haya dado, el plazo de prescripción, en tanto que se entiende que el procedimiento caducado nunca existió.

3.1 El carácter extintivo y objetivo de la caducidad

La caducidad perención tiene naturaleza extintiva y declarativa. La primera porque basta la comprobación del vencimiento del plazo sin existencia de la resolución final para que el procedimiento proceda a extinguirse de pleno derecho. Cabe apreciarse que la caducidad opera en función al transcurso del tiempo, es decir, transforma una situación de hecho en una de derecho.

Al respecto, Diego de Diez señala lo siguiente:

La perención se vincula exclusivamente a un hecho objetivo: el incumplimiento por la Administración de su obligación de notificar en el plazo la resolución expresa del

¹⁹ Sentencia del Tribunal Supremo de España de 18 de noviembre de 1986 recaída en la Resolución N° 1987/898.

²⁰ BACA ONETO, Víctor. La prescripción de las infracciones y su clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General (en especial, análisis de los supuestos de infracciones permanentes y continuadas). *Revista Derecho & Sociedad*. Lima, n. 37, 2011, p. 266.

²¹ Sentencia del Tribunal Supremo de España de 13 de enero de 2010 recaída en el Recurso de Casación N° 1279/2007.

procedimiento. No puede extrañar, por tanto, que la caducidad de los procedimientos sancionadores se produzca automáticamente, *ope legis*, por el simple vencimiento del plazo máximo establecido para dictar y notificar la resolución sancionadora. Sin otros requisitos y, singularmente, sin necesidad de solicitud del interesado [...].²²

La Administración una vez confirmado esta situación debe declarar de oficio la caducidad, ya que, tiene la competencia exclusiva para hacerlo. El administrado solo está facultado a solicitar su declaración, pero no tiene potestad para declarar a un procedimiento como caducado.

3.2 Fundamentos

El fundamento o justificación de la aparición de la caducidad en el ámbito administrativo radica en diversas explicaciones. La principal de ellas, y más aceptada en la doctrina, es que la caducidad ofrece una garantía al administrado que se encuentra investigado por una presumible comisión de una conducta contraventora de la normativa.

En esta línea de pensamiento se posiciona Santamaría Pastor, ya que considera que

“[...] la caducidad procedimental se inspira primariamente en el valor de la protección del ciudadano frente a la actuación administrativa [...] En términos coloquiales, la caducidad se funda en el sagrado derecho a no ser molestado más que durante un tiempo concreto, predeterminado e improrrogable. No otra es la razón de ser de esta técnica, a la luz de la cual debe interpretarse y aplicarse”.²³

Por otra parte, también se postula la idea de que la caducidad se fundamenta en el principio de eficacia de la Administración Pública. Tal principio exige que la Administración ejerza su potestad sancionadora en estricto cumplimiento de los requisitos, plazos y formas establecidas.²⁴

3.3 Plazos

3.3.1 Inicio del plazo

El inicio de la caducidad se computa desde el momento que el administrado tiene conocimiento de la imputación de cargos, es decir, desde que es notificado por la Administración Pública. En este tema existe una aceptación pacífica por parte de la doctrina, básicamente, porque el procedimiento sancionador inicia con la imputación de cargos, el cual gatilla las demás fases del procedimiento.

²² DE DIEGO DÍEZ, Alfredo. *Tratamiento y efectos de la caducidad en el procedimiento sancionador*. Madrid: Fe d'erratas, 2014, p. 59.

²³ SANTAMARÍA PASTOR, Alfonso. Caducidad del procedimiento (art. 44.2 LRJAP). *Revista de Administración Pública*. Madrid, n. 168, 2005, p. 16/17.

²⁴ LÓPEZ RAMÓN, Fernando. La caducidad del procedimiento de oficio. *Revista de Administración Pública*. Madrid, n. 194, 2014, p. 27.

3.3.2 Final del plazo

El momento de materialización de la caducidad se genera con el cumplimiento del plazo. Por ello, es importante tener claridad respecto al *dies ad quem*. La doctrina, en un tiempo, estuvo dividida en dos tesis. La primera se inclinaba a defender que el plazo finalizaba solamente con la resolución del acto administrativo; sin embargo, luego fue ganando peso, la tesis que apostaba por la resolución más la notificación del acto administrativo.

Los primeros indicaban que una cuestión es la validez del acto y otra muy distinta es la eficacia del mismo que se da justamente con su notificación. No obstante, ello, la doctrina mayoritaria considera que el plazo finaliza no solo con la resolución sino con la notificación, ya que, así como el procedimiento tuvo inicio con la notificación, de la misma forma debe hallar su final.²⁵

3.4 Efectos

El efecto de la caducidad perención es la extinción del procedimiento administrativo sancionador. Tanto el trámite como las actuaciones realizadas en el seno del procedimiento quedarán caducados. Solo quedará incólume la potestad sancionadora de la Administración, ya que, la caducidad no opera sobre esta. Sobre este particular, Diego Zegarra señala que

“puede afirmarse que el objeto de la caducidad en el procedimiento sancionador no es el derecho material a perseguir el hecho constitutivo de la infracción, como es el caso de la prescripción, sino la forma de ejercitar el *ius puniendi*, es decir, el procedimiento del que se sirve la Administración”.²⁶

Bajo ninguna circunstancia o supuesto alguno la Administración podrá continuar sus indagaciones en un procedimiento caducado. Toda actuación hecha a posterior por la Administración acusará invalidez de pleno derecho, ya que, admitir lo contrario significaría dejar vacío de contenido la caducidad, toda vez que la Administración, cuando actúa de oficio, lo hace siempre en favor del interés público: así, pues, los procedimientos sancionadores nunca caducarían pues siempre podría encontrarse un interés general que justificase su resolución”.²⁷

3.5 Las diferencias entre la prescripción y la caducidad

Otro aspecto importante que debe realizarse es establecer una distinción entre la caducidad y la prescripción, ya que, ello permitirá identificar qué instituto operará en determinada situación.

²⁵ DIEGO DE DIEZ, Alfredo. *Prescripción y caducidad en el procedimiento administrativo sancionador*. 2 ed. Barcelona: Bosch, 2009, p. 199.

²⁶ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. La figura de la prescripción en el ámbito administrativo sancionador y su regulación en la Ley No. 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, n. 9, 2010, p. 211.

²⁷ DIEGO DE DIEZ, Alfredo. *Prescripción y caducidad en el procedimiento administrativo sancionador*. 2 ed. Barcelona: Bosch, 2009, p. 217/218.

La principal diferencia entre estas dos categorías radica en los efectos que producen en el procedimiento sancionador y en la potestad sancionadora. Mientras que la prescripción extingue la acción, esto es, la potestad sancionadora; la caducidad extingue únicamente el procedimiento sancionador. Es por lo que en la mayoría de las legislaciones administrativas se hace la precisión de que la Administración puede reabrir un procedimiento caducado siempre que no haya prescrito la potestad sancionadora.²⁸

Otra diferencia entre estas dos figuras la podemos encontrar en la duración de los tiempos. El plazo de prescripción, por lo general, tiene una duración más prolongada que el plazo establecido para la caducidad. Sobre esta diferencia, Zegarra señala lo siguiente:

Con relación a los plazos y cómputos, éstos son mayores en el caso de la prescripción que con respecto a la caducidad, y el día en que comienza el cómputo de los mismos (diez a quo) no coincide, ya que en caso de la prescripción comienza en el momento en que se produce la actuación antijurídica y se interrumpe cuando la Administración pone en conocimiento del administrado la realización de una serie de actuaciones conducentes a perseguir y sancionar dicho comportamiento; en cambio en el caso de la caducidad, el plazo comienza con la incoación del procedimiento y para ello no se requiere el conocimiento del afectado.²⁹

Otra de las diferencias versa sobre la posibilidad de que los plazos se interrumpan o suspendan. En la prescripción, en función a la legislación administrativa, el plazo puede suspenderse o interrumpirse. En caso la opción se decante por la suspensión, los plazos pueden acumularse y no partir de cero como sucedería si es que el plazo se interrumpa. En el ámbito de la caducidad, no existe la suspensión ni la interrupción de la misma.³⁰

4 El régimen jurídico de la caducidad en el ámbito administrativo sancionador en el Perú y Ecuador

El Perú y el Ecuador son países que poseen legislaciones parecidas en materia jurídica administrativa. Mientras que en el Perú rige, actualmente, el Texto Único Ordenado de la Ley N° 27444 (en adelante, el TUO de la Ley), en Ecuador rige el Código Orgánico Administrativo (en adelante, el Código).

Como hemos adelantado en la parte introductoria de nuestro trabajo, la Ley peruana sufrió una modificación reciente, la cual dio pie a la entrada de la caducidad en el ámbito sancionador del ordenamiento administrativo peruano. La situación es diferente cuando se trata de la legislación administrativa ecuatoriana, ya que, esta figura ya se encontraba regulada en el Decreto Ejecutivo N° 2428 – Estatuto del Régimen Jurídico Administrativo de la Función Ejecutiva (en adelante, el Estatuto).

²⁸ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. La figura de la prescripción en el ámbito administrativo sancionador y su regulación en la Ley No. 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, n. 9, 2010, p.211

²⁹ ZEGARRA VALDIVIA, Diego. La figura de la prescripción en el ámbito administrativo sancionador y su regulación en la Ley No. 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, n. 9, 2010, p. 211.

³⁰ GÓMEZ PUENTE, Marcos. Prescripción, caducidad y perención administrativas. *Justicia administrativa*. Madrid, n. 2, 1999, p. 30.

4.1 La regulación de la caducidad en el Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General – Ley N° 27444

Dentro del Ordenamiento jurídico administrativo peruano, la caducidad se encuentra incardinada en el Artículo 257° del TUO de la Ley, el mismo que dispone su régimen del siguiente modo:

Artículo 257°.- Caducidad del procedimiento sancionador

El plazo para resolver los procedimientos sancionadores iniciados de oficio es de nueve (9) meses contado desde la fecha de notificación de la imputación de cargos. Este plazo puede ser ampliado de manera excepcional, como máximo por tres (3) meses, debiendo el órgano competente emitir una resolución debidamente sustentada, justificando la ampliación del plazo, previo a su vencimiento. La caducidad no aplica al procedimiento recursivo.

Cuando conforme a ley las entidades cuenten con un plazo mayor para resolver la caducidad operará al vencimiento de este.

Transcurrido el plazo máximo para resolver, sin que se notifique la resolución respectiva, se entiende automáticamente caducado el procedimiento y se procederá a su archivo.

La caducidad es declarada de oficio por el órgano competente. El administrado se encuentra facultado para solicitar la caducidad del procedimiento en caso el órgano competente no lo haya declarado de oficio.

En el supuesto que la infracción no hubiera prescrito, el órgano competente evaluará el inicio de un nuevo procedimiento sancionador. El procedimiento caducado no interrumpe la prescripción.

4.2 La regulación de la caducidad en el Código Orgánico Administrativo

En el Ecuador, la caducidad se encuentra regulada en el Artículo 244° del Código Orgánico Administrativo, aunque, se encuentra complementada por el Artículo 213° del mismo cuerpo legal. Veamos la redacción del primer artículo mencionado:

Art. 244.- Caducidad de la potestad sancionadora. La potestad sancionadora caduca cuando la administración pública no ha concluido el procedimiento administrativo sancionador en el plazo previsto por este Código. Esto no impide la iniciación de otro procedimiento mientras no opere la prescripción.

Transcurrido el plazo de caducidad, el órgano competente emitirá, a solicitud del inculpado, una certificación en la que conste que ha caducado la potestad y se ha procedido al archivo de las actuaciones.

En caso de que la administración pública se niegue a emitir la correspondiente declaración de caducidad, el inculpado la puede obtener mediante un procedimiento sumario con notificación a la administración pública.

Debe notarse en la redacción de esta disposición que el plazo de caducidad se encuentra indicado en otro artículo. El artículo al que busca referirse esta disposición es el 213° del Código, el cual dispone lo siguiente:

Art. 213.- Caducidad del procedimiento de oficio

Cuando se trate de procedimientos iniciados de oficio se entienden caducados y se procederá al archivo de las actuaciones, a solicitud de la persona interesada o de oficio,

en dos meses contados a partir de la expiración del plazo máximo para dictar el acto administrativo, de conformidad con este Código.³¹

Por último, también se da una referencia de la caducidad en el Artículo 201° del Código, el cual lo sitúa como una forma de terminación del procedimiento administrativo. Veamos:

Art. 201.- Terminación del procedimiento administrativo. El procedimiento administrativo termina por:

1. El acto administrativo
2. El silencio administrativo
3. El desistimiento
4. El abandono
5. La caducidad del procedimiento o de la potestad pública
6. La imposibilidad material de continuarlo por causas imprevistas
7. La terminación convencional

4.3 Divergencias y convergencias en la caracterización de la caducidad en los regímenes administrativos del Perú y el Ecuador

La primera diferencia advertida se halla en la ubicación de la caducidad dentro de la legislaciones peruana y ecuatoriana. Mientras que en la primera se encuentra consolidada en una sola disposición normativa, en la segunda el régimen jurídico de la caducidad se encuentra regulada en varias disposiciones que no, necesariamente, se encuentran ubicadas dentro del apartado dedicado al ámbito administrativo sancionador.

4.3.1 La noción y el carácter de la caducidad en ambas legislaciones

En la legislación administrativa peruana, la caducidad se tiene como el instituto jurídico que provoca la extinción de los procedimientos administrativos sancionadores en los que se haya vencido el plazo sin haberse notificado la resolución que pone fin a la primera instancia. En ese sentido, la tesis adoptada por el TUO de la LPAG es la de la caducidad perención.

Ahora bien, en el Código ecuatoriano, si bien la caducidad también tiene carácter perentorio, esta no se limita a extinguir el procedimiento, sino que efecto también alcanza a la potestad sancionadora. En efecto, según la lectura sistemática de los artículos 244°, 201.5° del Código, se advierte que el Legislador ecuatoriano establece que la caducidad también extingue la potestad sancionadora, cuando dicha consecuencia es más propia de la prescripción.

Por otro lado, ambos regímenes jurídicos coinciden en reconocer el carácter objetivo de la caducidad, ya que, en ambos casos basta la superación del plazo establecido

³¹ Del mismo modo, el Artículo 208° del Código refuerza lo antes presentado, ya que, establece que “En los procedimientos en que la administración pública ejercite potestades sancionadoras o, en general, de intervención, susceptibles de producir efectos desfavorables o de gravamen, se produce la caducidad. En estos casos, la resolución que declara la caducidad ordenará el archivo de las actuaciones”.

para que se produzca la extinción del procedimiento. Es decir, el mero transcurso del tiempo da forma a la caducidad, condimentada con la inactividad administrativa.

En cuanto al carácter oficioso y declarativo de la caducidad, se advierten algunas diferencias. En la Ley peruana se señala que la Administración Pública debe declarar de oficio la caducidad del procedimiento y que el administrado puede solicitar dicha declaración mas no dictarla. Sin embargo, en el Código ecuatoriano se indica que es necesario que el administrado solicite una certificación “en la que conste que ha caducado la potestad” a la Administración para que ella emita la declaración.³²

A falta de mayor conocimiento sobre la *ratio legis* de esta disposición, consideramos que puede prestarse a distorsiones desfavorables a la caducidad en cuanto a sus efectos como a su propia naturaleza. La razón reside en que la caducidad es de oficio y declarativa y no debe condimentar su contenido con otros elementos como los que agrega la legislación ecuatoriana al mencionar que es necesaria la solicitud del administrado.

4.3.2 Ámbito de aplicación

El ámbito de aplicación de la caducidad en la Ley peruana y en el Código ecuatoriano no es del todo semejante. Para el ordenamiento jurídico peruano, la caducidad solo opera en el procedimiento administrativo sancionador, de acuerdo a la redacción del Artículo 257° del TUO de la LPAG. Por ello, se descarta su aplicación para otro tipo de procedimientos como los iniciados a solicitud de parte (esta figura sí está permitida en otras legislaciones, por ejemplo, la española y en el antiguo Estatuto ecuatoriano) y los procedimientos de gravamen en general, entre los que podría incluirse a los procedimientos de imposición de medidas correctivas o reparadoras.

Tampoco nuestra Ley reconoce la caducidad del acto administrativo como sí lo hace el Ordenamiento jurídico ecuatoriano en el Artículo 103.4° del Código.

Por el lado del Código, el ámbito de aplicación de la caducidad es más holgado y alcanza más supuestos. No solo afecta a los procedimientos administrativos sino también a los actos administrativos (Artículo 103.4°), potestades como la revocatoria (Artículo 116°) y las actuaciones previas que darán forma al inicio de un procedimiento administrativo sancionador (Artículo 179°). Este último podría forma al tipo de caducidad que Juan Carlos Morón califica como caducidad de acción y derecho, ya que, este tipo no opera respecto al plazo de culminación de “un procedimiento, sino que establece un plazo para su inicio.”³³

En el ámbito procedimental, la caducidad en la legislación ecuatoriana opera sobre los procedimientos de oficio que procuren una situación desfavorable y/o de gravamen sobre el administrado. En este punto, se advierte una marcada diferencia con la Ley peruana, ya que, esta última solo reconoce la caducidad para los procedimientos sancionadores, mientras que en la primera la caducidad puede aplicarse en los procedimientos de oficio, ya sea, sancionadores como los de imposición de medidas correctivas.

³² MARAVÍ, Milagros. Mecanismos de simplificación administrativa a la luz de las recientes modificaciones a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, y la reciente Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, Decreto Legislativo 1256. *Revista Ius Et Veritas*. Lima, n. 54, 2017, p. 84.

³³ MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General: texto único ordenado de la Ley N° 27444*. Lima: Gaceta Jurídica, 2017, p. 527.

4.3.3 Plazos

Los plazos de caducidad en el ordenamiento jurídico peruano son de nueve (9) meses prorrogables excepcionalmente por tres (3) meses más. Este tratamiento es muy particular de la Ley peruana, ya que, luego de una revisión comparada, podríamos decir que no hay otra legislación que habilite a la Administración a ampliar el plazo de caducidad de ese modo.

Esto no ocurre en el Código ecuatoriano. Los plazos están determinados si bien no en la misma disposición sí se tiene claridad de que el periodo se extiende a dos (2) meses sin ningún tipo de prórroga como sucede en el Perú.

Cabe señalar en este aspecto que nos parece desacertado el tratamiento hecho por la Ley peruana respecto a la duración del plazo. Consideramos que debe ser un plazo único y no sujeto a situaciones exógenas que puedan distorsionar de alguna forma la efectividad de la caducidad. Aquí el Perú debiera tomar el ejemplo de lo que se trabajó en el Ecuador.

4.3.4 Efectos

En cuanto a los efectos de la caducidad, ambos regímenes jurídicos coinciden en que se produce una extinción. En el caso del Perú se extingue, sin duda alguna, el procedimiento sancionador, mientras que en el Código se extingue, tal como señala su propia redacción, la potestad administrativa y también el procedimiento como consecuencia inmediata de aquella.

Más allá de esa divergencia en cuanto a su naturaleza jurídica, ambos regímenes establecen que la Administración puede reiniciar el procedimiento caducado, lo cual refleja una contradicción en la legislación ecuatoriana, ya que, si la norma precisa que la caducidad extingue la potestad sancionadora, cómo podría reiniciarse otro procedimiento si es que la Administración ya no cuenta con potestad para hacerlo. A menos que la realidad jurídica en el Ecuador nos permita hallar situaciones en los que la caducidad extingue procedimiento y potestad y en los que extingue solo procedimientos, esta redacción caería en una colisión con las demás disposiciones referidas.³⁴

5 Conclusiones

Por un lado, la norma ecuatoriana abre la posibilidad de que la caducidad gatille la extinción no solo del procedimiento sancionador sino también de la potestad sancionadora, lo cual nos parece que correría el riesgo de confundir o provocar una antinomia entre la prescripción y la caducidad, ya que, el ámbito de actuación de la primera es justamente extinguir la potestad sancionadora. En eso, valdría la pena que la doctrina ecuatoriana gire su enfoque y revise el trato que se le da a esta figura en España y otros países del continente.

Por otro lado, lo que la legislación peruana debe tomar como lección de la legislación de nuestro vecino país está en la determinación fija del plazo de caducidad. Hemos

³⁴ Al respecto, véase: DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. ¿Es compatible con el principio ne bis in idem reabrir un procedimiento sancionador caducado? *Revista Española de Derecho Administrativa*. Madrid, n. 136, 2007.

visto que en el Perú se ha creado *ex nunc* una muy particular forma de establecer el plazo que no tiene reproducción en otros ordenamientos jurídicos. Se disponen nueve (9) meses como regla estándar, pero con la salvedad que pueden ampliarse, mediante resolución motivada del órgano competente, por tres meses adicionales.

En nuestra opinión, esto genera una distorsión de la figura, porque, a menudo, podría darse el caso que las administraciones amplíen sus plazos, convirtiendo formalmente el plazo en doce (12) meses. Por lo que debería tomarse la referencia ecuatoriana que establece su plazo sin excepciones ni ambigüedades.

Respecto al ámbito de aplicación de la caducidad, cabe destacar que en el Perú esta figura solo opera para los procedimientos sancionadores, descartándose otros tipos de procedimientos y la caducidad del acto administrativo. Esta situación es plenamente diferente en el ordenamiento ecuatoriano donde la caducidad se aplica para los procedimientos de oficio que provoquen situaciones desfavorables o apliquen actos de gravamen en los administrados. Consideramos que esta última opción debió acogerse en el texto normativo peruano, no obstante, la motivación de no hacerlo haya tenido fundamento en una ampliación paulatina de la figura.

Por último, hemos destacado una contradicción en lo que respecta a la posibilidad de que las Administraciones reinicien procedimientos caducados. En el Perú no se da dicha confusión, ya que, la norma es clara en ese sentido, puesto que, se refiere en todo momento al procedimiento sancionador como objeto de perención. No sucede lo mismo en el Código, porque, su regulación infiere la virtualidad de que la caducidad afecte a la potestad sancionadora, lo cual no compatibilizaría con la facultad de abrir otro procedimiento, toda vez, que su potestad para perseguir e imponer sanciones ya quedó extinguida.

Referencias

AGUADO I CUDOLÁ, Vicenc. *Prescripción y caducidad en el ejercicio de potestades administrativas*. Madrid: Marcial Pons, 1999.

BACA ONETO, Víctor. La prescripción de las infracciones y su clasificación en la Ley del Procedimiento Administrativo General (en especial, análisis de los supuestos de infracciones permanentes y continuadas). *Revista Derecho & Sociedad*. Lima, n. 37, 2011.

CABALLERO SÁNCHEZ, Rafael. *Prescripción y caducidad en el ordenamiento administrativo*. Madrid: McGraw-Hill, 1999.

DE DIEGO DÍEZ, Alfredo. *Tratamiento y efectos de la caducidad en el procedimiento sancionador*. Madrid: Fe d'erratas, 2014.

_____. *Prescripción y caducidad en el procedimiento administrativo sancionador*. 2 ed. Barcelona: Bosch, 2009.

DOMÉNECH PASCUAL, Gabriel. ¿Es compatible con el principio *ne bis in ídem* reabrir un procedimiento sancionador caducado? *Revista Española de Derecho Administrativa*. Madrid, n. 136, 2007.

FLORES RIVAS, Juan Carlos. La caducidad de los actos administrativos. *Revista de Derecho*. Santiago de Chile, n. 2, 2017.

GÓMEZ PUENTE, Marcos. *La inactividad de la Administración*. 4 ed. Navarra: Cizur Menor, 2011

_____. *Prescripción, caducidad y perención administrativas*. *Justicia administrativa*. Madrid, n. 2, 1999.

GONZÁLEZ NAVARRO, Francisco. La llamada caducidad del procedimiento administrativo. *Revista de Administración Pública*. Madrid, n. 45, 1964.

HERNÁNDEZ, Francisco. *La caducidad en el procedimiento administrativo*. Madrid: Montecorvo, 1998.

LÓPEZ RAMÓN, Fernando. La caducidad del procedimiento de oficio. *Revista de Administración Pública*. Madrid, n. 194, 2014.

MARAVÍ, Milagros. Mecanismos de simplificación administrativa a la luz de las recientes modificaciones a la Ley del Procedimiento Administrativo General, Ley 27444, y la reciente Ley de Prevención y Eliminación de Barreras Burocráticas, Decreto Legislativo 1256. *Revista Ius Et Veritas*. Lima, n. 54, 2017.

MESEGUER YEBRA, Joaquín. A vueltas con la caducidad en los procedimientos sancionadores. *Revista Jurídica de Castilla y León*. Castilla, Castilla, n. 1, 2003.

MORÓN URBINA, Juan Carlos. *Comentarios a la Ley del Procedimiento Administrativo General: texto único ordenado de la Ley N° 27444*. Lima: Gaceta Jurídica, 2017.

RUBIO CORREA, Marcial. *Prescripción y caducidad: la extinción de acciones y derechos en el Código civil*. Lima: PUCP, Fondo Editorial, 2003.

SANTAMARÍA PASTOR, Alfonso. Caducidad del procedimiento (art. 44.2 LRJAP). *Revista de Administración Pública*. Madrid, n. 168, 2005.

ZEGARRA VALDIVIA, Diego. La figura de la prescripción en el ámbito administrativo sancionador y su regulación en la Ley No. 27444 – Ley del Procedimiento Administrativo General. *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, n. 9, 2010.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

VALVERDE, Gianpierre. La figura de la caducidad en el ámbito administrativo sancionador: una lectura comparada de su régimen jurídico en el Perú y Ecuador. In: GALLO, William Iván et al. (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 169-183. ISBN 978-85-450-0569-8.

LÍMITES DEL SILENCIO ADMINISTRATIVO COMO FORMA DE TERMINACIÓN DEL PROCEDIMIENTO

CARLOS ERNESTO BECILLA PEÑAFIEL

1 Introducción

Jean Jacques Rousseau, en mi 1762, publicó su célebre obra El Contrato Social. En ella justificó la existencia del estado a partir de la perspectiva contractualista. Afirmó que el nacimiento del Estado obedece a la suma de fuerzas individuales sometidas a las cláusulas del pacto social. Así mismo, determinó que la relación entre los individuos y el Estado no debía ser una relación de subordinación sino de dependencia. Con esto quiso decir que implícitamente debía existir una relación de conveniencia entre los individuos y el Estado; y, es de esta conveniencia donde nacería la soberanía del Estado. La soberanía se debía ver caracterizada por la solidez, la utilidad y la legitimidad con la que deben de correlacionarse las dos partes del contrato.

Sin duda, a partir de este enfoque contractualista, es evidente que entre el Estado y sus administrados debe de existir un vínculo, una relación, que no se puede ver normalizada por la simple naturaleza, sino por un elemento superior llamado ley. Así encontramos fundamento teórico suficiente para aquella rama del Derecho llamada Derecho Administrativo, y su respectiva relevancia dentro de un Estado de Derecho.

Luego de la entrada en vigor de nuestra constitución del 2008, el Estado ecuatoriano avanzó en su conceptualización como Estado. Dejó de denominarse Estado derecho por Estado de derechos y de justicia. A decir de Ramiro Ávila Santamaría,¹ el Estado de derechos implica que el poder público y privado, e inclusive el poder constituyente, estén sometido a los derechos, concebidos estos como creaciones y reivindicaciones históricas.

Claros hasta aquí que la relación entre Estado y administrados debe de guardar una cordura tal que lleve al Estado a garantizar no sólo los derechos plasmados en la ley sino de todo aquello que le asista al individuo, es necesario conceptualizar a nuestro novel Código Orgánico Administrativo (COA). A mi criterio, este código queda corto en

¹ ÁVILA, Ramiro. Del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derechos y De Justicia. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Montevideo, n. XV, p.775 – 793, 2009.

su fundamentación frente a todo lo que en realidad legisla. Basta leer su consideración fáctica, misma que se fundamenta en la necesidad de simplificar los trámites ciudadanos ante las administraciones públicas, para saber que la simplificación de trámites resulta en vano frente a su contenido. Así pues, el legislador creó un verdadero monstruo normativo sin saber a lo que se metía. Particularmente, pienso que los legisladores se confundieron entre la Ley para la Simplificación de Trámites Administrativos y el COA, donde el primero sí pretende ser un instrumento que derroque los trámites ineficientes para volverlos más económicos y rápidos en cuanto a su forma; mientras que el segundo, es un cuerpo legal que regula las relaciones entre administración y administrados, limitando a la administración en sus potestades para no configurar abusos de poder; y, permitiendo a los administrados a efectivizar sus derechos.

No obstante, considero que por más avance normativo que se pueda obtener con el COA, la institución del Derecho Administrativo llamada silencio administrativo, queda poco explícita y susceptible a errores de libre interpretación. El presente ensayo pretende ofrecer un marco doctrinario comprensible sobre el silencio administrativo y el derecho de petición, de tal forma que vayamos más allá de la literalidad normativa y comprendamos que el silencio administrativo tiene sus límites y que no toda petición puede entrar “por la ventana” a desgastar el aparato administrativo, en una dicotomía entre la posibilidad de conferir o no le derecho solicitado en cualquier petición.

1.1 El derecho de petición

El antecedente más remoto que se encuentra sobre el derecho de petición, dentro del derecho positivo, aparece en el Bill of Rights. Aquí se estableció que es un derecho de los súbditos presentar peticiones al Rey, siendo ilegal toda prisión o procesamiento de los peticionarios.

El artículo 66 numeral 23 de nuestra Carta Magna reconoce y garantiza el derecho de toda persona a dirigir quejas y peticiones individuales y colectivas a las autoridades; y, a recibir atención o respuestas motivadas. Con este artículo se consagra en nuestro ordenamiento el derecho de petición.

La Corte Constitucional ha dotado de contenido al derecho de petición al indicar que

(...) es la garantía constitucional a través de la cual todo ciudadano tiene la facultad de acceder directamente a la administración pública para realizar peticiones y que estas sean resueltas de forma oportuna, clara y motivada, es decir, que el derecho de petición se instituye en el fundamento de protección y de garantía para los administrados, puesto que al recurrir a este mecanismo constitucional se exige de la administración, concretamente del Estado, la protección de los derechos. Efectivamente, el derecho constitucional de petición goza de jerarquía constitucional porque su efectividad determinará la obtención de los fines esenciales del Estado, en particular, del derecho de participación ciudadana en las decisiones del poder público, para asegurar que las autoridades cumplan con sus funciones, pero también tiene el carácter de derecho político porque garantiza a las personas el derecho de participación, mediante el cual ejerce control las decisiones emanadas por la administración, cuyo fin, entre otros, es el de crear los adecuados conductos de comunicación entre el Estado y los ciudadanos y así acceder a una sociedad más democrática y justa.²

² ECUADOR. Corte Constitucional. Sentencia n° 175-15-SEP-CC. *Registro Oficial*. Quito, 2015

Así, la Corte ha indicado que el derecho de petición es un derecho político y a la vez es un derecho constitucional; que es un derecho y también una garantía. El contenido del cual dotó la Corte Constitucional, a mi parecer, es un tanto ambiguo y muy vago, impreciso por tratar de definir con lo definido. Le da características al derecho, pero no lo aterriza en una definición concreta que nos ayude a determinar el concepto de este derecho. Sin embargo, es de rescatar la última frase de la cita donde se cataloga al derecho de petición como un conducto de comunicación entre el individuo y el Estado, así pues, ratificamos la naturaleza de la relación administrativa de este derecho.

Por su parte, la definición dada por Alberto Bertoli³ indica que consiste en el reconocimiento de las facultades de todos los habitantes de un país para dirigirse a las autoridades a fin de reclamar u observar alguna cosa que incumbe a esta última. Constituye, junto a los derechos de reunión e imprenta, los medios de que se vale el pueblo para controlar y orientar la conducta de los gobiernos. Sin duda, desde la perspectiva del control, el autor le da un matiz más político a este derecho.

Por otro lado, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dotado de tan magna relevancia al derecho de petición que lo ha definido como:

El derecho de petición individual constituye, en suma, la piedra angular del acceso de los individuos a todo el mecanismo de protección de la Convención Americana (...) El derecho de petición individual, así ampliamente concebido, tiene como efecto inmediato ampliar el alcance de la protección (...) Es por el libre y pleno ejercicio del derecho de petición individual que los derechos consagrados en la Convención se tornan efectivos.⁴

Así pues, podemos inferir preliminarmente que el derecho de petición es la piedra angular con la cual se activa el diálogo entre Estado y administrados. Es un derecho que en sí se transforma en la garantía de acceso para pedir se nos respeten derechos. No obstante, esta generalidad nos lleva a decir que el derecho de petición es un continente pero que su eficacia se dará en la medida que realmente nos asista el derecho contenido en la petición.

1.2 El procedimiento administrativo

El derecho de petición tiene una concepción tan genérica que la misma CIDH ha indicado que la petición permite al ciudadano acceder a cualquier autoridad estatal ya sea ejecutiva, legislativa, judicial, etc. En un procedimiento judicial, ese derecho lo podríamos llamar derecho de acción. No obstante, en la vía administrativa es derecho de petición. A breves rasgos el derecho de petición (administrativo) busca restituir la relación Estado – administrado que se ha roto, por consiguiente, el derecho de petición persigue el reconocimiento de un derecho básico por parte de la administración. La diferencia práctica con el derecho de acción jurisdiccional radica en que este culmina con una sentencia que contendrá la disposición de ejecutar una obligación de dar, hacer

³ BERTOLLI, Alberto; otros. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Driskill S.A., 1991.

⁴ COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi y Otros Vs. Perú nº NN. San José, 1999. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf>. Acceso em: 15 maio 2018

o no hacer. Por su parte, el derecho de petición busca generar una acción administrativa que reconozca o deniegue la petición; y, en el caso de reconocer la petición, se registrará un derecho a favor del administrado y se constreñirá la administración a observar lo que por derecho le correspondía al administrado, es decir, busca generar una acción o acto administrativo.

Así como el derecho de acción inicia la instancia jurisdiccional, el derecho de petición inicia el procedimiento administrativo. El procedimiento administrativo se diferencia del proceso judicial -entre otras cosas- por cuanto el primero puede empezar de oficio o a petición de parte; mientras que, el segundo, es únicamente por deducción del derecho de acción de parte interesada.

Ahora bien, esta forma de “ajusticiar” derechos corresponde a naturalezas diferentes dado que en vía administrativa los derechos no solo se hacen realidad por la iniciativa del peticionante sino también por la iniciativa de la propia administración. El COA manifiesta concretamente que el procedimiento administrativo puede ser de oficio o a petición de parte. El procedimiento de oficio puede iniciarse por la iniciativa propia del órgano competente, por orden superior, o por petición razonada de un órgano incompetente. Así podríamos concluir que todo procedimiento judicial empieza con la acción de ciudadano, mientras que no todo proceso administrativo empieza por esta causa.

2 El principio de autotutela

El Estado, dado su poder público, tiene la capacidad para tutelar por sí mismo los bienes jurídicos cuya realización tiene asignada⁵, esta capacidad se traduce en una posición jurídica compleja que se caracteriza por la inexistencia de las cargas procesales propias de un juicio; y, comprende la facultad de producir actos unilaterales con relevancia y eficacia jurídica inmediata. Esta prerrogativa estatal es el principio de autotutela administrativa.

El principio de autotutela es transversal a la actuación estatal, es decir, lo podemos encontrar en infinidad de momentos durante la actuación de la administración. De manera referencial podemos citar a la Corte Suprema de Costa Rica cuando, al referirse al principio de autotutela administrativa, ha manifestado que:

A este respecto se aclara al gestionante que ésta es una condición propia de todos procedimientos administrativos, por cuanto la justicia administrativa se tiene como un mecanismo de autocontrol de las decisiones, esto es, de autotutela administrativa, en tanto es la propia Administración Pública el que lo ejerce; y que se constituye en garantía, tanto para la Administración como para el administrado, en tanto a la primera le permite “asegurar el mejor cumplimiento posible de los fines de la Administración, con respeto para los derechos subjetivos e intereses legítimos del administrado, de acuerdo con el ordenamiento jurídico” (artículo 214.1 de la Ley General de la Administración Pública); y al segundo, a través de ese iter procedimental, le garantiza una resolución administrativa que respete el debido proceso, cuando se le pueda causar perjuicio grave al administrado, sea, imponiéndole obligaciones, suprimiéndole o denegándole derechos subjetivos, o se le pueda causar una lesión grave y directa a sus derechos o intereses legítimos, en los términos y con el contenido desarrollado

⁵ ZAVALA, Javier. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Guayaquil: Edilex S.A., 2011. 440-443 p.

en la jurisprudencia constitucional. De suerte que el procedimiento administrativo es un requisito o elemento constitutivo de carácter formal del acto administrativo final, cuya ausencia o inobservancia determina, ineludiblemente, la invalidez o nulidad más grave al contrariar el bloque de constitucionalidad (derechos al debido proceso y la defensa), sobre el particular.⁶

Para hablar de autotutela, debemos también hablar de tutela, donde la tutela se debe traducir en la capacidad del Estado para intervenir de oficio y hacer valer los derechos ciudadanos, es decir, el control. Esta manifestación de la potestad controladora del Estado se debe manifestar en: a) los poderes de información del órgano que ejerce el control; b) los procedimientos de control, o sea, la serie sucesiva de actos y formalidades que se llevan a cabo para ejercer ese control; c) la presión de del juicio de valoración en que el control consiste; y, d) los efectos de esa resolución o pronunciamientos y su ejecución.⁷

Enfocándonos en la manifestación que se da al entablar un procedimiento, como ya vimos, el control puede empezar por petición de parte o por la administración. Sin embargo, al darle el enfoque garantista de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica, el procedimiento se convierte también en una camisa de fuerza para la administración por cuanto, para expedir un acto administrativo fruto de un procedimiento, debe de atarse al principio de legalidad.

Para Jorge Zavala,⁸ el procedimiento administrativo se podría definir como una serie ordenada de actos materiales y de formalidades o tareas técnicas, determinadas por normas jurídicas, y cumplidas por los órganos del Estado; actos instrumentalmente destinados al dictado o la ejecución de un acto administrativo final. Con esta definición podemos destacar la concatenación de actos de administración de distinta naturaleza, ya sea material, formal o técnico que, son individuales, pero en su conjunto llevan a formar la voluntad plasmada en un acto administrativo que por su naturaleza generará efectos individuales y directos o dirigidos. Cabe destacar que esta concatenación es legal, no puede aumentarse ni disminuirse pasos porque, como ya vimos, tenemos también que preservar las reglas del juego trazadas por ley para garantiza así el derecho ciudadano. El procedimiento administrativo gestiona de modo directo, inmediato y concreto el interés público, en contraposición al principio de igualdad entre partes, vigente en un proceso judicial.

El procedimiento administrativo será entonces el conjunto de pasos que tendrá como acto principal y final al acto administrativo, pero para concretar dicho acto administrativo será necesario apoyarnos de actos de simple administración, es decir, disposiciones interorgánicas que no producen efectos sino hasta que forman la voluntad expresada en un acto administrativo final.

Asegura Héctor Escola⁹ que todo procedimiento debe contar con requisitos indispensables como: a) que cada uno de los actos combinados conserve íntegra su individualidad; b) que la conexión entre los actos radique en la unidad del efecto jurídico;

⁶ COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Fondo n° 2004-11879. Relator: Luis Fernando Solano Carrera 2014. Disponible en: <<https://vlex.co.cr/vid/-498733698>>. Acceso em: 25 jun. 2018.

⁷ ESCOLA, Héctor. *Compendio de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, v. II, 1984, p. 1176 - 1180.

⁸ ZAVALA, Jorge. *Ob. Cit.*

⁹ ESCOLA, Hector. *Ob. Cit.* p. 1175

y, c) que los actos estén vinculados causalmente entre sí, de modo que cada uno suponga el anterior y el último suponga todos los anteriores.

A grosso modo, el procedimiento administrativo tiene por finalidad a un acto administrativo resultante de la suma de múltiples actos de simple administración concatenados por la lógica del servidor público en el marco de la juridicidad.

3 Terminación del procedimiento administrativo

Hemos dejado por sentado que el procedimiento administrativo empieza por la petición ciudadana o por la administración en ejercicio de su potestad de control. Ahora cabe topar el tema de terminación del procedimiento.

Según Escola,¹⁰ el procedimiento puede concluir de dos formas: la norma y la anormal. La forma normal es cuando el procedimiento concluye con un acto administrativo expreso en el cual se estima o desestima las peticiones aducidas por el sujeto particular; o, existe una resolución tácita del órgano administrativo competente, es decir, cuando opera el silencio administrativo. Por otro lado, las formas anormales de culminar el procedimiento son aquellas que cierra el procedimiento, pero no abren juicio sobre la procedencia o improcedencia de las pretensiones articuladas.

De conformidad con el artículo 201 del COA, en Ecuador debemos considerar seis formas de terminación de un procedimiento administrativo, a saber: el acto administrativo, el silencio administrativo, el desistimiento, el abandono, la caducidad del procedimiento, la caducidad de la potestad pública.

Si acoplamos la propuesta expuesta por Escola, las dos primeras son las formas normales de terminación y las cuatro últimas son las formas de terminación anormal del procedimiento. A su vez, en las formas normales de conclusión debemos distinguir que puede ser por resolución expresa o resolución presunta o tácita, es decir, por acto administrativo expreso o por acto administrativo presunto.

Al respecto, nuestra Corte Nacional de Justicia,¹¹ mediante fallo de triple reiteración, ha diferenciado estas dos clases de actos administrativos y los ha definido al siguiente tenor:

Se define al acto administrativo como la declaración de voluntad, de juicio, de conocimiento o de deseo realizada por la Administración en ejercicio de una potestad. Se trata, en primer término, de una declaración intelectual, lo que excluye las actividades puramente materiales. Esto, no obstante, por declaración no ha de entenderse únicamente la que formalmente se presenta como tal (aunque esto será lo común en la actividad administrativa como consecuencia de su procedimiento y de su expresión escrita ordinaria) o declaración expresa, sino también la que se manifiesta a través de comportamientos o conductas que revelan concluyentemente una posición intelectual previa declaración o acto tácito. La declaración puede ser de voluntad, que será lo normal, en las decisiones o resoluciones finales de los procedimientos, pero también de otros estados intelectuales: de juicio, de deseo, de conocimiento como es hoy pacíficamente admitido en la teoría general del acto administrativo. Se define Como acto tácito: según esta perspectiva, la administración pública puede manifestar su voluntad en forma expresa o tácita: expresa, cuando mediante ella

¹⁰ *Ibidem*, p. 1197

¹¹ ECUADOR. Corte Suprema de Justicia. Fallo de Triple Reiteración n° NN. *Gaceta Judicial*. Quito, 2004

quede de manifiesto directa o concretamente el objeto del acto; tácita o implícita, cuando de la declaración se puede deducir inequívocamente, por vía de interpretación, el alcance de la voluntad de la Administración Pública.

4 El acto administrativo

Por regla general, el procedimiento termina con el acto administrativo expreso, por lo tanto, este es el elemento central sobre el cual va a cursar toda la actividad estatal. El acto administrativo es la declaración unilateral realizada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales en forma directa.¹² El COA por su parte define al acto administrativo como la declaración unilateral de voluntad, efectuada en ejercicio de la función administrativa que produce efectos jurídicos individuales o generales, siempre que se agote con su cumplimiento y de forma directa.

Si contraponemos las dos definiciones podemos observar que son muy similares, sin embargo, tienen diferencias en lo referente a: la voluntad de la declaración unilateral, la individualidad o generalidad de los efectos; y, la condicionalidad del agotamiento de su cumplimiento.

Si partimos nuestro análisis desde la última de las diferencias, queda claro que nuestro COA ha agregado la frase *siempre que se agote con su cumplimiento*. Esta es una condición que recae sobre la producción de efectos del acto administrativo, es decir, el COA ha entendido que para que un acto administrativo surta efectos jurídicos individuales o generales es necesario que se agote con su cumplimiento. Por lo tanto, los efectos del acto sólo se pueden hacer realidad cuando se cumpla con la obligación dispuesta en la resolución. Así pues, el acto solo alcanza los efectos deseados cuando se positiviza la acción, sin embargo, el efecto es un elemento propio del acto, ninguna administración dispone un acto para no cumplir. Con esto denotamos una concepción finalista del acto administrativo.

Sobre la individualidad o generalidad del acto administrativo, es muy discutido por la doctrina este punto. Sin embargo, como ya se dijo, la concepción finalista de la definición del COA nos haría entender en este punto que el acto debe ser agotado por una persona, un grupo de personas determinadas; o, inclusive a una colectividad indeterminada. Diego Martínez,¹³ citando a Jorge Zavala, define al acto administrativo de efectos generales como es aquél que está direccionado a una pluralidad de personas que son indeterminadas. Así distinguimos de la discusión doctrinaria ya que para esta definición de acto administrativo damos el sentido que el acto se agota con el cumplimiento de algunas personas que no se pueden definir, mientras que el acto normativo no se agota, tiene una permanencia en el tiempo y afecta a todos quienes ingresen ese grupo de sujetos regulados. Por otra parte, el acto normativo es fuente obligaciones, el acto administrativo no lo es.

La tercera diferencia que toca abordar es la que atañe a la voluntad. Respecto a determinar la voluntad en un acto administrativo, la doctrina ha sido dividida sobre si

¹² GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014, p. X-12.

¹³ MARTÍNEZ, Diego. El Acto Administrativo de Efectos Generales. *Revista Jurídica Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, p. 555-565, 2010.

existe voluntad o no. Gordillo añade como elemento del acto administrativo a la voluntad por cuanto en reiteradas ocasiones la Corte Suprema de Justicia de la Nación Argentina ha determinado que puede existir nulidad de un acto administrativo por causas de vicio de error. Agrega el autor que la voluntad de la administración, en cierta medida, es la voluntad del servidor público por cuanto la voluntad es la parte intelectual de una declaración realizada en ejercicio de la función administrativa. Afirma Efraín Pérez¹⁴ que esta es una larga discusión doctrinaria por cuanto hablar de voluntad en Derecho Administrativo es hablar de una errada trasposición del principio de la autonomía de la voluntad de las partes del Derecho Privado, situación que no puede existir en el Derecho Administrativo por cuanto aquí existe la competencia, es decir, lo no se puede hacer lo que se quiere sino lo que por ley se debe.

Por su parte, el COA, cuando habla de los requisitos de validez del acto administrativo, en el artículo 99, determina que uno de ellos es la voluntad. Por otra parte, la voluntad no puede ser tácita y debe declararse expresamente en los términos en los términos previstos en la norma jurídica aplicable, a efecto que el sujeto pasivo quede debidamente enterado y, por lo tanto, en condiciones de cumplir con las obligaciones del acto que se le impone de ejercer los derechos que le confiere.¹⁵ No cabe entender esta premisa como una contraposición entre el acto administrativo expreso y tácito, sino como que todo acto administrativo, ya sea expreso o tácito, debe de contener una voluntad inmersa y que esa voluntad sea clara que el ciudadano pueda recurrirla o ejecutarla. Así pues, si vamos a asumir la voluntad dentro de un acto administrativo tácito, la voluntad será la que la ley plasme.

5 El silencio administrativo

El artículo 207 de COA indica que:

Los reclamos, solicitudes o pedidos dirigidos a las administraciones públicas deberán ser resueltos en el término de treinta días, vencido el cual, sin que se haya notificado la decisión que lo resuelva, se entenderá que es positiva.

Para que se produzca el silencio administrativo, el acto administrativo presunto que surja de la petición, no debe incurrir en ninguna de las causales de nulidad prescritas por este Código.

El acto administrativo presunto que resulte del silencio será considerado como título de ejecución en la vía judicial. Al efecto, la persona interesada incluirá en su solicitud de ejecución una declaración, bajo juramento, de que no le ha sido notificada la decisión dentro del término previsto. Además, acompañará el original de la petición en la que aparezca la fe de recepción.

No serán ejecutables, los actos administrativos presuntos que contengan vicios inconvencionales, esto es, aquellos que incurrir en las causales de nulidad del acto administrativo, previstas en este Código, en cuyo caso el juzgador declarará la inejecutabilidad del acto presunto y ordenará el archivo de la solicitud.¹⁶

¹⁴ PÉREZ, Efraín. *Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, p. 145, 2008.

¹⁵ FERNANDEZ, Jorge. *Derecho Administrativo*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016, p. 137.

¹⁶ ECUADOR. Asamblea Nacional del Ecuador. Código Orgánico Administrativo

Como se puede observar, legalmente no se trae una definición de silencio administrativo sino un cúmulo de disposiciones que se dan en el caso de no resolverse una determinada petición.

Al respecto, adoptando una definición de la institución de silencio administrativo podríamos decir que es una ficción que la ley establece en beneficio del interesado y en virtud del cual se considera estimada (silencio positivo) o desestimada (silencio negativo) la solicitud de aquél cuando la administración incumple el deber que tiene de resolver y se dan los demás requisitos exigidos por la ley.¹⁷

El silencio administrativo no es el simple paso del tiempo y la consecución de un derecho cualquiera que se haya pedido. La Corte Nacional de Justicia de Ecuador ha indicado que:

Para que proceda la ejecución de los actos administrativos presuntos derivados del silencio administrativo, es necesario que se cumplan ciertas exigencias de orden sustantivo y de orden formal. En lo que respecta a las exigencias de orden sustantivo, se ha manifestado reiteradamente que, en todo caso y sin excepción de ninguna índole, cuando la administración no atiende las peticiones de los administrado oportunamente, esto es, dentro del tiempo previsto en la ley, se genera un acto administrativo presunto, admitiendo o aceptando lo solicitado. Sin embargo, no todo acto administrativo presunto genera los efectos jurídicos que pretende el acto administrativo, pues, para que ello ocurra se requiere que el acto administrativo presunto sea también regular, esto es, que no contenga vicios convalidables que generen su nulidad de pleno derecho, y que tales vicios no se presenten de manera manifiesta. Nótese a este respecto, que el análisis del contenido del acto administrativo presunto se basa en razones jurídicas alegadas por el peticionario, y no en los aspectos fácticos que se presumen admitidos por la Administración. Cuando un acto administrativo es irregular, aunque los hechos se puedan dar por admitidos, si existe razón jurídica para que el acto administrativo se considere nulo de pleno derecho, ninguna autoridad puede dar valor jurídico a lo que nunca lo tuvo.¹⁸

El silencio administrativo se fundamenta en el derecho constitucional de petición que, como ya vimos, se encuentra reconocido inclusive a nivel internacional. Este derecho es muy importante y ante este derecho correlativamente encontramos la obligación de la administración para dar una respuesta oportuna y motivada. De ahí el fundamento para que el art. 202 *ibidem*, en su segundo inciso manifieste que el vencimiento de los plazos previstos para resolver no exime a la administración de la obligación de resolver. Es decir, habiéndose o no manifestado la resolución en los treinta días que establece el artículo 207 no quiere decir que el proceso no tendrá resolución, sino más bien que puede tener una resolución ya no expresa sino tácita.

El silencio administrativo es una presunción que hace actuar como si equivaliera una decisión confirmatoria (o denegatoria) de las cuestiones articuladas en el proceso administrativo, es decir, hace presumir que los hechos que determinan la constitución de determinado derecho sobre un individuo en efecto ocurrieron, por consiguiente, le da el derecho al individuo. Al respecto, la Corte Nacional de Justicia ya se ha pronunciado

¹⁷ LIMA, Fernando. El Silencio de la Administración y la Habilitación de la Instancia Judicial, *Una Mirada Desde El Fuero Contencioso Administrativo Federal Sobre el Derecho Procesal Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, p. 147-159, 2012.

¹⁸ ECUADOR. Corte Nacional de Justicia. Sentencia n° 134. *Registro Oficial*: Suplemento 82. Quito, 30 out. 2010.

indicando que: el efecto positivo del silencio administrativo no es una presunción de hecho que admite prueba en contrario, sino más bien, una presunción de derecho que da origen a un accionar procesal autónomo.

Por otro lado, el mismo fallo de la CNJ ha manifestado que el silencio administrativo es un derecho autónomo por cuanto:

Nada tiene que ver con los hechos o circunstancias administrativas anteriores a su origen y al que ni siquiera le afecta la contestación negativa del organismo al que se dirigió el pedido, cuando tal declaración es emitida después del término que la ley establece para dar oportuna contestación a su petitorio; por lo cual, la acción que se endereza ante el órgano jurisdiccional no está dirigida a que se declare el derecho, que, como señalamos se encuentra en firme, sino que dicho órgano disponga su ejecución inmediata, de tal forma que una acción de esta clase no da origen a un proceso de conocimiento sino a uno de ejecución.¹⁹

Es decir, el silencio administrativo constituye una barrera en la cual da por efectivamente válidos los hechos constitutivos del derecho que se reclama en la petición, y que, consiguientemente generan el acto administrativo presunto donde se confieren esos derechos exigidos por el administrado, sin embargo, este acto administrativo tácito adolece de ejecutoriedad, por consiguiente, es el fundamento de la acción jurisdiccional.

En el caso ecuatoriano, ya vimos que el artículo 207 *ibidem*, denota que nuestro silencio administrativo es positivo. Pero, por otro lado, la petición es un continente donde el contenido es un derecho concreto y que la concesión de este último depende una declaración inequívoca, clara, que no se tenga duda que en efecto sí se debe reconocer ese derecho, como ya lo vimos en el citado fallo de triple reiteración. Así pues, una persona debe de ejercer su derecho de petición donde contenga un derecho determinado, luego debe de transcurrir el plazo de 30 días sin que la administración haya resuelto su concesión o denegación para que opere el silencio administrativo. Esta institución hace que se ponga una barrera ficticia y se den por verdaderos los hechos o situaciones que fundamentan el derecho exigido y por consiguiente se emita un acto administrativo tácito. No obstante, este acto debe de no adolecer de nulidad y por consiguiente la voluntad debe ser clara conforme la ley, así pues, no puede recaer sobre actos que podrían ser de potestades resolutorias discrecionales. Es decir, debe de darse una relación causa y efecto, donde las causas serán validadas por la ley sin más que decir que se dé la consecuencia legal prevista. Es decir, no cualquier cosa se puede aprobar por silencio administrativo.

Siendo la primera limitante del silencio administrativo, la inequívoca asistencia de un derecho a la persona solicitante, la segunda limitante es la nulidad del acto administrativo presunto. Al respecto, la Corte Suprema de Justicia ha indicado que:

[...] es evidente que tal efecto [silencio administrativo] se produce por la sola falta de contestación a una petición durante un lapso mayor al de 15 días y también es cierto que como consecuencia del silencio administrativo surge un derecho autónomo de ejecución que bien puede ser exigido directamente en la vía administrativa ya en la vía jurisdiccional, derecho este que no sufre mengua ni disminución por una posterior contestación negativa del administrador, al que fue dirigida la petición inicial. Este es evidente y así lo ha confirmado la jurisprudencia reiterativa en más de tres fallos de esta Sala, que

¹⁹ ECUADOR. Corte Constitucional. Sentencia n° 175-15-SEP-CC. Registro Oficial. Quito, 2015.

en consecuencia ha configurado un precedente jurisprudencial obligatorio respecto de la materia. Pero también no es menos cierto que igualmente esta Sala, en más de tres oportunidades, ha señalado que es necesario establecer el alcance de lo que ha sido aprobado mediante el silencio administrativo y al respecto ha transcrito, haciendo suya una cita doctrinal que claramente demuestra los contornos del problema para luego de ella adoptar una decisión; dicha cita manifiesta que: “El problema mayor, y prácticamente el único que el silencio positivo planteaba era el de precisar el contenido concreto de la aprobación o autorización obtenidas por este medio y en los supuestos en que la pretensión ejercitada por el particular o ente público que instó el procedimiento no fuese conforme a Derecho. Tres líneas jurisprudenciales se fueron perfilando al respecto: una primera entendió, en obsequio a la siempre necesaria seguridad jurídica, que, producido el silencio, el proyecto quedaba aprobado en sus propios términos como si hubiese recaído un acto expreso en ese sentido; una segunda más sensible a la legalidad que a la seguridad jurídica consideró, en cambio, que siendo el silencio administrativo creación de la ley, difícilmente podía aceptarse que por esa vía pudiera obtenerse lo que la ley prohibía [lo subrayado me pertenece], por lo que concluyó que el silencio suple, en efecto al acto expreso, pero solo dentro de los límites de la ley, y hasta donde esta permite; finalmente una tercera, en fin, encontró un punto intermedio entre las dos anteriores, aceptando, en principio la obtención por silencio de todo lo pedido con la única excepción de que la autorización o aprobación así ganados adoleciesen de vicios esenciales determinantes de su nulidad de pleno derecho” (Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández: “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo I, Octava Edición Editorial Civitas, Madrid, 1997, pp. 587 y 588). En base de lo antes transcrito la Sala ha adoptado como suya la solución intermedia consistente en considerar que mediante el silencio administrativo se puede aprobar únicamente aquello que de haber sido aprobado por acto expreso del administrador no adoleciese de vicio de nulidad absoluta y siempre que la acción para el caso se haya dirigido a la autoridad competente.²⁰

Para ello, debemos remitirnos a hacer una verificación de los requisitos de artículo 99 del COA, es decir, evaluar si de haber existido un acto administrativo expreso, este hubiese sido expedido por autoridad competente, si el objeto hubiese sido lícito, si la voluntad no hubiese adolecido de vicios. Respecto al requisito de si se cumplió con el requisito de haber llevado a cabo el procedimiento respectivo, considero que no aplica para este caso por cuanto es obvio que la administración no cumplió con el procedimiento por eso no llegó a una resolución. Respecto de si el acto administrativo expreso hubiese tenido motivación considero que tampoco aplica por cuanto la motivación es la relación lógica entre los fundamentos de hecho y de derechos; al ser una acción lógica, es una acción de naturaleza humana, por consiguiente -repito- sólo pudiese haber una motivación presunta si de ratificarse los hechos por el silencio administrativo, la consecuencia unívoca es la dispuesta por ley.

La tercera limitante gira entorno a la pertinencia y procedencia del derecho conferido. La línea de criterio de la Corte Nacional de Justicia ha sido que no toda petición puede ser reconocida como válida vía silencio administrativo, porque se incurriría en el extremo de simplemente solicitar lo que a bien tenga el peticionario, y esperar a que transcurra el tiempo previsto en la ley sin recibir atención, para obtener como reconocido tal “derecho”, sin opción a valorar pertinencia y procedencia.

²⁰ ECUADOR. Corte Suprema de Justicia. Sentencia nº NN. *Gaceta Judicial*. Quito, 21 ago. 2002. v. 17, n. 104

Así pues, podríamos indicar prematuramente que el acto administrativo presunto, fruto del silencio administrativo tiene como limitantes, a raíz del desarrollo jurisprudencial ecuatoriano, las siguientes: la asistencia inequívoca del derecho (al administrado), la validez del acto administrativo presunto (no ser susceptible de nulidad); y, la pertinencia y procedencia del derecho.

Como último punto, cabe ser críticos respecto de la segunda limitante, esto es, la validez del acto administrativo presunto. Como se dijo desde el principio, el silencio administrativo está muy mal conceptualizado en lo que refiere a la práctica administrativa ecuatoriana.

El COA, el citado artículo 207, limita al acto administrativo presunto solo en la medida que este sea anulable; es decir, que incurra en una o muchas de las taxativas causales de anulabilidad del acto administrativo expreso, determinadas en el artículo 105 *ibidem*, a saber:

- 1 Sea contrario a la Constitución y a la ley.
- 2 Viole los fines para los que el ordenamiento jurídico ha otorgado la competencia al órgano o entidad que lo expide.
- 3 Se dictó sin competencia por razón de la materia, territorio o tiempo.
- 4 Se dictó fuera del tiempo para ejercer la competencia, siempre que el acto sea gravoso para el interesado.
- 5 Determine actuaciones imposibles.
- 6 Resulte contrario al acto administrativo presunto cuando se haya producido el silencio administrativo positivo, de conformidad con este Código.
- 7 Se origine en hechos que constituyan infracción penal declarada en sentencia judicial ejecutoriada.
- 8 Se origine de modo principal en un acto de simple administración.

Puntualmente, analizando el numeral segundo, nos vemos obligados a entrar al campo de la subjetividad. Por una parte, la finalidad de la competencia se circunscribirá, de conformidad al artículo 65 *ibidem*, a cumplir los fines del estado, esto es, los 8 deberes primordiales detallados en el artículo 3 de la Constitución de la República, a saber:

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

Por otro lado, la finalidad del acto administrativo es el efecto jurídico fundamental perseguido por el acto administrativo; puede considerarse la prosecución del interés público concreto exigible al acto.²¹ Asegura este autor que la finalidad del acto, para que no se incurra en desviación del poder, debe de tener siempre un parámetro objetivo denominado ley. A criterio propio la conducta generalmente aceptada que el legislador trató de buscar debe de encontrársela al tratar de indagar cuál fue el espíritu de la ley.

Por lo tanto, nuevamente volvemos a hablar de la pertinencia y procedencia del derecho como limitante del silencio administrativo. Así pues, lo solicitado contenido al momento de ejercer el derecho de petición debe ser congruente y coherente con el valor y el principio inmerso en la norma que ha facultado al administrado acceder a la administración. Por otro lado, el funcionario público o la administración judicial que pretende ejecutar por mano propia una petición que ha incurrido en las causas fácticas del silencio administrativo debe, indiscutiblemente, hurgar el espíritu de la competencia administrativa en la ley y en la constitución para ver si la finalidad del acto administrativo presunto es inequívoca al momento que el legislador dio un derecho concreto al ciudadano.

Así podemos ratificar y concluir que no todo derecho es susceptible de silencio administrativo; y, que no únicamente las causales de anulabilidad, detalladas en el COA, son las únicas limitantes del acto administrativo presunto. Debemos observar más allá, ir al desarrollo jurisprudencial y decir que también son limitantes la asistencia inequívoca del derecho (al administrado), la validez del acto administrativo presunto (no ser susceptible de nulidad); y, la pertinencia y procedencia del derecho.

Conclusión:

1 El derecho de petición es un derecho que le asiste a todo ciudadano que engloba la obligación de la administración para responder de forma oportuna y motiva. Da inicio al procedimiento administrativo, sin embargo, no es la única forma de iniciarlo.

2 El inicio del procedimiento puede responder a razones subjetivas, como lo es la exigencia de derechos por parte del ciudadano; o por razones objetivas, que están enmarcadas en la obligación estatal del bienestar común de la sociedad. En el proceso judicial existe el principio de contradicción mientras que en el procedimiento administrativo hay tutela de derechos y autotutela de la actuación administrativa.

3 Las formas de terminación de un procedimiento pueden ser normales y anormales. Las formas normales de terminación de un procedimiento son por medio de acto administrativo expreso o por acto administrativo tácito.

4 El silencio administrativo es una presunción legal (no admite prueba en contrario) con lo cual se dan por verdaderos todos los requisitos constitutivos de derechos alegados por el peticionante.

5 No cualquier derecho se puede conferir por acto administrativo presunto o silencio administrativo.

6 Las limitaciones de este acto administrativo son: la asistencia inequívoca del derecho, la validez del acto administrativo presunto (no ser susceptible de nulidad); y, la pertinencia y procedencia del derecho.

7 La inequívoca asistencia del derecho hace referencia a que, una vez que se den por cumplidos los requisitos constitutivos del derecho, la consecuencia no sea

²¹ CARRETO, Adolfo. Causa, motivo y fin del acto administrativo. *Revista de administración pública*, p. 127-148, 1969.

una discrecionalidad del servidor público, sino que la ley directamente determine la consecuencia.

8 La validez del acto administrativo presunto hace referencia a que se deben de observar los requisitos de validez del acto administrativo expreso, esto es, que sea conferido por autoridad competente, que el objeto de la petición y posterior derecho conferido no sea ilícito, que exista una voluntad determinada en ley.

9 La pertinencia y procedencia del derecho hace referencia a que el derecho constituido por acto administrativo presunto realmente le corresponda al peticionante.

Referencias

AGUILAR, J. P. La extinción de oficio de los actos administrativos de los gobiernos autónomos descentralizados. *FORO*, p. 64, 2010.

ÁVILA, R. Del Estado Legal de Derecho al Estado Constitucional de Derechos y De Justicia. *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*, Montevideo, p. 785-586, 2009.

BERTOLI, A. *Enciclopedia Jurídica Omeba*. Buenos Aires: Driskill S.A., 1991.

CARRETO, A. Causa, motivo y fin del acto administrativo. *Revista de administración pública*, p. 127-148, 1969.

COSTA RICA. Corte Interamericana de Derechos Humanos. Caso Castillo Petruzzi y Otros Vs . Perú nº NN. San José, 1999 . Disponible em: <http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_52_esp.pdf>. Acceso em: 15 maio 2018.

COSTA RICA. Corte Suprema de Justicia. Sentencia de Fondo nº 2004-11879. Relator: Luis Fernando Solano Carrera. Disponible em: <<https://vlex.co.cr/vid/-498733698>>. Acceso em: 25 jun. 2018.

ECUADOR. Corte Constitucional. Sentencia nº 175-15-SEP-CC. *Registro Oficial*. Quito, 2015.

ECUADOR. Corte Nacional de Justicia. Sentencia nº 134. *Registro Oficial: Suplemento* 82. Quito, 30 out. 2010.

ECUADOR. Corte Suprema de Justicia. Fallo de Triple Reiteración nº NN. *Gaceta Judicial*. Quito, 2004.

ECUADOR. Corte Suprema de Justicia. Sentencia nº NN. *Gaceta Judicial*. Quito, 21 ago. 2002. v. 17, n. 104.

ESCOLA, H. *Compendio de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Depalma, v. II, 1984.

FERNANDEZ, J. *Derecho Administrativo*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2016.

GORDILLO, A. *Tratado de Derecho Administrativo y Obras Selectas*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2014.

LIMA, F. El Silencio de la Administración y la Habilitación de la Instancia Judicial. In: VARIOS *Una Mirada Desde El Fuero Contencioso Administrativo Federal Sobre el Derecho Procesal Administrativo*. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo, 2012. p. 147-159.

LINORODRÍGUEZ, A. B. *Derecho de Obligaciones*. Madrid: Editorial Revista de Derecho Privado, 1976. 419-420 p.

MARTÍNEZ, D. El Acto Administrativo de Efectos Generales. *Revista Jurídica Universidad Católica de Santiago de Guayaquil*, p. 555-565, 2010.

PÉREZ, E. *Derecho Administrativo*. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2008.

ZAVALA, J. *Lecciones de Derecho Administrativo*. Guayaquil: Edilex S.A., 2011. 440-443 p.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

BECILLA, Carlos Ernesto. Límites del silencio administrativo como forma de terminación del procedimiento In: GALLO, William Iván et al. (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 185-198. ISBN 978-85-450-0569-8.

PRINCIPIOS Y PRÁCTICA PROBATORIA EN EL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ECUATORIANO, SEGÚN EL CÓDIGO ORGÁNICO ADMINISTRATIVO

LISA ABCARIUS RACINES

1 Introducción

El Código Orgánico Administrativo ecuatoriano es el encargado de, entre otras cuestiones, regular el procedimiento administrativo. No obstante, al ser un cuerpo normativo innovador no se ha generado una investigación exhaustiva que ponga en evidencia los desaciertos que posee en materia probatoria, y que exalte sus beneficios. En tal virtud, a través del presente análisis se determinarán los principios probatorios, forma de práctica y si estos se apegan al marco del debido proceso normado en la Constitución de la República.

2 El debido proceso ecuatoriano

2.1 Principios que conforman el debido proceso ecuatoriano, con enfoque hacia el derecho administrativo:

El derecho al debido proceso, sus garantías y principios vieron la luz, gracias a las declaraciones de derechos, y estas fueron introducidas en la legislación ecuatoriana gracias a la Constitución de 1830.¹ Es decir, no representan un concepto nuevo. Sin embargo, la Constitución de 2008 ha conseguido revestir de mayor especificidad a este derecho fundamental dentro de su artículo 76, que de acuerdo a su redacción se vincula a los procesos. Para poder determinar si esta norma es aplicable al procedimiento administrativo, cabe definir lo que implica un proceso en materia de derecho, y si este concepto es ajeno al de procedimiento.

¹ OYARTE, Rafael. *El debido proceso*. 2. ed. Quito: Corporación de Estudios y Publicaciones, 2016. 3 p.

La doctrina ha adoptado varias posturas al respecto. Por un lado, se ha establecido que entre ambos conceptos no existe una diferencia significativa.² De hecho, el Código Orgánico General de Procesos, norma adjetiva en varias materias de índole jurisdiccional, excluyendo constitucional, penal y electoral, llama procedimientos a los tipos de causa, cuando realiza su enunciación. Por otro lado se han hallado varias diferencias, respecto de las cuales se enunciarán las principales: el proceso corresponde a la potestad jurisdiccional exclusivamente, caso contrario se trata de un procedimiento; y, si a la conclusión del mismo se obtiene como resultado cosa juzgada se trata de un proceso y no de un procedimiento.³

Existen diferencias entre proceso y procedimiento, que darían a reflexionar la razón por la que muchos autores evitan mencionar el término proceso administrativo, los criterios son diversos, y por tanto se puede ampliar la aplicación de esta norma al ámbito administrativo, no solo al judicial, tomando en consideración a estos principios. De hecho, la propia norma en algunos enunciados menciona a las autoridades administrativas de manera expresa como sujetos de cumplimiento de la misma.

Si bien se consagran algunas garantías necesarias para el ejercicio de este derecho fundamental, se analizarán únicamente aquellas que por su naturaleza se ajustan al procedimiento administrativo: En primer lugar, se establece la obligación que tienen los funcionarios públicos de aplicar el ordenamiento jurídico. En segundo lugar, crea una suerte de tipicidad administrativa que consiste en una “predeterminación inteligible de la infracción, de la sanción y de la correlación entre una y otra”,⁴ al establecer que no se puede juzgar a una persona por un hecho que no se encuentre descrito en la normativa vigente. En tercer lugar, se establece al principio de *in dubio pro administrado* sin plantearlo expresamente como tal, cuando se menciona que: “en caso de conflicto entre dos leyes de la misma materia que contemplen sanciones diferentes para un mismo hecho, se aplicará la menos rigurosa, aun cuando su promulgación sea posterior a la infracción”.⁵ Este último, dentro de la norma, se complementa con el de favorabilidad. En cuarto lugar, se determina que toda prueba contraria a la regulación normativa ecuatoriana no puede ser tomada en cuenta, esto incluye también al procedimiento administrativo. Finalmente, enumera las garantías que comprende el derecho a la defensa.

Bajo este argumento, se puede determinar que el derecho a la defensa, dentro de la redacción de la Constitución de la República del Ecuador es una garantía del debido proceso y no un derecho independiente. Sin embargo, este también posee sus propias garantías. Al igual que con el debido proceso, se analizarán las principales garantías del derecho a la defensa con observancia al procedimiento administrativo: No se puede privar a una persona de su ejercicio de este derecho, contando con el tiempo necesario para preparar su defensa; los procedimientos atienden al principio de publicidad, que

² GÓMEZ, Daniel Marqués. *Los procedimientos administrativos materialmente jurisdiccionales como medios de control en la administración pública*. Ciudad de México: Universidad Nacional Autónoma de México, 2003. 31 p. ISBN: 970-32-0043-5.

³ GRADOS, Guido Águila. *Lecciones de derecho procesal civil*. Lima: Fondo Editorial de La Escuela de Altos Estudios.

⁴ ESPAÑA. Tribunal Supremo Sala de lo Contencioso. STS 7079/2011 Recurso de Casación. Recurrente: Letrado de la Comunidad de Madrid. Recurrido: Administración General del Estado. Ponente: Jesús Ernesto Peces Morate. Madrid. 4 de noviembre de 2011. Publicado por Poder General de la Nación. Recuperado de <<http://www.poderjudicial.es/search/documento/TS/6186252/aguas/20111119>>

⁵ ECUADOR (Estado). Constitución (2008). Constitución de La República del Ecuador. Registro Oficial N° 449, de 20 de octubre de 2008. Quito.

consiste en que las partes interesadas dentro del proceso puedan conocer todas las actuaciones llevadas en él, sin existir información que les sea confidencial; el principio *non bis in ídem*, aplicable a toda materia, incluyendo al derecho administrativo; el derecho de recurrir de toda resolución; y, la obligatoriedad de los servidores públicos y autoridades de motivar sus resoluciones, pero que esta no se limite a una simple enunciación de normas, so pena de incurrir en una posterior declaratoria de nulidad.

2.2 La oralidad

En el Ecuador, dentro de todo proceso judicial se ha instaurado el sistema dispositivo, conforme lo establecido en el artículo 75 de la Constitución, con la particularidad de que este sistema se plasma a través de la oralidad, conforme el artículo 168 del Código Orgánico de la Función Judicial. Ahora bien, el procedimiento administrativo se encuentra apartado de la esfera judicial, sin embargo resulta útil analizar si este se apega a este sistema y si el medio para su sustanciación es la oralidad.

El Código Orgánico Administrativo establece en su artículo 137 lo siguiente: “La administración pública puede convocar a las audiencias que requiera para garantizar la inmediación en el procedimiento administrativo”.⁶ No obstante, esto es meramente facultativo.

Si bien, llevar a cabo audiencias orales no resulta obligatorio para el artículo 137 del Código Orgánico Administrativo, el artículo 197 del mismo cuerpo normativo establece que en caso de evacuar prueba pericial o testimonial, se debe convocar a audiencia. Entonces, bajo esta idea, la obligatoriedad de aplicar la oralidad dentro de un procedimiento administrativo es únicamente cuando se requiere la práctica de prueba testimonial, en contraposición a todo proceso judicial.

La oralidad será, un punto de partida para obtener un conocimiento mayor acerca de los medios de prueba consagrados en la legislación ecuatoriana, y que son utilizados en el procedimiento administrativo.

3 Del procedimiento administrativo ecuatoriano

3.1 De los principios que rigen al procedimiento administrativo ecuatoriano

El Código Orgánico Administrativo en sus artículos 29 y 30, consagra únicamente dos principios inherentes al procedimiento administrativo de manera expresa: tipicidad, que en concordancia con el artículo 76 de la Constitución, se establece que: “son infracciones administrativas las acciones u omisiones previstas en la ley”;⁷ de manera rigurosa, que no admite interpretación de manera extensiva o de carácter análogo; irretroactividad, que regula lo siguiente: los hechos son resueltos con la normativa procesal y sustantiva administrativa vigente, pero la ley puede tener un efecto retroactivo

⁶ ECUADOR. (2017). Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial No. 31, de 7 de julio de 2017. Quito.

⁷ ECUADOR (Estado). Constitución (2008). Constitución de La República del Ecuador. Registro Oficial N° 449, de 20 de octubre de 2008. Quito.

cuando se trate de favorecer al infractor, siguiendo lo dispuesto por el artículo 76 de la Constitución.

Sin perjuicio de lo expuesto, la Constitución de la República en su artículo 75 establece los principios que conforman a todo proceso en general, a más del derecho al debido proceso que ha sido previamente analizado.

En tal virtud, cabe manifestar que el procedimiento administrativo también se rige por los siguientes principios: gratuidad, tutela efectiva que “tiene relación con el derecho de acceso a los órganos jurisdiccionales para que, luego de un proceso que observe las garantías mínimas establecidas en la Constitución y la ley”,⁸ intermediación que es la necesidad de que la autoridad esté en pleno conocimiento acerca de la prueba que ha sido actuada,⁹ y celeridad que es la obligación que tienen las autoridades de llevar los procesos de forma expedita.

3.2 Del procedimiento administrativo

El procedimiento administrativo como tal se encuentra regulado en el Libro II del Código Orgánico Administrativo. Quien actúa en calidad de directora de este es la Administración Pública, comprendida en este cuerpo normativo como: “las entidades del sector público previstas en la Constitución de la República”.¹⁰ Ahora bien, a la dirección del procedimiento administrativo, también le es imputable la responsabilidad de impulsarlo, haciendo para la parte interesada algo facultativo.

Para efectos de entrar en análisis acerca de la prueba dentro del procedimiento administrativo, cabe exponer cómo se desarrolla. Para empezar, este “puede iniciarse de oficio o a solicitud de la persona interesada”.¹¹ Sin embargo, pueden concurrir varias situaciones: por iniciativa propia de la Administración Pública, por orden objetable de un órgano superior jerárquicamente, por una petición debidamente justificada que provenga de “cualquier órgano administrativo que no tiene competencia para iniciarlo y que tiene conocimiento de su objeto”,¹² por denuncia de cualquier persona que conozca los hechos.

Por otro lado, la Autoridad Pública podrá dictar medidas cautelares, exclusivamente cuando la ley así se lo faculte, inclusive una vez iniciado el procedimiento, en caso de existir mérito suficiente. Las medidas cautelares no deben ser necesariamente notificadas. Dentro del procedimiento administrativo puede practicarse prueba, sin embargo este elemento será analizado posteriormente.

Finalmente, el procedimiento administrativo termina por siete posibles causas: “1. El acto administrativo. 2. El silencio administrativo. 3. El desistimiento. 4. El abandono. 5. La caducidad del procedimiento o de la potestad pública. 6. La imposibilidad material de continuarlo por causas imprevistas. 7. La terminación convencional”.¹³

⁸ ECUADOR. Corte Constitucional. Acción Extraordinaria de Protección n° 121-13-SEP-CC. Caso No. 0586-11-EP. *Registro Oficial*. Disponible en: <http://portal.corteconstitucional.gob.ec/Raiz/2013/121-13-SEP-CC/REL_SENTENCIA_121-13-SEP-CC.pdf>. Acceso en: 23 de junio 2018.

⁹ GUTIÉRREZ, Ana Isabel Luaces. *La prueba pericial en el proceso administrativo*: Incidencias prácticas por la aplicación de la L.E.C. Sevilla: Centro de Estudios Ramón Areces S.A., 2004. 84 p.

¹⁰ ECUADOR. (2017). Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial No. 31, de 7 de julio de 2017. Quito.

¹¹ ECUADOR. (2017). Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial No. 31, de 7 de julio de 2017. Quito.

¹² ECUADOR. (2017). Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial No. 31, de 7 de julio de 2017. Quito.

¹³ ECUADOR. (2017). Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial No. 31, de 7 de julio de 2017. Quito.

4 Consideraciones preliminares de la prueba dentro del procedimiento administrativo

4.1 Principios probatorios

El Código Orgánico Administrativo contiene en su Libro Preliminar, Capítulo Primero Principios Generales, 28 principios generales, sin embargo ninguno de ellos se encuentra enunciado de manera expresa como perteneciente a los inherentes a la prueba. Esto puede ser subsanado extrayendo aquellos aplicables a la práctica probatoria *per sé*.

No obstante, el único hallado dentro de los principios generales fue el de transparencia que consiste en permitir el acceso ilimitado del administrado a la información de interés general, facilitando así su acceso a los medios probatorios.¹⁴

Ahora bien, al revisar el Libro Segundo del Código Orgánico Administrativo, en particular en el capítulo tercero correspondiente a la prueba, se pueden encontrar dos principios, que si bien no están expresamente catalogados como tales son la base de la práctica probatoria, y por lo tanto interesan a este estudio:

Principio de oportunidad que tiene relación con que “el derecho de probar correspondiente a las partes y que el poder oficioso del juez para decretar y practicar pruebas, deben ser ejercitados en las oportunidades que la ley procesal señala”.¹⁵ El hecho de que esta definición mencione únicamente a la autoridad jurisdiccional, no quita la aplicabilidad de esta norma a la esfera del procedimiento administrativo.

Principio de contradicción que sirve para conformar el criterio de quien emitirá la correspondiente resolución, y opera desde el debate sobre su admisibilidad hasta su práctica a fin de quitarle mérito de convicción.¹⁶ Este ciertamente será la base de la práctica probatoria, pues en síntesis comprende la posibilidad de las partes de refutar la prueba presentada por su contraparte, y de presentar elementos probatorios de manera oportuna que desvanezcan sus hechos alegados, todo esto con apego al principio de oportunidad probatoria, previamente analizado.

4.2 Carga probatoria

En relación a la carga probatoria, el Código Orgánico Administrativo establece en su artículo 256 que le corresponde a la Administración Pública dentro de un procedimiento administrativo sancionador probar sus asertos, con la excepción respecto a eximentes de responsabilidad.

Es correcto afirmar que la Administración Pública deba realizar un análisis y posterior esclarecimiento de los hechos, pues “es la administración la que tiene la obligación de probar por cuanto en ella recae el deber de encontrar la verdad”,¹⁷ posteriormente motivar sus resoluciones en base a los medios probatorios u argumentos

¹⁴ ECUADOR. (2017). Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial No. 31, de 7 de julio de 2017. Quito.

¹⁵ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalia, 1999. 358 p.

¹⁶ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalia, 1999. 97 p.

¹⁷ RIVERA, Carlos Alexander Ponce. La actividad probatoria como parte del debido procedimiento en los procedimientos administrativos sancionadores. *Lex*, [s.l.], v. 15, n. 20, p.339-370, 2 de diciembre de 2017. Universidad Alas Peruanas S.A.. <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v15i20.1448>.

fácticos obtenidos. Esto puede constituir beneficioso para el administrado porque la responsabilidad de aportar prueba no recae enteramente sobre él.

Por otro lado, de la redacción de este artículo se desprende que todo hecho constatado por servidores públicos constituye prueba si se llegare a formalizar en documento público. A efectos de la legislación ecuatoriana, un documento público implica aquel “autorizado con las solemnidades legales”.¹⁸ No obstante, también pueden ser considerados instrumentos públicos “los mensajes de datos otorgados, conferidos, autorizados o expedidos por y ante autoridad competente y firmados electrónicamente”.¹⁹ En tal virtud, cualquier declaración realizada por un servidor público con competencia en la materia constituye prueba, y quien resuelve el procedimiento administrativo sancionador es quien ha realizado dicha declaración, convirtiéndose en una suerte de juez y parte.

Sin embargo, el artículo 195 del mismo cuerpo normativo establece que: “Cuando se trata del ejercicio de potestades sancionadoras o de determinación de responsabilidades de la persona interesada, la carga de la prueba le corresponde a la administración pública”,²⁰ caso contrario esta le es inherente al administrado. Bajo este concepto entonces, la carga de la prueba recae sobre la Administración Pública siempre que sea un procedimiento administrativo sancionador, de lo contrario recae al administrado.

Adicionalmente, cabe analizar que aunque la carga probatoria le compete a la Administración Pública, el administrado no debe dejar que su situación únicamente dependa de esta, lo ideal es que aporte con sustentos de descargo: “el administrado tiene la obligación de aportar medios probatorios que desacrediten las imputaciones realizadas en la primera oportunidad que tenga, por cuanto es quien conoce de mejor manera cómo es que los hechos han acontecido”.²¹

Finalmente, cuando se trata de la demostración de existencia de responsabilidad extracontractual del Estado, el artículo 338 del Código Orgánico Administrativo prevé que la carga probatoria recae sobre quien la alega, pero sin eliminar la obligación que tiene la Administración Pública de probar “los eximentes de responsabilidad y la prueba de la diligencia exigible, en el caso de acciones u omisiones lícitas, en actividades que no son anormalmente peligrosas”,²² las últimas que derivan en responsabilidad objetiva del Estado.

¹⁸ ECUADOR. (2015). Código Orgánico General de Procesos n° Registro Oficial Suplemento No. 506, de 22 de mayo de 2015. Quito.

¹⁹ ECUADOR. (2015). Código Orgánico General de Procesos n° Registro Oficial Suplemento No. 506, de 22 de mayo de 2015. Quito.

²⁰ ECUADOR. (2017). Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial No. 31, de 7 de julio de 2017. Quito.

²¹ RIVERA, Carlos Alexander Ponce. La actividad probatoria como parte del debido procedimiento en los procedimientos administrativos sancionadores. *Lex*, [s.l.], v. 15, n. 20, p.339-370, 2 de diciembre de 2017. Universidad Alas Peruanas S.A.. <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v15i20.1448>.

²² ECUADOR. (2017). Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial No. 31, de 7 de julio de 2017. Quito.

5 De los medios probatorios y práctica, conforme el Código Orgánico Administrativo

5.1 Medios probatorios admisibles

El artículo 199 establece cuáles son los medios de prueba admisibles dentro de un procedimiento administrativo: “Los hechos para la decisión en un procedimiento pueden acreditarse por cualquier medio de prueba admisible en Derecho, con excepción de la declaración de parte de los servidores públicos”.²³ Dado que esta norma resulta un tanto escueta, y puede representar un problema interpretativo, cabe realizar un análisis respecto a qué medios de prueba son admisibles en derecho y que tienen concordancia con el espíritu del procedimiento administrativo.

El Código Orgánico Administrativo no hace remisión expresa en cuanto a supletoriedad con ningún cuerpo normativo de carácter procesal, que generalmente son los que enuncian los medios de prueba admisibles. Sin embargo, dada la apertura de la norma se hará un análisis tanto normativo como doctrinario al respecto.

El Código Orgánico General de Procesos, vigente desde 22 de mayo de 2016, que regula todo proceso judicial, con las excepciones previamente expuestas, que incluye a la materia contencioso-administrativa, consagra los siguientes medios probatorios:

Prueba testimonial, regulada desde su artículo 174 hasta su artículo 192. Esta se lleva a cabo a través de interrogatorio o examen y contrainterrogatorio o contraexamen, a través de los siguientes tipos de declaración: declaración de parte, es decir cualquiera de las personas que intervienen en el proceso por solicitud de una de ellas, sin que sea necesariamente la otra; declaración testimonial, es decir de una: “persona que presencia o adquiere directo y verdadero conocimiento de algo”;²⁴ declaración de testigo hostil, que es aquel que mantiene un sesgo hacia su contraparte y puede ser declarado como tal;²⁵ declaración de peritos, o “personas que cuentan con una experticia especial en un área de conocimiento derivada de sus estudios o especialización profesional, del desempeño de ciertas artes o del ejercicio de determinado oficio”.²⁶ Cabe mencionar que los peritos deben encontrarse inscritos ante el Consejo de la Judicatura a fin de actuar como tales.

Prueba documental, regulada desde su artículo 193 hasta su artículo 220, que puede ser presentada a través de documentos privados y públicos, anunciada y aparejada dentro de la demanda o contestación, admitida en audiencia única o preliminar dependiendo del tipo de proceso, y finalmente practicada en audiencia única o de juicio de acuerdo a la regulación del proceso al que pertenece.

Prueba pericial, regulada desde su artículo 221 hasta su artículo 223, que a efectos del presente estudio se encuentra inmersa en la prueba testimonial analizada con antelación dentro de la prueba testimonial porque si bien los peritos presentan un informe por escrito, este carece de validez si no se sustenta a través de declaración.

²³ ECUADOR. (2017). Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial No. 31, de 7 de julio de 2017. Quito.

²⁴ REAL ACADEMIA DE LA LENGUA ESPAÑOLA. *Diccionario de la RAE*. 2017. Disponible en: <<http://dle.rae.es/?id=ZfWvJyK>>. Acceso en: 25 de junio de 2018.

²⁵ CAMPOS, Luis María Bunge. *Cross Examination. Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, v. 63, p.45-61, 1995. Disponible en: <http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/lecciones_y_ensayos_nro_0063.pdf>. Acceso en: 24 de junio de 2018

²⁶ DUCE, Mauricio. *La prueba pericial*. Buenos Aires: Didot, 2015. 29 p.

Inspección judicial, regulada desde el artículo 228 hasta el artículo 232, que consiste en una verificación física por parte del juzgador respecto del objeto del litigio. Si bien el término judicial podría disuadir de considerarla aplicable al procedimiento administrativo, ¿qué tan descabellado resultaría que la autoridad administrativa realice alguna verificación física de algún lugar u objeto en determinación? “Por ejemplo, si el Ministerio de Salud decidiera iniciar un procedimiento administrativo sancionador por el mal manejo de desechos de un hospital, podría el encargado de la evaluación acudir a sus instalaciones a fin de constatar el cómo se manejan dichos desechos, en una especie de inspección administrativa.

El Código Orgánico Integral Penal, vigente desde 10 de agosto de 2014, que regula los procesos dentro de la esfera penal y contravencional, ha establecido la existencia de los siguientes medios probatorios, conforme se enlista en su artículo 498:

Prueba documental, regulada desde su artículo 499 hasta su artículo 500 que puede ser presentada de manera física o por cualquier medio tecnológico.

Prueba testimonial, regulada desde su artículo 501 hasta su artículo 506, que se realiza a través de examen o interrogatorio y contraexamen o contrainterrogatorio de la persona procesada penalmente, de las víctimas o de terceros que conozcan los hechos, así como de peritos que al igual que en el Código Orgánico General de Procesos, deben ser inscritos ante el Consejo de la Judicatura.

Prueba pericial, regulada en su artículo 511, que al igual que en el análisis anterior se puede incluir en la prueba testimonial por la obligatoriedad que tienen los peritos de sustentar sus informes en audiencia.

El Código Orgánico Integral Penal, adicionalmente en su artículo 616 incorpora a la prueba material, al establecer que “Los objetos que pretendan ser incorporados como prueba podrán ser exhibidos y examinados por las partes en el juicio si están relacionados con la materia de juzgamiento”.²⁷ Dentro del procedimiento administrativo debería permitirse la exhibición de objetos en caso de ser necesario.

Respecto a todos los medios de prueba analizados que existen dentro de la legislación en materia procesal ecuatoriana, se pueden sintetizar los siguientes: documental, testimonial, pericial como parte de la testimonial, inspección y material. Haciendo a un lado a la inspección y prueba material que se demostró puede ser compatible con el procedimiento administrativo, se demostrará si los demás son aplicables al procedimiento administrativo ecuatoriano.

En cuanto a la prueba documental, resultaría ilógico pretender excluirla porque en sí el expediente administrativo se constituye de documentos de diversa índole, así sea de forma electrónica, conforme el artículo 146 del Código Orgánico Administrativo. La discrepancia se presenta en su práctica, conforme será analizado posteriormente.

La prueba testimonial, por su parte, no solo que es aplicable por naturaleza, sino que es la única categoría que sí se ha consagrado expresamente en el Código Orgánico Administrativo, particularmente en su artículo 197. No obstante, se elimina por completo la posibilidad de que los servidores públicos rindan declaración de parte.

La primera reflexión que se realiza respecto a esta prohibición es: ¿quién mejor para exponer su visión de los hechos que el servidor público que los ha presenciado,

²⁷ ECUADOR. *Código Orgánico Integral Penal*. Registro Oficial Suplemento No. 180. Quito.

considerando que estos son los encargados de proveer la prueba dentro de un procedimiento administrativo sancionador? Al contrario, ¿quién mejor que el servidor público que emitirá una futura resolución para rendir cuentas al administrado respecto de sus actuaciones?

La segunda reflexión va encausada hacia el derecho a la contradicción y por lo tanto al debido proceso que debe ejercer el administrado en todo momento, porque este se encuentra “íntimamente ligado al de igualdad y al de audiencia y por medio del mismo se trata de garantizar el derecho de las partes de un proceso de naturaleza contenciosa a oponerse a cualquier acto realizado a instancia de la contraparte”.²⁸ Si la Administración Pública puede conainterrogar al administrado pero este no puede conainterrogar a su contraparte, entonces no se cumple esta igualdad y oposición por lo que se puede concluir que el derecho a la contradicción es vulnerado.

Por su parte, la doctrina expresa que la prueba responde al siguiente concepto: “Trátase del conjunto de elementos que se aceptan en una causa para acreditar las afirmaciones de hecho en torno a las cuales debaten las partes ante el tribunal”.²⁹ Por lo tanto, resulta de total necesidad para el ejercicio del debido proceso.

Bajo esta idea, existen dos fuentes de las que se derivan los medios probatorios: las personas y los objetos demostrativos.³⁰ Un ejemplo del primero es la prueba testimonial, mientras que del segundo podría ser la prueba material. Por otro lado, se han establecido los “medios de prueba directos e indirectos o circunstanciales”,³¹ siendo los directos, aquellos que demuestren hechos principales como por ejemplo un testigo que presencié los hechos; mientras que el indirecto son “vestigios que permitan acreditar algo, de ahí lo indirecto de este medio probatorio”,³² como por ejemplo cierta prueba documental.

En conclusión, tanto en la normativa ecuatoriana como en la doctrina se han incluido como medios de prueba a la prueba documental, testimonial (que contiene a la pericial), a la material y a la inspección. Dado que todas ellas son compatibles al procedimiento administrativo, se las constituye como tales.

5.2 De la práctica probatoria con el Código Orgánico Administrativo

A través de este apartado se analizará cada medio probatorio estudiado previamente y cómo se practica dentro de un procedimiento administrativo:

Prueba documental: No existe norma expresa donde se establezca la forma mediante la cual se practica la prueba documental, conforme el Código Orgánico

²⁸ ARAZZANDI. *Contradicción*. Disponible en: <<http://bv.unir.net:2048/login?url=http://aranzadi.aranzadidigital.es/maf/app/document?docguid=Ib89c26c0254411e0b4f201000000000&sruid=i0ad6adc6000016434fad2fee3c6c9c0&src=withinResuts&spos=1&epos=1>>. Acceso en: 23 de junio 2018.

²⁹ PACHECO, Claudio Meneses. FUENTES DE PRUEBA Y MEDIOS DE PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL. *Ius Et Praxis*, Santiago de Chile, v. 14, n. 2, p.43-86, 2008. SciELO Comisión Nacional de Investigación Científica Y Tecnológica (CONICYT). <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-00122008000200003>.

³⁰ PACHECO, Claudio Meneses. FUENTES DE PRUEBA Y MEDIOS DE PRUEBA EN EL PROCESO CIVIL. *Ius Et Praxis*, Santiago de Chile, v. 14, n. 2, p.43-86, 2008. SciELO Comisión Nacional de Investigación Científica Y Tecnológica (CONICYT). <http://dx.doi.org/10.4067/s0718-00122008000200003>.

³¹ VILLANUEVA, Raúl Plascencia. *Los medios de prueba en materia penal*. 2016. Disponible en: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3361/3891>>. Acceso en: 20 de junio de 2018.

³² VILLANUEVA, Raúl Plascencia. *Los medios de prueba en materia penal*. 2016. Disponible en: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-comparado/article/view/3361/3891>>. Acceso en: 20 de junio de 2018.

Administrativo, lo que representa un inconveniente que la Administración Pública deberá enfrentar. Como se analizó con anterioridad, este cuerpo normativo no maneja un sistema oral completo, dado que las audiencias únicamente son convocadas para la práctica de prueba testimonial.

Si la prueba documental no se practica en audiencia, entonces ¿cómo se la realiza? Será obvio mencionar que todo medio probatorio al alcance del interesado deberá ser aportado al expediente por él. En caso de no tener acceso, el artículo 194 del cuerpo normativo en análisis establece que la administración pública la solicitará. Sin embargo, no necesariamente el que un documento sea aparejado al expediente administrativo quiere decir que la prueba sea practicada.

A modo de comparación, en las materias reguladas por el Código Orgánico General de Procesos la prueba se produce en audiencia de juicio de la siguiente forma: “Los documentos se leerán y exhibirán públicamente en su parte pertinente”.³³ La posibilidad de que la información sea leída a conveniencia de las partes asegura de manera fiel el ejercicio al derecho a la contradicción, porque se puede enfocar la lectura del medio probatorio hacia lo que se pretende demostrar, sin dejar que se den interpretaciones distintas a las de quien le beneficia. Por otro lado, abre la puerta para su refutación e inclusive comunidad de la prueba, entendida como “que ella no pertenece a quien la aporta y que es improcedente pretender que solo a este beneficie”.³⁴

Prueba testimonial y pericial: El artículo 197 del Código Orgánico Administrativo establece que “la administración o la persona interesada podrán contrainterrogar a peritos y testigos cuando se hayan emitido informes o testimonios en el procedimiento”.³⁵ De esta norma se presume que los testimonios ya debieron realizarse para que el contraexamen se efectúe, pero deja algunas dudas: ¿en qué momento se realiza el correspondiente examen, es dentro de la misma diligencia?, ¿al establecer que se pueden contrainterrogar a los peritos que realicen informes es meramente facultativo, es decir el informe por sí solo constituye prueba independientemente del testimonio? La respuesta a estas interrogantes se halla dentro del inciso final del mismo artículo donde se establece que los testimonios y pericias se agregarán por escrito en declaración juramentada, eliminando nuevamente a la oralidad como principio, contraviniendo la tendencia que se ha instaurado en Ecuador en materia procesal. Esto implica un retroceso normativo donde la contradicción y transparencia no se cumplen a cabalidad.

En relación a la forma en la que se practica la prueba testimonial, el propio artículo analizado establece tres condiciones con las que deberán cumplir las preguntas formuladas, que se revisarán a continuación:

“Se realizarán preguntas cerradas cuando se refieran a los hechos que hayan sido objeto de los informes y testimonios”.³⁶ Las preguntas cerradas son aquellas que “están direccionadas a la búsqueda de determinadas proposiciones fácticas, (...) pero que no llegan a sugerir la respuesta al testigo”.³⁷ Es decir, destacan algún punto favorable para

³³ ECUADOR. (2015). Código Orgánico General de Procesos n° Registro Oficial Suplemento No. 506, de 22 de mayo de 2015. Quito.

³⁴ ECHANDÍA, Hernando Devis. *Teoría General de la Prueba Judicial*. Buenos Aires: Víctor P. de Zavalia, 1999. 118 p.

³⁵ ECUADOR. (2017). Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial No. 31, de 7 de julio de 2017. Quito.

³⁶ ECUADOR. (2017). Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial No. 31, de 7 de julio de 2017. Quito.

³⁷ RÚA, Gonzalo. *Examen directo de testigos*. Buenos Aires: Didot, 2015. 28 p.

quien la formula, sin introducir directamente la respuesta. Generalmente, las preguntas cerradas se permiten en examen y contraexamen, junto con las abiertas, dentro de la doctrina y la legislación en materia procesal.

Por otro lado, las preguntas sugestivas “son aquellas que incorporan su propia respuesta”.³⁸ Con este tipo de pregunta quien se luce ante la autoridad es quien interroga y no el testigo, pero son útiles a fin de encaminar satisfactoriamente la declaración de la contraparte o testigos aportados por ella. Si bien no se encuentran en el Código Orgánico Administrativo es necesario analizarlas, justamente porque tanto la doctrina como la normativa procesal ecuatoriana permiten su uso en contraexamen. Un error del cuerpo normativo analizado es justamente su exclusión.

“Se realizarán preguntas abiertas cuando se refieran a nuevos hechos respecto de aquellos expuestos en sus informes y testimonios. No se presupondrá el hecho consultado o se inducirá a una respuesta”.³⁹ Nuevamente se entiende que las preguntas abiertas o narrativas se podrán formular solo respecto a hechos nuevos de los previamente tratados, pero para que esto se cumpla debió ya haberse llevado a cabo un examen, que no se encuentra ni enunciado ni regulado. Por otro lado, se limita a la realización de solo preguntas cerradas en el contrainterrogatorio y abiertas como excepción, limitando el ejercicio del derecho al debido proceso y a la contradicción. Bajo esta idea, el principio de libertad probatoria queda descartado del Código Orgánico Administrativo.

“Las preguntas serán claras y pertinentes”.⁴⁰ Esta condición es común dentro de todo interrogatorio, una pregunta oscura o ambigua puede generar capciosidad, así como una pregunta impertinente representa un peligro para desviar los puntos en contradicción.

Si bien ya se ha realizado un estudio acerca de cómo deben formularse las preguntas en el contraexamen regulado por el Código Orgánico Administrativo, ¿qué sucede si quien incumple con las preguntas prohibidas es la administración pública?, ¿se puede objetarlas?, ¿quién resolvería estas objeciones?

En controversias tramitadas en sede judicial, existe un juez que actúa como imparcial y que dirige el proceso que las partes desarrollan. Este tercero imparcial es quien resuelve objeciones en caso de ser planteadas y vela por los derechos de los comparecientes. No obstante, en un procedimiento administrativo no existe un tercero imparcial porque quien resuelve el fondo también actúa como parte.

El Código Orgánico Administrativo no consagra a las objeciones, pero tampoco hace mención alguna acerca de cómo poner en evidencia de que se está utilizando un tipo de pregunta ilegítima. La administración pública en este caso actuaría como una suerte de juez y parte.

Adicionalmente, cabe destacar la prohibición que tienen los servidores públicos para rendir testimonio, lo que se convierte en una situación probatoria desproporcional para el administrado.

³⁸ BAYTELMAN, Andrés; DUCE, Mauricio. *Litigación Penal y Juicio Oral*. Quito: Fundación Esquel, 2004. 62 p.

³⁹ ECUADOR. (2017). Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial No. 31, de 7 de julio de 2017. Quito.

⁴⁰ ECUADOR. (2017). Código Orgánico Administrativo. Registro Oficial No. 31, de 7 de julio de 2017. Quito.

6 Conclusiones

La Constitución de la República del Ecuador en su artículo 76 consagra al derecho al debido proceso junto con sus garantías básicas, dentro de las que se halla el derecho a la defensa. Bajo este escenario se han regulado los principios básicos que posee el procedimiento administrativo.

El procedimiento administrativo, a diferencia de los procesos judiciales no se rige enteramente por medio de la oralidad, lo que podría representar un retroceso en términos de la tendencia actual.

Existen pocos principios probatorios a diferencia de los consagrados en la normativa procesal y que resultan específicos pese a que el Código Orgánico Administrativo tiene más de 25 principios generales.

En cuanto a los medios de prueba permitidos por el Código Orgánico Administrativo, se concluye que podrían ser los siguientes: documental, testimonial, pericial, material e inspección.

La práctica probatoria no se encuentra adecuadamente regulada por no establecer la forma en la que se produce la prueba documental, la prueba pericial es independiente a la testimonial, contrario a la sede judicial, y la prueba testimonial contiene una serie de falencias.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ABCARIUS, Lisa. Principios y práctica probatoria en el procedimiento administrativo ecuatoriano, según el código orgánico administrativo. In: GALLO, William Iván et al. (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 199-210. ISBN 978-85-450-0569-8.

RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL Y EXTRACONTRACTUAL DEL ESTADO

KEVIN ARNEY ALBÁN GUATO

1 Introducción

Haciendo un breve recuento en cuanto a la evolución histórica del Estado y su responsabilidad, es menester partir desde el Estado Absolutista en el que el poder estaba concentrado en una sola persona, sin límites al poder, la concentración del ejercicio del poder público en un solo sujeto permite la inseguridad e inestabilidad en el cumplimiento de las leyes, pues el gobernante absoluto tiene todas las prerrogativas para derogarlas o excepcionarlas a capricho, al estar el Derecho sometido al gobernante absoluto, este podía adecuar el ordenamiento jurídico, la justicia y las demás reglas del juego a su antojo sin que sea susceptible de ser juzgado por sus propios actos.

Esta situación es corregida por el Estado de Derecho y la división de Funciones, mal conocida como “división de poderes”, pues poder público es solo uno, mismo que le cumple desempeñar diversas funciones por medio de sus diferentes órganos estatales, esta división de funciones tiene su explicación en la necesidad de evitar la concentración del poder público, contrarrestar los excesos, en superación del Estado absolutista y la arbitrariedad de la que derivaba.

La superación del Estado Absolutista por el Estado de Derecho tenía su esencia en la democracia, al estar el Estado sometido al Derecho y el Derecho en el sustento popular, la finalidad del Estado es satisfacer las necesidades de su población.

En un comienzo, la responsabilidad estatal, a falta de una normativa especializada en la materia, empezó aplicándose las disposiciones del ordenamiento civil, pero el ejercicio público es especial y distinta a las particulares, pues sus fines son satisfacer necesidades colectivas y el interés general prima por sobre el particular y como es de conocimiento de todos, en derecho público solo se puede hacer lo que la norma manda, contrario al derecho privado, que lo que no está prohibido, está permitido.

La sociedad no es estática, va evolucionando y a la par los problemas sociales también van de la mano con la evolución, por ende el sistema normativo no puede quedarse estancado, sino también debe encontrar su ritmo en las nuevas exigencias que se genera en la sociedad.

En la actualidad ecuatoriana, el siete de Julio del presente año (2018), entrará en vigencia el Código Orgánico Administrativo, cuyo análisis y críticas al mismo, resulta inherente y de vital importancia para la temática abordada en el presente ensayo, que estoy seguro, será de su interés.

2 Responsabilidad

Etimológicamente, “la palabra responsabilidad proviene del latín *responsum*, que es una forma de ser considerado sujeto de una deuda u obligación”.¹

Según la definición de la Real Academia de la Lengua Española “f. Deuda, obligación de reparar y satisfacer, por sí o por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal.

f. Der. Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente”.

La Declaración de Responsabilidades y Deberes Humanos, hace una diferenciación respecto a la definición de deber y responsabilidad “(a) Deber significa una obligación ética y moral.

(b) Responsabilidad significa una obligación que tiene fuerza legal de acuerdo con el derecho internacional actual [...]”²

Guillermo Cabanellas acerca de la responsabilidad menciona “Obligación de reparar y satisfacer por uno mismo o, en ocasiones especiales, por otro, la pérdida causada, el mal inferido o el daño ocasionado. / En materia civil: la obligación de resarcir, en la medida de lo posible, el daño causado y los perjuicios inferidos por uno mismo o por un tercero, sin causa que excuse de ello”.³

Una acotación muy importante es que para ser considerado responsable de la acción u omisión de una obligación, ya sea de dar, hacer o no hacer, no debe mediar existencia alguna de causa excluyente de dicha responsabilidad (como fuerza mayor, caso fortuito, etc.).

3 Principio de responsabilidad del Estado en vinculación con el principio de legalidad

Con lo mencionado en líneas introductorias, la responsabilidad del Estado configura ser un importante paso en la superación del Estado absolutista al Estado de

¹ <<https://es.wikipedia.org/wiki/Responsabilidad>>.

² La Declaración de Responsabilidades y Deberes Humanos (DRDH), se realizó en el marco de la UNESCO y con el apoyo de la Oficina del Alto Comisionado para los Derechos Humanos, y fue proclamada en 1998 para conmemorar el 50 aniversario de la Declaración Universal de los Derechos Humanos en la ciudad de Valencia, con la participación de la asociación ADC Nouveau Millénaire y la Fundación Valencia Tercer Milenio. Por ello es también conocida como la Declaración de Valencia. Propone sistemática y exhaustivamente los deberes y responsabilidades, colectivos e individuales que resulten necesarios para la implementación efectiva y universal de los Derechos Humanos, en particular, de los consagrados en la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH).<[https://dhpedia.wikispaces.com/file/view/Declaraci%C3%B3n+de+responsabilidades+y+deberes+humanos+\(con+introducci%C3%B3n+y+otros\).pdf](https://dhpedia.wikispaces.com/file/view/Declaraci%C3%B3n+de+responsabilidades+y+deberes+humanos+(con+introducci%C3%B3n+y+otros).pdf)>.<https://es.wikipedia.org/wiki/Declaraci%C3%B3n_de_Responsabilidades_y_Deberes_Humanos>.

³ Diccionario Jurídico Elemental, Guillermo Cabanellas de las Torres, actualizado, corregido y aumentado por Guillermo Cabanellas de las Cuevas, Editorial Heliasta, 2011, p.333.

derecho en el que el Estado y sus funcionarios ya podían ser condenados por su mal actuar en ejercicio de sus funciones administrativas.

En Ecuador por vez primera, la responsabilidad estatal plasmada en rango constitucional, la encontramos en la Constitución Política de 1998, en la que era responsable el funcionario que actuaba en potestad pública que por su acción u omisión, dolosa o culposa, habría provocado el daño.

Es en la Constitución vigente (2008) en la que el Estado es el responsable directo del daño ocasionado y con facultad de ejercer derecho de repetición contra aquel funcionario público.

Cabe resaltar que poco ha cambiado entre aquellas, es menester citarlas a continuación:

“Constitución Política del Ecuador de 1998, Art. 119.- Las instituciones del Estado, sus organismos y dependencias y los funcionarios públicos no podrán ejercer otras atribuciones que las consignadas en la Constitución y en la ley, tendrán el deber de coordinar sus acciones para la consecución del bien común [...]”⁴

“Constitución de la República del Ecuador (2008) Art. 226.- Las instituciones del Estado, sus organismos, dependencias, las servidoras o servidores públicos y las personas que actúen en virtud de una potestad estatal ejercerán solamente las competencias y facultades que les sean atribuidas en la Constitución y la ley. Tendrán el deber de coordinar acciones para el cumplimiento de sus fines y hacer efectivo el goce y ejercicio de los derechos reconocidos en la Constitución.”⁵

Respecto al principio de legalidad, en el Código Orgánico Administrativo ecuatoriano, en su artículo 13 establece a este principio con el titulado de 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”.⁶

En derecho público solo está permitido hacer lo que la norma manda, por lo contrario, en derecho privado lo que no está prohibido está permitido.

La responsabilidad que tiene el Estado, la encontramos dentro de nuestra legislación, partiendo desde la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 11, número 9:

“[...]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. El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas [...]”.⁷

⁴ ECUADOR. Constitución Política de la República del Ecuador de 1998

⁵ ECUADOR. Constitución de la República del Ecuador del 2008

⁶ ECUADOR. Código Orgánico Administrativo de Julio 2017.

⁷ Constitución de la República del Ecuador 2008

Así mismo, el Estado es responsable de la provisión óptima de los servicios públicos, tal como establece nuestra Constitución en su artículo 314

“El Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley”.⁸

La responsabilidad directa que tiene el Estado no significa ser que el funcionario público estará exento de responsabilidad, es así que nuestra Constitución, en su artículo 233 dispone que

“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 [...]”.⁹

El o los afectados pueden demandar el pago indemnizatorio del daño causado por la administración pública, directamente al Estado (responsabilidad objetiva), sin considerar a la persona quien incurrió en el error, sea acción u omisión, dolosa o culposa, empero el Estado tendrá la facultad de ejercer el derecho de repetición contra aquel funcionario público responsable del daño (responsabilidad subjetiva).

Nuestro Código Orgánico Administrativo en su artículo 15 prescribe sobre el principio de responsabilidad de la siguiente manera

“El Estado responderá por los daños como consecuencia de la falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos o las acciones u omisiones de sus servidores públicos o los sujetos de derecho privado que actúan en ejercicio de una potestad pública por delegación del Estado y sus dependientes, controlados o contratistas.

El Estado hará efectiva la responsabilidad de la o el servidor público por actos u omisiones doloso o culposo. No hay servidor público exento de responsabilidad.”¹⁰

4 Responsabilidad contractual del Estado

En términos genéricos, cuando dos o más personas acuerdan o convienen en contraer una obligación de dar, hacer o no hacer algo, plasmadas en cada una de las cláusulas de un contrato, su incumplimiento acarrea una serie de daños, perjuicios o alteraciones de las que cada una de las partes no tenían previsto, es decir, quien incumplió con la obligación estipulada en el contrato será responsable de las consecuencias negativas que provocó a la otra parte.

Cuando una de las partes contratantes lo haga a nombre de la administración pública o de ser de derecho privado pero que actúe en ejercicio de una potestad pública, estaremos frente a un contrato administrativo.

⁸ Constitución de la República del Ecuador 2008

⁹ Constitución de la República del Ecuador 2008

¹⁰ ECUADOR. Código Orgánico Administrativo 2017.

Es necesario citar lo que al respecto establece la legislación ecuatoriana:

El Código Civil ecuatoriano, en su artículo 1454 define “contrato o convención es una acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”¹¹

El Código Orgánico Administrativo, en su artículo 125 define: “Contrato administrativo es el acuerdo de voluntades productor de efectos jurídicos, entre dos o más sujetos de derecho, de los cuales uno ejerce una función administrativa [...]”¹²

De ello sale a la luz la presente cuestión, ¿quiénes ejercen función administrativa?

La administración pública comprende las entidades del sector público, mismas que se encuentran establecidas en la Constitución de la República del Ecuador, en su artículo 225 “El sector público comprende: 1. Los organismos y dependencias de las funciones Ejecutiva, Legislativa, Judicial, Electoral y de Transparencia y Control Social. 2. Las entidades que integran el régimen autónomo descentralizado. 3. Los organismos y entidades creados por la Constitución o la ley para el ejercicio de la potestad estatal, para la prestación de servicios públicos o para desarrollar actividades económicas asumidas por el Estado. 4. Las personas jurídicas creadas por acto normativo de los gobiernos autónomos descentralizados para la prestación de servicios públicos”.¹³

El incumplimiento de una obligación nacida de un contrato no solo puede afectar a la administración pública como contratante, sino que aquella puede ser sujeto activo del incumplimiento del contrato o de “la ruptura injustificada de las negociaciones”,¹⁴ causando perjuicio al contratista, es allí cuando nos estamos refiriendo a la responsabilidad contractual que tiene el Estado o la Administración pública.

Por tanto, al referirse a la Responsabilidad Contractual del Estado, se debe entender como la responsabilidad que tiene la administración pública de resarcir, sanear o indemnizar el o los perjuicios y daños ocasionados al contratista, producto de que la administración pública ha incumplido con el contrato sin causal que justifique su responsabilidad e incumplimiento.

La Administración pública cumple un rol de interés general, de carácter colectivo, de carácter social, por lo tanto el interés colectivo siempre debe primar por sobre el interés particular en cada una de sus actuaciones, en consecuencia el contrato administrativo es susceptible de ser modificado en la praxis y aplicación de este interés, es decir el contrato administrativo no es absoluto, empero el contrato administrativo debe gozar de estabilidad en sus condiciones contractuales (la modificación no debería ser de fondo) y su vulneración traerá consigo la responsabilidad de reparar el daño, por parte del Estado al contratista.

Al respecto la doctrina instruye con lo siguiente:

José Luis Benavides, en la obra *El contrato estatal: “El interés general inherente al contrato administrativo impone a la administración la responsabilidad de llevar a cabo la gestión administrativa relacionada con el contrato. Por consiguiente, debe adaptar los términos*

¹¹ ECUADOR. Código Civil ecuatoriano 2005.

¹² ECUADOR. Código Orgánico Administrativo 2017.

¹³ Constitución de la República del Ecuador 2008

¹⁴ LOPEZ D. Patricia, La tutela precontractual y contractual del acreedor en el Código Civil chileno: dos sistemas estructuralmente diversos, pero, ¿plenamente coherentes y convergentes?, RChDP no. 29 Santiago dic. 2017. <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722017000200009>>.

contractuales cuando aparecen nuevas condiciones y aunque éstas impongan gastos suplementarios. La rentabilidad pública del contrato sobrepasa su rentabilidad económica, lo cual la distancia de la lógica fundamental de la lógica privada, marcada por el éxito esencialmente económico del contrato, frente a la lógica administrativa, impregnada de la función pública inherente al contrato.

La estabilidad de las condiciones contractuales iniciales, fundamental en el contrato privado, es relativa en el contrato administrativo. Los intereses de la administración se revelan superiores a los intereses individuales del contratista.¹⁵

Esta facultad que tiene la administración pública de modificar contratos administrativos que la doctrina lo denomina *ius variandi*, es una potestad o prerrogativa propia de la que goza únicamente la administración pública, que la puede aplicar aun sin constar expresamente en el contrato, con el único fin de alcanzar el bien común o interés general.

Al respecto Ismael Farrando, autor de la obra *Contratos administrativos*, expresa lo siguiente: “El fundamento de esta mutabilidad deriva de la naturaleza administrativa del contrato y de la consecuente necesidad de adaptar el mismo a las conveniencias generales de la comunidad. En cuanto a la naturaleza jurídica de esta atribución, entendemos que al igual que sucede con la “desigualdad”, se trata de una potestad de la Administración, ínsita en todo contrato de ese tipo, constituyendo un régimen exorbitante “virtual”, que existe y se aplica aún en ausencia de previsión expresa en el contrato. (...). El contrato entonces resulta mutable en beneficio de una sola de las partes, la Administración.”¹⁶

Se debe acatar que, actuar en beneficio de la administración pública no debe significar actuar en perjuicio del contratista.

Juan Carlos Casagne, en su obra *El contrato administrativo*, al referirse a la gran diferencia entre el contrato administrativo con el privado y la primacía del interés público, expresa lo siguiente:

“En el contrato administrativo, a diferencia de los contratos regidos por el derecho privado, la Administración procura la satisfacción de un interés público relevante, de realización inmediata o directa, que se incorpora al fin u objeto del acuerdo, proyectándose en su régimen sustantivo (*ius variandi*), interpretación, equilibrio financiero, [...]”¹⁷

Eduardo García de Enterría, acerca de la potestad modificatoria (*ius variandi*) de la que goza la administración pública, expresa lo siguiente:

“El llamado *ius variandi* o poder de modificación unilateral del objeto del contrato es la más espectacular de las singularidades del contrato administrativo en cuanto que apunta directamente a uno de los presupuestos básicos del instituto contractual-pacta sunt servanda, *contractus lex inter partes*. (...) el *ius variandi* se ha considerado siempre un poder irrenunciable de la Administración, que ésta podía ejercer en todo caso cuando el interés público lo hiciera necesario y en la medida en que realmente lo fuera. El *ius variandi* se presentaría como una manifestación más de los poderes generales de la Administración

¹⁵ Benavides, José Luis. *El contrato de estado: Entre el derecho público y el derecho privado*. 2004. 505 f. Tesis (Doctorado) - Curso de Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

¹⁶ FARRANDO, Ismael. *Contratos Administrativos*, 2002, pp. 423-424.

¹⁷ CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. p. 15.

de imponer sacrificios a los ciudadanos, mediante adecuada compensación, en aras del interés general, al que deben estar subordinados en todo caso los puros intereses patrimoniales privados. Se trata pues, de una potestad general de la Administración, a la que esta no puede renunciar válidamente, de una potestad atribuida por el ordenamiento en consideración al interés público, cuya adecuada gestión no puede verse embarazada por ningún tipo de pacto o contrato, como es evidente”¹⁸

Dentro de la legislación ecuatoriana, la potestad modificatoria también puede darse para enmendar errores, para corregir errores manifiestos de hecho, de transcripción o de cálculo que se hubieren producido de buena fe en las cláusulas contractuales, las entidades podrán celebrar contratos modificatorios que enmienden los errores encontrados. Tal como lo encontramos en el artículo 72 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública.¹⁹

La crítica al respecto nace en el vacío o laguna del derecho que existe en nuestra legislación acerca de los límites de esta prerrogativa que tiene el Estado (*ius variandi*). Esta prerrogativa de la administración pública no siempre se la cumple de manera adecuada como en teoría se establece, si no que en su aplicación puede conllevar a un uso desmedido tanto del *ius variandi* como de la potestad discrecional con la que cuenta la administración pública, para ello es necesario que nuestra legislación cuente con un instructivo que establezca de manera clara ciertos lineamientos, tanto de aplicación de esta prerrogativa, como también de los derechos con los que contaría el contratista frente al Estado.

En nuestra legislación no existe una normativa expresa, clara ni precisa acerca de los derechos con los que cuenta el contratista en la relación contractual con el Estado, se refiere tan solo en términos generales a una responsabilidad que tendría la administración pública pero con ello no se soluciona, con justicia ni equidad, la afectación ni las exigencias que se produce en la praxis de la relación contractual con el Estado.

Aquello no sucede en la legislación de Colombia en donde sí se prevé de manera más clara y valdría que sea tomada en cuenta en nuestra legislación, la cual cito a continuación:

“Derechos del contratista. Recibir oportunamente la remuneración pactada y a que el valor intrínseco de la misma no se altere o modifique durante la vigencia del contrato. En consecuencia, tendrá derecho previa solicitud, a que la administración les restablezca el equilibrio de la ecuación económica del contrato a un punto de no pérdida por la ocurrencia de situaciones imprevistas que no sean imputables a los contratistas. Si dicho equilibrio se rompe por incumplimiento de la entidad estatal contratante, tendrá que restablecerse la ecuación surgida al momento del nacimiento del contrato.”²⁰

5 Requisitos para la existencia de responsabilidad contractual el Estado

De lo mencionado en líneas precedentes, se puede denotar que para que exista responsabilidad contractual del Estado deben concurrir ciertos requisitos:

¹⁸ GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*. pp. 787- 790.

¹⁹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. 2008.

²⁰ Colombia. Ley 80 de 1993, Artículo 5º, numeral 1.

- Existencia de un contrato válido.
- Incumplimiento del contrato por parte del Estado.
- Daño o perjuicio causado al contratista.
- Nexo causal entre el daño ocasionado y la acción u omisión, retardo o incumplimiento de la o las obligaciones estipuladas en el contrato administrativo.
- La responsabilidad sea imputable al Estado.
- Que no exista causal de justificación que excluya de responsabilidad a la administración pública.

Con el nexo causal me refiero a que puede darse un retardo o un incumplimiento injustificado del contrato por parte de la administración pública, pero si el daño causado, al que hace referencia el contratista, no fue proveniente de dicho incumplimiento, el daño bien pudo haber derivado de otra fuente, por lo tanto no se podría hablar en este caso de existencia de un nexo causal entre daño e incumplimiento del contrato, por ende, tampoco de responsabilidad contractual del Estado.

Partiendo de aquello, es necesario conocer cuáles son los requisitos para celebrar contratos administrativos y que no acarree su nulidad.

Para la celebración de contratos administrativos y que este sea válido, es necesario que:

- El órgano de contratación sea competente;
- El adjudicatario sea capaz;
- Tener disponibilidad financiera y presupuestaria para el cumplimiento del contrato;
- Solemnizar el contrato con aplicación al debido proceso.

Esto de conformidad con el artículo 68 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública²¹

Por otro lado, a más de aquellos que no cumplan con los requisitos precedentes y los demás generales que establezca la ley, los contratos serán considerados nulos:

- Por no cumplir con los procedimientos y las solemnidades o formalidades sustanciales que prevé la ley.
- Cuando han sido adjudicados o celebrados por un órgano incompetente.

Esto de conformidad con el artículo 65 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública²²

6 Responsabilidad extracontractual del Estado

Lo contractual hace referencia a circunstancias derivadas de un contrato mientras que lo extracontractual hace referencia a algo fuera de un contrato, es decir a la no existencia de un contrato.

Partiendo de aquello, la principal diferencia existente entre la responsabilidad contractual con la extracontractual radica que en la segunda no existe relación contractual, es decir no existe un contrato previo entre el Estado y el particular afectado

²¹ Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento 395 del 4 de Agosto de 2008.

²² Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento 395 del 4 de Agosto de 2008.

(administración- administrado perjudicado), aquí las obligaciones no nacieron de un contrato, sino de la ley.

El Estado en el cumplimiento de sus actividades o en la prestación de servicios públicos, lo hace en busca del bien común, para satisfacer necesidades de su colectividad en pro del bienestar general, pero muchas veces esta actividad puede resultar siendo lo contrario, es decir generando perjuicios a titulares de derechos, que sin tener como requisito previo ser partes contractuales, podrán reclamar al Estado su responsabilidad por los perjuicios ocasionados por dicha actividad.

Es menester conocer quiénes son considerados titulares de derechos, y al respecto nuestra Constitución de la República, en su artículo 10 establece lo siguiente: “Las personas, comunidades, pueblos, nacionalidades y colectivos son titulares y gozarán de los derechos garantizados en la Constitución y en los instrumentos internacionales.

La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución.”²³

Acerca de la responsabilidad extracontractual del Estado, la doctrina y nuestra legislación nos instruyen con lo siguiente:

Bustamante Álvaro menciona acerca de la responsabilidad por los perjuicios ocasionados:

“[...] toda actividad que genere el Estado es una fuente de responsabilidad extracontractual, por lo menos desde una base teórica, dado que en cada una de sus gestiones es posible ocasionar perjuicios a los asociados de una sociedad [...]”²⁴

Ochoa Guillermo, menciona sobre la obligación del Estado frente a los perjuicios ocasionados:

“[...]el Estado está obligado a responder de los perjuicios que ocasione al conglomerado social, derivado del cumplimiento de actividades inherentes a su naturaleza; esto es representar los intereses de toda la sociedad y actuando a nombre de ella, en busca del bienestar colectivo así como la satisfacción de sus necesidades; sin embargo, como resultado de ello el Estado puede llegar a cometer actos dañosos; es en este momento en el que muchos manifiestan que la responsabilidad del Estado es eminentemente directa y objetiva [...]”²⁵

Nuestra Constitución de la República, en su artículo 11 numeral 9 establece que:

“El más alto deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución.

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.

²³ Constitución de la República del Ecuador. 2008

²⁴ BUSTAMANTE, Álvaro, las responsabilidades jurídicas del estado, p.58.

²⁵ OCHOA, Guillermo, La responsabilidad extracontractual del Estado por deficiente prestación de servicios públicos, alcances y efectos en nuestra legislación, p.10.

El Estado ejercerá de forma inmediata el derecho de repetición en contra de las personas responsables del daño producido, sin perjuicio de las responsabilidades civiles, penales y administrativas.

El Estado será responsable por detención arbitraria, error judicial, retardo injustificado o inadecuada administración de justicia, violación del derecho a la tutela judicial efectiva, y por las violaciones de los principios y reglas del debido proceso.

Cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada, el Estado reparará a la persona que haya sufrido pena como resultado de tal sentencia y, declarada la responsabilidad por tales actos de servidoras o servidores públicos, administrativos o judiciales, se repetirá en contra de ellos.”²⁶

Es así, que el Estado será responsable por:

- Velar por el cumplimiento de los derechos Constitucionales.
- La falta o deficiencia en la prestación de servicios públicos.
- Los daños ocasionados por acciones u omisiones de sus funcionarios.
- Error en el sistema judicial, dentro de ella tenemos la inadecuada administración de justicia o ya sea cuando una sentencia condenatoria sea reformada o revocada.

De las disposiciones sobre responsabilidad extracontractual del Estado contempladas en el Código Orgánico Administrativo ²⁷traigo a consideración lo siguiente:
¿Cuándo existe responsabilidad extracontractual del Estado?

Las instituciones públicas, responden por el daño calificado, de su acción u omisión, incluso siendo lícitas, siempre que el particular perjudicado no tenga la obligación jurídica de soportarlo, según los términos de la reparación por daños.

El Estado responde por el daño calificado, por acción u omisión del servidor público y tendrá la obligación de ejercer acción de repetición contra quienes en ejercicio de sus funciones públicas generaron el daño por dolo o culpa grave.

La culpa grave en el Código Civil ecuatoriano equivale al dolo²⁸, es decir, la administración pública no tendrá responsabilidad por culpa leve ni levísima.

En los mismos términos el delegatario y concesionario responden directamente por los daños que ocasionen y subsidiariamente el Estado.

El daño calificado es aquel que el particular no tiene la obligación jurídica de soportar o que resulte de la violación del principio de igualdad en el reparto de las cargas públicas derivadas de la administración pública.

Con el término carga pública se suele aludir a ciertas formas de contribución de los individuos a la supervivencia y al cumplimiento de los fines del Estado, que pueden representar para aquellos un sacrificio en su patrimonio o libertad. Verbigracia: las limitaciones al dominio, la expropiación, los tributos, la obligación de participar en la vida electoral de forma pasiva mediante el voto, en otros países se exigen el servicio militar obligatorio, etc.

Se considera que el particular no tiene la obligación jurídica de soportar el daño, cuando la administración ha causado daño antijurídico, por acción u omisión, sin norma

²⁶ ECUADOR. Constitución de la República del Ecuador. 2008.

²⁷ ECUADOR. Código Orgánico Administrativo. 2017.

²⁸ ECUADOR. Art. 29 del Código Civil ecuatoriano 2005.

jurídica que le ampare ni tampoco en ejercicio de su potestad discrecional y fuera de todo margen de razonabilidad.

El daño debe ser antijurídico, no porque la conducta del autor sea contraria a derecho, sino porque el sujeto que lo sufre no tiene el deber jurídico de soportar el perjuicio, razón por la cual se reputa indemnizable.

Los términos de reparación por daños que establece el Código Orgánico Administrativo van direccionado al daño patrimonial y cuando el caso lo amerite la administración pública podrá establecer reparación por daños no patrimoniales siempre que no afecten derechos de terceros ni que generen gastos adicionales al Estado, estando fuera del ámbito de esta disposición, la reparación integral prevista en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

Cuando el daño sea patrimonial, se procura la restitución de las cosas a su estado original o lo más próximo al que se encontraban antes de la afectación o de no ser posible, su reparación será pecuniaria en la que estará incluida la reparación por daños morales, cuando corresponda.

La reparación pecuniaria, si es que existe acuerdo con el interesado y siempre que convenga al interés público, podrá sustituirse por una compensación equivalente en especie o ser abonada en pagos periódicos.

7 Requisitos para la existencia de responsabilidad extracontractual del Estado

Deben concurrir los siguientes requisitos:

- Falta o deficiente provisión de servicios públicos u otra prestación que el particular tenga derecho.
- Daño calificado.
- Existencia de un nexo causal entre el daño calificado o el hecho dañoso que violente el derecho y la acción u omisión de la administración pública.

Del primer requisito, cuando el servicio público es prestado directamente por el Estado, la responsabilidad es de este. Cuando se lo presta por delegación, la responsabilidad es del delegatario o concesionario y de manera subsidiaria será del Estado. Del segundo causal ya lo determinamos en párrafos anteriores. El tercer requisito, debe fundamentarse solo en hechos debidamente probados.

En el caso en que de la gestión de varias administraciones públicas se deriven responsabilidades, todas las administraciones públicas que intervinieron responderán de manera solidaria y se fijará la responsabilidad atendiendo a criterios de competencia, interés público tutelado e intensidad de la intervención.

8 Eximentes de responsabilidad

Son eximentes de responsabilidad: caso fortuito, fuerza mayor, la culpa de la víctima o de un tercero.

¿Cuándo no se genera responsabilidad extracontractual del Estado? No se genera responsabilidad extracontractual del Estado, por los daños que se deriven de hechos o circunstancias que no se hubiesen podido prever o evitar según el estado de

los conocimientos de la ciencia o de la técnica existente en el momento de producción de aquellos, todo ello sin perjuicio de las prestaciones económicas que el ordenamiento jurídico pueda establecer.

¿A quién corresponde la carga de la prueba? Quien alega debe probar el daño sufrido y el nexo causal. Mientras que la administración pública, delegatarios o concesionarios le corresponden la prueba eximentes de responsabilidad y la de diligencia exigible.

9 Reclamo por responsabilidad extracontractual

El afectado o la persona interesada pueden proponer su reclamo dentro de los 90 días término, contados desde el día siguiente al de la acción u omisión administrativa que originó el daño.

El reclamo se tramitará en procedimiento administrativo ordinario, salvo que el interesado acuda directamente a vía judicial.

El reclamo debe contener además:

- La acción u omisión de la administración pública o el hecho dañoso.
- Los daños alegados.
- Nexo causal
- La evaluación económica de la responsabilidad extracontractual, si fuera posible.

La resolución debe incluir lo siguiente:

- La determinación del daño calificado.
- Nexo causal.
- Valoración del daño y los criterios utilizados para el cálculo.
- La reparación por daños.

10 Acción de repetición por responsabilidad extracontractual del Estado

Una vez declarada la responsabilidad extracontractual del estado y efectuado el pago completo de la respectiva indemnización, la máxima autoridad de la autoridad de la institución responsable propondrá una acción de repetición, que se sujetará al trámite ordinario previsto en el Código Orgánico General de Procesos, ante los jueces de los contencioso administrativo. Cabe recalcar que en este tipo de procesos no cabe reconvencción.

Esta acción procede cuando el daño es consecuencia de la acción u omisión con dolo o culpa grave por parte del servidor público, declarado en el proceso judicial, esta acción también se aplicará en el caso de terminación convencional²⁹.

En caso de concurrencia, se propondrá la acción de repetición de manera conjunta si los demandados tienen su domicilio en el mismo distrito judicial, caso contrario, se debe coordinar la presentación de las demandas. Así mismo el valor de las reparaciones, se distribuirá de acuerdo con la responsabilidad y grado de participación del servidor público.

²⁹ Código Orgánico Administrativo Suplemento del Registro Oficial No.31 de 7 de Julio 2017. Art. 216. Terminación convencional: Se puede terminar un procedimiento mediante convenio entre la administración pública y la persona interesada siempre y cuando no sea contrario a la ley y verse sobre materias que sean susceptibles de transacción [...]

Esta acción prescribirá en cuatro años contados a partir de la fecha en que se efectuó el pago único o el último pago si se efectuó en cuotas.

11 Metodología

Por la naturaleza de la investigación, se encuadra en el campo del derecho y las ciencias sociales, la metodología utilizada en la presente investigación es la CUALITATIVA, los datos, en este sentido, se obtienen a partir de la observación directa, a través de la investigación y análisis, exploratorio y descriptivo, lo que nos permite recoger los datos necesarios y en base al análisis minucioso de los resultados sobre la base de la hipótesis planteada, contribuir al conocimiento.

De allí que la metodología cualitativa aplique procedimientos interpretativos y analíticos para el abordaje de su objeto de estudio.

Dentro de ello, se utilizará el método deductivo y exegético que nos permita establecer el significado y alcance de las normas jurídicas y preceptos que conforman el ordenamiento jurídico.

12 Conclusiones

1) Hay que tener claro que el Ecuador es un Estado Constitucional de Derechos y Justicia, responsable del cumplimiento y respeto de los derechos consagrados en nuestra Constitución, el Estado y sus servidores públicos ejercen actividades de interés general satisfaciendo necesidades de la colectividad cuya finalidad es alcanzar el Sumak Kawsay “Buen Vivir”.

2) Actuar en beneficio de la administración pública jamás debe entenderse como actuar en perjuicio del administrado.

3) El Estado en cumplimiento de su actuar administrativo, es susceptible de provocar vulneraciones, ya sea con su acción u omisión, cuya responsabilidad recaiga en una mala actuación estatal y no por ello, los errores cometidos por el Estado significan quedar en la impunidad.

4) Al no existir responsabilidad estatal, nada cambiaría con el Estado Absolutista en el que el poder estaba concentrado en una sola persona, sin límites al poder, la concentración del ejercicio del poder público en un solo sujeto permite la inseguridad e inestabilidad en el cumplimiento de las leyes, pues el gobernante absoluto tiene todas las prerrogativas para derogarlas o excepcionarlas a capricho, al estar el Derecho sometido al gobernante absoluto, este podía adecuar el ordenamiento jurídico, la justicia y las demás reglas del juego a su antojo sin que sea susceptible de ser juzgados por sus propios actos.

5) El o los afectados pueden demandar el pago indemnizatorio del daño causado por la administración pública, directamente al Estado (responsabilidad objetiva), sin considerar a la persona quien incurrió en el error, sea acción u omisión, dolosa o culposa, empero el Estado tendrá la facultad de ejercer el derecho de repetición contra aquel funcionario público responsable del daño (responsabilidad subjetiva).

6) Para que el estado o la administración pública sea considerado responsable de la acción u omisión de una obligación, ya sea de dar, hacer o no hacer, no debe mediar existencia alguna de causa excluyente de dicha responsabilidad (como fuerza mayor,

caso fortuito, etc.), ya que de ello puede partir una serie de confusiones para el lector en la praxis del Derecho Administrativo.

7) Es necesario que nuestra legislación cuente con un instructivo que establezca de manera clara ciertos lineamientos, tanto de aplicación de esta prerrogativa (*ius variandi*), como también de los derechos con los que contaría el contratista frente al Estado.

8) En nuestra legislación no existe una normativa expresa, clara ni precisa acerca de los derechos con los que cuenta el contratista en la relación contractual con el Estado, se refiere tan solo en términos generales a una responsabilidad que tendría la administración pública pero con ello no se soluciona, con justicia ni equidad, la afectación ni las exigencias que se produce en la praxis de la relación contractual con el Estado, provocando una violación al principio de legalidad, igualdad y no discriminación y el derecho a la seguridad jurídica y contractual del contratista.

9) El Estado responde por el daño calificado, por acción u omisión del servidor público y tendrá la obligación de ejercer acción de repetición contra quienes en ejercicio de sus funciones públicas generaron el daño por dolo o culpa grave. La culpa grave equivale al dolo, es decir, la administración pública NO TENDRÁ RESPONSABILIDAD por culpa leve ni levísima.

10) Con el Código Orgánico Administrativo sale a la luz el escaso desarrollo del Derecho Administrativo en Ecuador, déficit mismo que provoca un límite importante en los derechos de los administrados, una parte importante del poder que goza el Estado aún no se racionaliza en miras a una relación administración-administrado menos abusiva. Sin límites al poder estaríamos regresando al poder absoluto, a un poder real por parte del Estado cuyos resultados serán un abuso del derecho y derechos de los administrados sin garantías de cumplimiento, poco o nada ha cambiado en su fondo, y vestigios del absolutismo se siguen presenciando.

Referencias

BENAVIDES, José Luis. *El contrato de estado: Entre el derecho público y el derecho privado*. 2004. 505 f. Tesis (Doctorado) - Curso de Derecho, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2004.

BUSTAMANTE, Álvaro. *Las responsabilidades jurídicas del estado*. Quito: Ágora, 2013.

CASSAGNE, Juan Carlos. *El contrato administrativo*. Buenos Aires: Abeledo-Perrot, 1999.

FARRANDO, Ismael. *Contratos administrativos*. 2002.

GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo. *Curso de derecho administrativo*, v. 1. Madrid: Civitas, 2013.

LÓPEZ, Patricia Verónica. *Artículo de doctrina la tutela precontractual y contractual del acreedor en el código civil chileno: dos sistemas estructuralmente diversos, pero, plenamente coherentes y convergentes?*. Disponible en: <<http://dx.doi.org/10.4067/S0718-80722017000200009>>. Acceso en: 16 de junio. 2017.

OCHOA, Guillermo. *La responsabilidad extracontractual del Estado por deficiente prestación de servicios públicos, alcances y efectos en nuestra legislación*, Repositorio Institucional UASB-Digital, Ecuador, 2012.

SITIOS WEB

WIKIPEDIA DE EMPLEADOS (Ed.). *Responsabilidad*. 2017. Wikipedia, La enciclopedia libre. Disponible en: <<https://es.wikipedia.org/w/index.php?title=Responsabilidad&oldid=99445025>>. Acceso en: 28 mayo 2017.

Real Academia de la Lengua Española. *Responsabilidad*. 2017. <http://dle.rae.es/?id=WCqQQIf>

LEGISLACIÓN NACIONAL

ECUADOR. Constitución Política de la República del Ecuador. Decreto Legislativo No. 000. Registro Oficial 1, de 11 de Agosto de 1998. Quito.

ECUADOR. Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, del 20 de Octubre del 2008. Quito.

ECUADOR. Código Orgánico Administrativo Suplemento del Registro Oficial No.31, de 7 de Julio 2017. Quito.

ECUADOR. Código Civil ecuatoriano Registro Oficial Suplemento 46, de 24 de Junio de 2005. Quito.

ECUADOR. Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública. Registro Oficial Suplemento 395, del 4 de Agosto de 2008. Quito.

LEGISLACION INTERNACIONAL

COLOMBIA. Ley 80, de 1993. Bogotá.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

ALBÁN GUATO, Kevin Arney. Responsabilidad contractual y extracontractual del Estado. In: GALLO, William Iván et al. (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 211-225. ISBN 978-85-450-0569-8.

Parte IV

**CONTRATACIÓN PÚBLICA:
PARADIGMA Y PROSPECTIVA**

LA DEMOCRATIZACIÓN DE LA PROPIEDAD ACCIONARIA DEL ESTADO EN AMÉRICA LATINA: UN ANÁLISIS A PARTIR DEL EJERCICIO DISCRECIONAL DE LA ACTIVIDAD ADMINISTRATIVA

WILLIAM IVÁN GALLO APONTE

I Introducción

La década de los ochenta del siglo XX marca el inicio de la denominada “década perdida” para el desarrollo latinoamericano.¹ Los desequilibrios en la política de crecimiento económico, la creciente perceptibilidad de la crisis en la deuda externa, entre otros aspectos, conllevaron en gran medida a la transferencia de derechos de propiedad accionaria pertenecientes a los diferentes estados de la región, generado la denominada “ola de la privatización o desestatización”.²

A pesar de que dicho fenómeno parecía introducirse como un alivio frente al bajo rendimiento que presentaban las empresas estatales,³ hoy día, hace parte los programas estipulados por ciertos países para reordenar, contribuir o adecuar la posición estratégica del Estado en la economía, permitiendo que la Administración Pública concentre sus esfuerzos en las actividades donde tiene inferencia para la consecución de las prioridades nacionales.⁴

El paradigma de este fenómeno lo marcó Chile, cuya experiencia produjo la privatización de más de 500 empresas hacia 1974, incluyendo las compañías que habían sido nacionalizadas por la administración de Allende. Seguidamente, México adelantó

¹ BÁRCENA, Alicia. La crisis de la deuda latinoamericana: 30 años después. In: OCAMPO, Antonio et al. *La crisis latinoamericana de la deuda desde la perspectiva histórica*. Santiago de Chile: Comisión Económica Para América Latina y El Caribe (CEPAL), 2014. p. 9-18.

² Sobre o assunto ver: J. LÜDERS, Rolf. Massive divestiture and privatization lessons from Chile. *Contemporary Economic Policy*, [s.l.], v. 9, n. 4, p.1-19, out. 1991. Wiley. <http://dx.doi.org/10.1111/j.1465-7287.1991.tb00347.x>.

³ CHONG, Alberto; LÓPEZ DE SILANES, Florencio. The truth about privatization in Latin America. In: CHONG, Alberto et al. *Privatization in Latin America. Myths and Reality*. Washington D.C: The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, 2005, p. 1-19.

⁴ Ejemplo de ello: BRASIL. Congresso. Senado. Altera procedimentos relativos ao programa nacional de desestatização, revoga a lei 8.031, de 12/04/1990 (PND), e dá outras providências. Brasília, 10 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9491.htm>. Acesso em: 24 jun. 2018.

la venta de un número elevado de empresas públicas como reforma masiva del sector después de la crisis.⁵

De igual modo en Brasil, bajo la administración del General João Figueiredo (1981-1984), se gestaron los primeros ensayos al enajenar empresas que estaban bajo el control de la Unión, tales como América Fabril y Riocel.⁶ Por otro lado, Colombia centro su proceso de transferencia de acciones en el sector industrial desde 1986, marcado por el nacimiento de una nueva constitución que ordenó la democratización de la propiedad como elemento central en las enajenaciones del Estado.⁷

Esta tendencia marca, como lo denomina Santofimio, “el ejercicio de la moderna actividad ordenadora de la administración”,⁸ donde el Estado bien sea a través de una cesión, concesión o habilitación, interviene en los aspectos económicos, muchas veces de manera discrecional, (lo que no quiere decir que siempre acertada), para el adecuado desarrollo y procura en el progreso del interés general de los administrados.

Bajo esta premisa, el objetivo del mismo se centra en identificar los alcances de la intervención del Estado en la economía, evaluando particularmente, la necesidad de adecuar, o limitar la discrecionalidad administrativa en los respectivos procesos de transferencia de acciones de participación del Estado.

Por esta razón, a través de un análisis comparado de la normatividad de cuatro casos concretos: Chile, Brasil, México y Colombia, se pretende identificar los aciertos y desaciertos de cada una de las regulaciones en lo que se relaciona la materia. Asimismo, evaluar su alcance para el ejercicio democrático de la potestad discrecional por la Administración Pública.

Para lograr dicho cometido, en primer lugar, se ahondará sobre la idea de la discrecionalidad administrativa en el ejercicio de la intervención económica. Concretamente, en lo relacionado con la transferencia de derechos. En un segundo plano, exponer los aspectos concretos de los procesos de enajenación de la participación accionaria con la que cuentan estos países. Finalmente, articulando el poder discrecional con el proceso de enajenación, se pretende analizar si los procesos de democratización de la propiedad accionaria han sido suficientes para la garantía del interés general.

II La discrecionalidad administrativa en la intervención económica: una propuesta para el adecuado ejercicio de la transferencia de derechos

Acogiendo la tesis según la cual la discrecionalidad administrativa puede

⁵ ESTACHE, Antonio; TRUJILLO, Lourdes. La privatización en América Latina en la década de los años 90: aciertos y errores. *Revista Asturiana de Economía*, Asturias, v. 31, n. 3, p.69-91, set. 2004. Trimestral. Disponible em: <<http://www.revistaasturianadeeconomia.org/edic31.php>>. Acceso em: 21 jun. 201869.

⁶ SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. *Revista de Direito Administrativo*, [s.l.], v. 230, p.45-74, 19 fev. 2015. Fundação Getulio Vargas. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v230.2002.45915>.

⁷ HERZ, Rafael. Privatización en Colombia: Una historia particular. *Coyuntura Económica*, Bogotá D.C, v. , n. 4, p.121-123, dez. 1995. Mensual. Disponible em: <<http://www.repository.fedesarrollo.org.co/handle/11445/2232>>. Acceso em: 25 jun. 2018.

⁸ SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Compendio de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 306.

ubicarse tanto en el supuesto de hecho, como en la consecuencia jurídica de la norma habilitante de la potestad, tal como lo defiende parte de la doctrina *ius administrativista* alemana con Eberhardt Schmidt- Assmann y Horst Dreier.⁹ Podría indicarse, siguiendo a Schmidt, que los funcionarios revestidos de competencia adecuen un mecanismo para el acompañamiento y seguimiento de sus decisiones, buscando que la Administración sea no solo jurídica, sino además, de calidad, generadora de consenso y útil para la consecución de la garantía de derechos de los administrados.¹⁰

Es decir, tras una habilitación legal o constitucional, la Administración debe evaluar objetivamente el impacto de sus decisiones *in extenso*, más aún cuando sea de su propósito adecuar y articular todo el andamiaje de una política económica hacia la concreción de los fines del Estado. Quizá, el supuesto planteado presente una observación y concreción volátil. Sin embargo, tratándose de la transferencia de derechos accionarios donde la administración central o descentralizada tenga parte, debe inclinar su decisión hacia lo conveniente, en atención a las circunstancias y variables del caso, “como resultado de un juicio ponderativo entre los fines, principios o intereses”.¹¹

Es de esta forma, aunque genérica, como logra concretarse una discrecionalidad al servicio del interés general. Véase por ejemplo, la privatización del agua y el saneamiento de aguas Argentinas S.A, caso en el cual según muchas investigaciones, tal experiencia constituye un trauma en la respectiva transferencia de la gestión al capital privado, puesto que, omitió la consideración más importante: que el agua potable no puede ser considerada como una simple mercancía sujeta a las fuerzas del mercado, sino que constituye un derechos humano esencial.¹²

En el caso anterior, resalta a nuestro juicio la necesidad de un control previo de la decisión discrecional de enajenar o transferir por parte del competente. El cual, debe estar basado en los principios de racionalidad y razonabilidad, bien sea, logrando un equilibrio óptimo de la decisión a través de un máximo de consenso y/o excluyendo criterios externos de naturaleza política o moral.¹³

Un ejemplo claro para materializar este postulado, se gestó en Uruguay en la década de los noventa. Allí, frente al avance de los procesos privatizadores bajo el consentimiento del Poder Ejecutivo, particularmente en lo que tenía que ver con el recurso hídrico, la Comisión Nacional en Defensa del Agua y la Vida (CNDAV) difundió una propuesta de reforma constitucional y propuso un mecanismo para detener el proceso con argumentos científicos, económicos y jurídicos.¹⁴ En vista de lo anterior,

⁹ MARÍN, Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. pp. 195-198.

¹⁰ OSPINA, Andrés Fernando. Reflexiones a partir de la obra de Eberhardt Schmidt-Assmann: Tercera parte: Sein. Un diagnóstico de ineficacia que llama a cambios en el derecho administrativo colombiano. In: SANTOFIMIO, Jaime Orlando et al (Ed.). *Perspectivas de una reforma: Estudios de Derecho Administrativo a partir de la obra de Eberhardt Schmidt- Assman*. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2016. Cap. 1. p. 35-68.

¹¹ Esto corresponde con lo que la doctrina española ha denominado “discrecionalidad conformadora”. Sobre el particular ver: LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Derecho Administrativo Económico*. Navarra: Thomson Reuters, 2016. Pp. 178-179.

¹² AZPIAZU, Daniel. Privatización del agua y el saneamiento en Argentina: El caso paradigmático de Aguas Argentinas S.A. *Vertigo*, [s.l.], n. 7, 10 jun. 2010. OpenEdition. <http://dx.doi.org/10.4000/vertigo.9730>.

¹³ En este sentido, el autor referencia la obra de Manuel Atienza. MARÍN, Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. p. 398.

¹⁴ Verbigracia, que muchos habitantes de las zonas privatizadas no podían pagar los costos de los servicios o no podían conectarse a una red de abastecimiento.

mediante plebiscito, los uruguayos respaldaron la reforma en defensa del agua como derecho humano.¹⁵

Llegado a este punto, es manifiesta la construcción de una propuesta. El ejercicio de la discrecionalidad administrativa en el marco de la transferencia de derechos de propiedad, debe atender a un análisis global de las circunstancias que circundan la decisión en cuanto su causa e impacto, a través de una valoración basada en principios de racionalidad y razonabilidad para lograr atender y satisfacer el interés general.

Con esta premisa, se deslinda un entendimiento de la actividad administrativa de intervención económica y su relación con la discrecionalidad. Esto es, “la iniciativa pública empresarial, como cualquier otra intervención pública, no es un fin en sí mismo, sino un instrumento para la consecución de tareas de interés general.”¹⁶ Por tal razón, debe atender también a los criterios presentados en este capítulo para el logro de sus objetivos.

Dicho de otro modo, como lo plantea Santofimio,

“la actividad administrativa, en cuanto depositaria del interés general, no puede ser el producto de la improvisación; (...) resulta vinculada necesariamente, dentro de su legalidad y como condición fundamental para su desarrollo, a senderos de orden y prioridades que permitan adecuar el comportamiento público a las reales necesidades de la comunidad evitando a todo momento el desvío de recursos y esfuerzos a lo no trascendental de la vida ciudadana”¹⁷

III La experiencia normativa en los procesos de transferencia de acciones: El caso particular de México, Brasil, Chile y Colombia

El desarrollo legal relacionado con la enajenación de la propiedad accionaria estatal es producto de una especialización en la Administración Pública. Mediante la misma, le permite “orbitar” en un mercado concurrido, donde el Estado participa con empresas propias o en asocio con particulares. Ante esta realidad, la regulación económica representa un instrumento normativo de cara a esta dimensión jurídica.¹⁸

En vista de lo anterior, se considera pertinente demostrar la práctica adelantada por diferentes países, puesto que amplía y refleja la perspectiva de una realidad cada vez más indiscutible. Si bien la experiencia de muchos países es de sumo interés, para efectos de delimitar el objeto del presente escrito, se analizarán cuatro casos concretos: México, Brasil, Chile y Colombia. Los tres primeros, por ser países pioneros en los procesos de privatización, y con relación al último, porque representa ciertos puntos diferenciables que vale la pena examinar.

¹⁵ ACHKAR, Marcel et al. La defensa del agua como recurso público en Uruguay: El caso de la comisión Nacional en Defensa del Agua y la Vida y el plebiscito por el agua. *Revista ORG & DEMO*, 6, v. 6, n. 1/2, p.37-50, dez. 2005. Anual. Disponible em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/orgdemo/issue/view/39>>. Acceso em: 24 jun. 2018.

¹⁶ LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Derecho Administrativo Económico*. Navarra: Thomson Reuters, 2016. p. 410.

¹⁷ SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Compendio de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. pp. 325-326.

¹⁸ GUINARD-HERNÁNDEZ, David. La ‘regulación económica’ como instrumento de dirección estatal de la economía. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, [s.l.], v. 1, n. 18, p.177-224, 30 jun. 2017. Semestral. Universidad Externado de Colombia. <http://dx.doi.org/10.18601/21452946.n18.09>.

Con relación al ordenamiento jurídico chileno, bajo el gobierno militar de Augusto Pinochet, la Junta de Gobierno de la República expidió la normatividad para autorizar la enajenación de toda clase de activos, inclusive los incorporales, de propiedad del Fisco o de las Instituciones o empresas descentralizadas del sector público.¹⁹

Con respecto a lo anterior, es conducente identificar la manifestación de la discrecionalidad administrativa por parte del Gobierno Nacional, en tanto que, bajo el ejercicio de la potestad reglamentaria como lo dispone el artículo 32 No. 8 de la Constitución Política de Chile de 1980, debe propender por el adecuado ejercicio de su potestad en materia económica.

En este sentido, es manifiesto en el citado Decreto Ley (DL) 1056 de 1975 en su artículo 8, que las ventas en el proceso “serán dispuestas por resolución del Jefe Superior del Organismo correspondiente, previa autorización del Ministerio del ramo”, lo que representa un ejercicio relacionado con la descentralización de funciones y una desconcentración parcial (por el requerimiento de la autorización) en la Administración Pública chilena.

Cobra atención la especificidad estipulada en la reglamentación para determinar la forma o el método a través del cual debe realizarse el proceso de enajenación, así pues, “deberá hacerse a título oneroso y, en subasta pública o llamándose a propuesta pública”.²⁰ Dicho procedimiento debe atender a un criterio de publicidad y a unos plazos determinados. No obstante, por decreto supremo fundado del Ministerio de Hacienda, podrá eliminarse dicho requisito y se fijará discrecionalmente el procedimiento y las modalidades.²¹

Asimismo en el artículo 10, la norma impone límites al valor de la adjudicación y tasación.

A pesar de lo definido que parece ser el método, en el artículo 11 del citado decreto, parece enviar un mensaje facultativo a las entidades a hacer uso o no de la autorización otorgada previamente por el Ministerio del ramo, específicamente al indicar que;

“En los casos en que se resuelva hacer uso de la autorización otorgada en el artículo 8° del presente decreto ley, no se aplicará a las respectivas enajenaciones ninguna disposición legal o reglamentaria que establezca modalidades o procedimientos.”

Por otro lado, en una primera oportunidad el procedimiento es abierto a cualquier interesado en la adquisición de las acciones. En caso de no existir ninguno, como lo dispone el artículo 12, el Ministro del ramo podrá autorizar se licite en nuevas oportunidades con mínimos más reducidos.

Con relación a las reglas adicionales que determinen la subasta o propuesta, el artículo 13 del citado decreto, habilita al Jefe del organismo respectivo a fijar dichas reglas

¹⁹ MINISTERIO DE HACIENDA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Junta de Gobierno de la República. Decreto Ley n° 1056, de 7 de junio de 1975. *Normas Complementarias Relativas A La Reducción del Gasto Público y Al Mejor Ordenamiento y Control de Personal*. Santiago de Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 8 jun. 1975. Art. 1. Disponible em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6464>>. Acceso em: 24 jun. 2018.

²⁰ MINISTERIO DE HACIENDA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Junta de Gobierno de la República. Decreto Ley n° 1056, de 7 de junio de 1975. *Op. cit.* art. 9.

²¹ MINISTERIO DE HACIENDA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Junta de Gobierno de la República. Decreto Ley n° 1056, de 7 de junio de 1975. *Op. cit.* art. 14.

teniendo en cuenta las variables en el alza o caída de los precios según lo informen y establezcan los organismos encargados.

Hasta el momento, a nuestro juicio, nos encontramos frente a una regulación dúctil, sin parámetros establecidos de manera clara y específica para evitar alguna interpretación lesiva del interés general en el marco del proceso sinalagmático. Más aún, frente a un tema de rigor técnico en términos económicos y financieros, como lo es la participación accionaria del Estado, y todo lo que esta involucra.

Cabe resaltar un enunciado del Ministerio de Hacienda de la República, mediante el cual se indica que en caso de existir déficit para la financiación de los programas de los diferentes ministerios, el gasto debe ser financiado a partir de la venta de activos del sector público o del endeudamiento.²²

Por otro lado, en lo que respecta a México, la Ley Federal para la administración y enajenación de bienes del sector público,²³ regula la administración y destino por parte del SAE (Servicio de Administración y enajenación de Bienes)²⁴ de determinados bienes, entre ellos, “los títulos valores, activos y demás derechos que sean susceptibles de enajenación, cuando así se disponga por las autoridades competentes”.²⁵

Específicamente, los bienes son transferidos al SAE cuando así lo determine la ley o el juez, o cuando sea conveniente según lo decida la entidad transferente. Pues en este caso, puede llevar a cabo por sí misma la enajenación aplicando la normativa que corresponda de acuerdo a los bienes de que se trate.

Por ejemplo, la Ley de Instituciones de crédito²⁶ establece que las instituciones de banca múltiple en las que el Gobierno Federal tenga el control de su participación accionaria, podrá enajenarlas por medio de concursos en los que invite cuando menos a tres proveedores, contratistas u oferentes siguiendo un procedimiento establecido, o mediante adjudicación directa previa aprobación del consejo de Administración. Atendiendo a la eficiencia, es claro que la mayoría de estas entidades acuden al último mecanismo, lo que a nuestro juicio incurre en un riesgo para la garantía del interés general a la que debe tender la propiedad pública.

Es pertinente evidenciar como el SAE en el derecho mexicano se convierte en un simple intermediario, encargado de no solo dar destino a los bienes encargados, sino también articularlos para garantizar el fortalecimiento del Estado de Derecho.²⁷

Con todo, la ley Federal en su título cuarto establece de manera afortunada los procedimientos de enajenación bajo la garantía del SAE. Permitiendo así al operador jurídico, adecuar su propósito, teniendo en cuenta parámetros del precio y el avalúo.

²² Según lo reporta un informe frecuente y oficial del Ministerio de Hacienda del Gobierno de Chile. Disponible en: <http://www.hacienda.cl/preguntas-frecuentes/presupuesto/a-traves-de-que-vias-el-ministerio-de.html>

²³ MÉXICO. Congreso de la Unión. Cámara dos Deputados. Ley del 19 de dezembro de 2002. *Ley Federal Para La Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público*. Ciudad de México: Secretaría de Servicios Parlamentarios, 19 dez. 2002. Disponible em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/251.pdf>>. Acceso em: 24 jun. 2018.

²⁴ Corresponde a un organismo descentralizado de la Administración Pública Federal con personería jurídica propia, agrupado en el sector coordinado por la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP).

²⁵ MÉXICO. Congreso de la Unión. Cámara dos Deputados. Ley del 19 de dezembro de 2002. *Ley Federal Para La Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público*. Op. cit. art. 1 Numeral VII.

²⁶ MÉXICO. Congreso de la Unión. Cámara dos Deputados. *Ley de Instituciones de Crédito*. Ciudad de México: Secretaría de Servicios Parlamentarios, 18 jul. 1990, art. 20. Disponible em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/43_090318.pdf>. Acceso em: 24 jun. 2018.

²⁷ En este sentido, lo dispone su objeto social. Disponible en: <<https://www.gob.mx/sae/que-hacemos->>, y lo ratifica el artículo 2, Numeral XIII de la ley Federal.

Es pertinente anotar la complejidad necesaria que presenta la regulación mexicana en torno a la transferencia de la propiedad accionaria del Estado. Por un lado, es pertinente la conformación de un servicio descentralizado específico para la destinación de los activos. Sin embargo, es abstracto la forma en que pretende lograr “fortalecimiento del Estado de Derecho” mediante el ejercicio de su intervención.

Desde otra perspectiva, la experiencia brasileña tienen su régimen normativo desde 1997 con la Ley No. 9491. A través de esta se delinear los objetivos fundamentales del “Programa Nacional de Desestatização”, fijando las normas aplicables a la venta de ciertos activos y/o empresas controladas por la Unión Federal.

De igual modo, identifica dentro del objeto de la “desestatização” las empresas e instituciones financieras controladas directa o indirectamente por la Unión, instituidas por la ley o acto del poder ejecutivo. Aún las del sector privado, que por cualquier motivo pasaran al control directo o indirecto de la Unión.²⁸

Es importante destacar como la aplicación de la ley restringe su cobertura a los procesos de transferencia accionaria del Banco Central de Brasil, el cual, tiene la competencia privativa, de enajenar o transferir por la forma que considere más conveniente.²⁹ Asimismo, excluye la Caja Económica Federal, las Empresas Públicas o Sociedades de economía mixta que ejerzan actividades de competencia exclusiva de la Unión.³⁰

Tanto la normatividad brasileña como la mexicana determina las modalidades operacionales de los procesos de enajenación de las acciones estatales, inclusive del control accionario. Al mismo tiempo, es importante exponer como el legislador en Brasil opta por la “pulverização de ações”. Un mecanismo que consiste en la aceptación por parte del gobierno de un precio por acción sustancialmente inferior al que se obtendría si vendiera en bloque el control accionario de la empresas estatal.³¹

A pesar de la preferencia, el modelo utilizado normalmente para este tipo de transferencia consiste en la licitación regida para los contratos administrativos según la

²⁸ BRASIL. Congresso. Senado. Altera procedimentos relativos ao programa nacional de desestatização, revoga a lei 8.031, de 12/04/1990 (PND), e dá outras providências. Brasília, 10 set. 1997. Art. 1 y 2. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9491.htm>. Acesso em: 24 jun. 2018.

²⁹ BRASIL. Congresso. Senado. Decreto Ley nº 4591, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o conselho monetário nacional e dá outras providências. *Lei 4.595/1964 (lei Ordinária) 31/12/1964*. Brasília. Art. 10. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viw_Identificacao/lei.4.595-1964?OpenDocument>. Acesso em: 24 jun. 2018.

³⁰ BRASIL. Congresso. Senado. Altera procedimentos relativos ao programa nacional de desestatização, revoga a lei 8.031, de 12/04/1990 (PND), *op. cit.*, Art. 3. Es importante destacar que la Constitución de la República Federal de Brasil de 1988 en los incisos XI y XXIII del art. 21 y el inciso “C” del numeral I del art. 159 y el art. 177, indica que no se les aplica el “Programa Nacional de Desestatização” a las empresas públicas o sociedades de economía mixta que tienen que ver con la exploración directa o mediante autorización, concesión o permiso de los servicios de telecomunicaciones así como los servicios e instalaciones nucleares de cualquier y los relativos a la investigación, enriquecimiento o reprocesamiento e industrialización y comercialización de minerales nucleares. También, los monopolios de la Unión sobre la investigación, exploración, transporte, refinación de petróleo y de los hidrocarburos, etc. En ese sentido también: BRASIL. Presidência da República Regulamenta a Lei. No. 9.491, de 9 de setembro de 1997, que dispõe sobre o Programa Nacional de Desestatização e dá outras providências. *Decreto No. 2.594, de 15 de Maio de 1998*. Brasília. Art. 6. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2594.htm>. Acesso em: 24 jun. 2018.

³¹ FURQUIM, Rogério L. *Pulverização de Ações: Governo Parece Fascinado por Velhas Idéias sobre privatização. Artigo no Académico de la PUC-rio: Professor do Departamento de Economia da PUC-Rio*. São Paulo, 23 jun. 2000. p. 1-2. Disponível em: <<http://www.economia.puc-rio.br/rwernerck/pdf/vf2000-0623.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

ley 8.666 del 21 de Junio de 1993, donde con sus decretos reglamentarios y las normas complementarias, se determina de manera clara los métodos, formas de pago y garantías, etc.

Resulta útil evidenciar como el modelo brasilero genera un marco regulatorio en torno a la transferencia de acciones y con ella la privatización. Asimismo, es cuestionable el amplio poder discrecional otorgado a las entidades que por disposición legal no se les aplica el programa, no sólo en razón de la decisión de transferir o no, sino también en los modelos estipulados para ejecutar el proceso. Sin embargo, la amplia experiencia que acompaña a Brasil en la “desestatização” parece ser, aunque no de manera uniforme, un programa más completo entre los vistos.

En lo que concierne al ordenamiento jurídico colombiano, la Constitución Política de 1991 en su artículo 60 promueve de manera específica el acceso a la propiedad accionaria del Estado. Bajo esta garantía, insta a tomar medidas conducentes a democratizar la titularidad de estos bienes. Sin embargo, esto será objeto de análisis particular en el siguiente capítulo.

De todas formas, resulta relevante hacer un análisis a su reglamentación dispuesta a través de la ley 226 de 1995 complementada por las normas del mercado público de valores así como las discrecionalmente preparadas en el programa particular de enajenación.

Frente al campo de aplicación de la ley, es adecuado su proceder para la enajenación total o parcial a favor de los particulares, y en primer lugar, para aquellos que bajo el amparo de la ley son destinatarios exclusivos de las condiciones especiales como lo son los trabajadores, asociaciones de empleados, fondos mutuos de inversión, de cesantía y de pensiones, entidades cooperativas, etc.³²

Resulta procedente evidenciar que dichos procesos se realizan principalmente sobre sociedades anónimas, de acciones simplificadas y las sociedades limitadas donde el Estado tenga participación.³³ Sin importar que la transferencia sea propia de acciones, puesto que también se entiende cuotas o partes de interés, y así lo ha ratificado la jurisprudencia constitucional.³⁴

Por otro lado, la ley 226 de 1995 no es aplicable a todos los casos. Así como sucede en Brasil, son excluidos ciertas circunstancias que tienen una regulación o discreción propia. Tal es el caso de los eventos de orden legal o de propósito voluntario, como lo es la enajenación de la participación del Estado en instituciones financieras o las que se realicen entre órganos estatales, las relacionadas con acciones de los fondos ganaderos, etc. O bien, eventos derivados de un deber legal o una causa externa impuesta, como cuando una entidad entra en liquidación, o por efecto de cambios normativos fuera del

³² COLOMBIA. Asamblea Legislativa. Ley nº 226, de 20 de dezembro de 1995. *Por La Cual se desarrolla el Artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la Propiedad accionaria estatal, Se Toman Medidas Para Su Democratización y Se Dictan Otras Disposiciones*. Bogotá D.C: Diario Oficial, 20 dez. 1995, art. 3.

³³ De manera concreta, con los casos particulares en: COLOMBIA. Ministerio de Hacienda. Dirección General de Participaciones Estatales. *Informe del Reporte Anual de las empresas de la nación 2016*. Disponible em: <http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/ShowProperty?nodeId=/OCS/P_MHCP_WCC-073459//idcPrimaryFile&revision=latestreleased>. Acceso em: 24 jun. 2017.

³⁴ COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Constitucionalidad nº 1260. Excepción de inconstitucionalidad. Relator: Rodrigo Uprimny Reyes. Bogotá, 29 de noviembre de 2001. Bogotá D.C, 29 nov. 21. Disponible em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1260-01.htm>>. Acceso em: 25 jun. 2018.

control de la entidad enajenante y la constitución de inversiones no autorizadas según la reglamentación financiera.³⁵

En cuanto al procedimiento en concreto, la ley es expresa en señalar que las reglas de la contratación administrativa no son aplicables, a diferencia de lo que ocurre en los ordenamientos comparados, que muestran un abanico de posibilidades, todas derivadas de la contratación estatal. Esta situación, como lo consagra el artículo 20, solo es procedente entre la transferencia de acciones que se realicen entre órganos estatales.

Por su parte, continuando con el procedimiento, la ley distingue dos etapas marco. La primera de ellas corresponde con una “etapa previa”, la cual involucra el diseño, la adopción y la aprobación del programa de enajenación. En esta es manifiesta la voluntad del ejecutivo para ejecutar el programa. Puesto que, el ministerio al cual estén adscritos los titulares de la participación en coordinación con el Ministerio de Hacienda y Crédito Público proyectan el plan de transferencia, reforzado con estudios técnicos y con un contenido idóneo.

Sin embargo, y de manera infortunada, la ley no exigió que el estudio técnico determine de manera anticipada la conveniencia y oportunidad de enajenar determinada participación accionaria.³⁶ De igual modo, la ley consagra que una vez aprobado el programa de enajenación y sometido a consideración del consejo de ministros, se presentará ante el Congreso de la República.

No obstante, esto no implica que el legislativo deba expedir una ley específica, ni el Gobierno solicitar una autorización, así lo ha dispuesto la jurisprudencia constitucional. Lo anterior demuestra una inactiva participación del Congreso, pudiendo tener más protagonismo en la garantía de transferencia democrática, o en principio es lo que se esperaría.

Con relación a la etapa de ejecución, en virtud del artículo 20 de la ley 226, el Gobierno determinará el órgano encargado de otorgar autorizaciones relacionadas con la adquisición, definiendo las acciones ofrecidas en venta y las condiciones relacionadas con la adquisición. Sobre el particular, es pertinente deducir dos cuestiones. Por un lado, que el encargado puede ser un órgano descentralizado, dotado de un amplia discrecionalidad para estipular los parámetros, pero infortunadamente, no cuenta con un marco legal o reglamentario con el que pueda adecuar sus decisiones en garantía del interés general.

Por otro lado, si el encargado es un particular mediante una habilitación otorgada por el Estado, a pesar de que puede generar un mayor rigor técnico en el proceso, es un riesgo ceder a los mismos, la garantía democrática de la transferencia. De acuerdo con esto, no es clara la norma al indicar sobre quien delega, descentraliza, desconcentra o habilita esta competencia.

Adicionalmente, es importante destacar que la etapa de ejecución involucra la oferta preferencial y la oferta al público en general. Para lo cual, la ley ha estipulado un plazo mínimo para que los beneficiarios de las condiciones especiales realicen la oferta

³⁵ Estas dos categorías en que se agrupan los eventos excluidos en la ley 226 de 1995, fueron propuestas por la jurisprudencia en: COLOMBIA. Consejo de Estado. Consulta n° rad. 1513. Relator: Germán Alberto Bula. Bogotá, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, 09 de outubro de 2003. *Consulta Civil*. Bogotá, 09 out. 2003.

³⁶ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sentencia n° Rad. 21848. Relator: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Bogotá, 02 de dezembro de 2015. Sentencia. Bogotá, 02 dez. 2015.

conforme lo estipulado.³⁷ Al mismo tiempo, la ejecución del programa está determinada por una serie de requisitos en cuanto a su financiación, pero la forma de enajenación presenta un riesgo que no genera mayores preocupaciones en los casos comparados, puesto que, la ley determina que “es de libre escogencia atendiendo a la publicidad y a la libre concurrencia”, conforme lo determina el artículo 9 de la norma.

La experiencia de los programas de transferencia de la propiedad accionaria en estos cuatro escenarios, presentan unas características en común. Entre otras, una amplia y muchas veces riesgosa facultad discrecional por parte del ejecutivo para poner en marcha los procesos de enajenación, acompañada de una apacible casi nula valoración técnica y financiera a gran escala sobre conveniencia y oportunidad, con el objetivo de evaluar su impacto y situación para la garantía efectiva del interés público. La oportunidad y posibilidad que debe tener su acceso, por el hecho de ser “pública”, demuestra el carácter y la vocación democrática que debe acompañar esta transferencia, para lo cual se hace necesario hacer un análisis sobre el particular.

IV La democratización de la propiedad accionaria del Estado y su articulación con el ejercicio discrecional de la Administración

El sentido social de la propiedad como lo indicaba León Duguit, se representa mediante la exigencia al propietario a “hacer valer sus capitales” en aras de garantizar un mayor beneficio social.³⁸ A pesar de que es una premisa propia de la noción sobre la cual descansa la propiedad privada, su sentido no excluye la aplicación en el marco de la transferencia del capital accionario con el que cuenta el Estado.

Bajo ese mismo sentido, siguiendo a Schmidt-Assmann, la “democratización” se ha impuesto como uno de los puntos fundamentales sobre los cuales debe girar el derecho administrativo contemporáneo. De esta manera, conseguir fortalecer la idea de legitimidad democrática donde todas las decisiones puedan reconducirse al pueblo, en cuanto sujeto legitimante, a través de mecanismos y elementos de representatividad como de participación.³⁹ En otras palabras,

“ya no basta la legitimación derivada del simple respeto de la legalidad creada por los órganos con legitimación político-democrática, propia del Estado liberal de Derecho, sino que es necesaria que existan otras fuentes de legitimación de la actuación administrativa”⁴⁰

³⁷ COLOMBIA. Asamblea Legislativa. Ley nº 226, de 20 de dezembro de 1995. *Por La Cual se desarrolla el Artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la Propiedad accionaria estatal, Se Toman Medidas Para Su Democratización y Se Dictan Otras Disposiciones*. Bogotá D.C.: Diario Oficial, 20 dez. 1995, art. 25.

³⁸ PASQUALE, María Florencia. La función social de la propiedad en la obra de León Duguit: una re-lectura desde la perspectiva historiográfica. *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, Gijón, n. 15, p.93-111, 07 maio 2014. Anual. Disponível em: <<http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/399>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

³⁹ Referenciado en : SANTOS, Jorge E. Democratización de la administración pública y fortalecimiento de la participación ciudadana. In: MONTAÑA, Alberto; OSPINA, Andrés. *La constitucionalización del Derecho Administrativo: El Derecho Administrativo para la paz*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016. pp. 486-487. (La constitucionalización del Derecho Administrativo).

⁴⁰ SANTOS, Jorge E. Democratización de la administración pública y fortalecimiento de la participación ciudadana. *Op. cit.* p. 488

No obstante, lo fundamental que deriva un enfoque democrático del Derecho Administrativo, y concretamente, en los procesos de transferencia, la realidad de la “democratización” de la propiedad accionaria del Estado en América latina, es un asunto diverso, abstracto y polifacético en su entendimiento y aplicación. Esta atribución se justifica en varias razones.

En primer lugar, analizando el caso de Colombia, la doctrina ha justificado el mandato constitucional de la conducencia democrática de la titularidad de las acciones del Estado, bajo la consecuencia de una tendencia global a la disminución de su tamaño y la corrección del déficit crónico de sus finanzas públicas. De este modo, se hace necesario reorientar sus funciones hacia la protección de derechos, equidad e inclusión, fomentando la competitividad y eficiencia económica.⁴¹

Dicho mandato, según lo ha interpretado la Corte Constitucional de Colombia, corresponde con una fórmula que tiene como objeto generar condiciones propicias para permitir que ciertos grupos tengan acceso a la propiedad accionaria pública de manera más fácil. De esta manera, la forma que ha reglamentado para lograr dicho propósito, corresponde con un derecho de preferencia que tienen los trabajadores, ex trabajadores, las organizaciones solidarias, etc, sobre los particulares que pretendan la adquisición, tal como se colocó de presente en el artículo anterior.⁴²

Cabe destacar que la misma corporación judicial ha interpretado tal preferencia como una regla constitucional específica, bajo el sentido que, el legislador puede establecer otras condiciones en diferentes hipótesis, en aras de fomentar las formas asociativas y solidarias de propiedad, así como el estímulo a la participación de los trabajadores en la gestión de las empresas.⁴³

Del mismo modo, en el artículo segundo de la ley 226 de 1995, se ha establecido que la democratización constituye un principio que cobija el proceso de transferencia. Bajo ese amparo, todas las personas naturales o jurídicas pueden tener acceso a la propiedad accionaria que el Estado enajene, garantizando publicidad, concurrencia y masiva participación.

A pesar de que la ley en su artículo 14 consagre medidas para evitar conductas que atenten con la “democratización”, tales como, la limitación de la negociabilidad de las acciones a los destinatarios de las condiciones especiales, la ineficacia del negocio y la restricción a la adquisición en los cargos del nivel directivo. La jurisprudencia contencioso administrativa ha determinado que, si bien están contenidas, no deben interferir con la finalidad de la ley.⁴⁴

Con todo, es evidente que la formulación de la “democratización” en el ordenamiento jurídico colombiano, constituye una concepción limitada y restringida, que no

⁴¹ BLANCO, Constanza. La democratización de la propiedad accionaria en Colombia: saldo pendiente de la privatización de ISAGEN. *Derecho Económico*. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 65. (Colección Enrique Low Murtra Tomo XI).

⁴² COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Constitucionalidad nº 1260. Excepción de inconstitucionalidad. Relator: Rodrigo Uprimny Reyes. Bogotá, 29 de noviembre de 2001. Bogotá D.C, 29 nov. 21. Disponible em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1260-01.htm>>. Acceso em: 25 jun. 2018.

⁴³ Además de la referencia anterior, en el mismo sentido. COLOMBIA. Consejo de Estado. Sentencia nº Rad. 1827. Relator: Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Bogotá, 07 de junio de 2007. *Sentencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil*. Bogotá, 07 jun. 2007.

⁴⁴ COLOMBIA. Consejo de Estado. Sentencia nº Rad. 15686. Relator: Ligia López Díaz. Bogotá, 13 de noviembre de 2008. *Sentencia de la Sección Cuarta*. Bogotá, 13 nov. 2008.

considera los postulados de un Derecho Administrativo contemporáneo cada vez más garante y global.⁴⁵

Por su parte, en Brasil, y después de un análisis a su normatividad, es evidente que aunque no se ordene de manera taxativa como sucede en Colombia, la tendencia en acudir en el proceso a la denominada “pulverização de ações”, parece mostrar una forma para garantizar la democratización de la propiedad accionaria del Estado.

Asimismo, la ley marco del “Programa Nacional de Desestatização” promueve dentro de sus objetivos, que la Administración Pública “concentre sus esfuerzos en las actividades en que la presencia del Estado sea fundamental para la consecución de las prioridades nacionales”.⁴⁶

Con el panorama brasileño, la garantía de la “democratización” es puesta de manifiesto en un propósito general y quizá, en un mecanismo para alcanzarlo. Sin embargo, a juicio de unos, este dispositivo se enfrenta como una solución mágica para desdibujar las dificultades que vienen siendo enfrentadas por el programa de privatización, no porque busque otorgar cierta preferencia, sino porque se ha tornado difícil justificar la decisión del gobierno de transferir en parte o gestión el patrimonio público.⁴⁷

A pesar de lo anterior, tal como sucede en Colombia pero de manera más etérea, la “democratización” de la propiedad accionaria en Brasil también se traduce en otorgar preferencias a ciertos actores que se involucran de manera directa o indirecta en el proceso. Por ejemplo, Najberh y De Souza De Oliveira (2001) defienden la venta pulverizada de acciones como un camino válido por parte de las empresas estatales sobre las que reposa la intensión de transferir su capital. Tal como sucedió en el año 2000 cuando el gobierno enajenó acciones ordinarias que tenía en Petrobras, permitiéndole a los trabajadores utilizar hasta el 50% de sus recursos depositados en el Fondo de Garantía por Tiempo de Servicio (FGTS) para la compra de acciones.⁴⁸

En el mismo caso, para incentivar la pulverización del capital de la petrolera, el Gobierno ofreció descuentos sobre el precio de las acciones a inversionistas menores en Brasil bajo condiciones y requisitos. No obstante, fue necesario la reestructuración de los modelos de captación que viabilicen la participación de otros sectores como se presenta en Colombia.⁴⁹

⁴⁵ Es conducente destacar como varios informes periodísticos han puesto de presente, que de las dieciocho transferencias de empresas al sector privado por parte del Estado, en seis de esos casos corresponde con la cesión de la participación en su propiedad accionaria. Véase por ejemplo: *LAS 18 EMPRESAS QUE HA PRIVATIZADO EL ESTADO EN TODA SU HISTORIA*. Bogotá, 06 fev. 2017. Disponible em: <<http://www.eltiempo.com/economia/empresas/empresas-privatizadas-en-colombia-46900>>. Acceso em: 24 jun. 2018.

⁴⁶ BRASIL. Congresso. Senado. Altera procedimentos relativos ao programa nacional de desestatização, revoga a lei 8.031, de 12/04/1990 (PND), e dá outras providências. Brasília, 10 set. 1997. Art. 1 Núm. V. Disponible em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9491.htm>. Acceso em: 24 jun. 2018.

⁴⁷ FURQUIM, Rogério L. Pulverização de Ações: Governo Parece Fascinado por Velhas Idéias sobre privatização. *Artículo no Acadêmico de la PUC-rio: Professor do Departamento de Economia da PUC-Rio*. São Paulo, 23 jun. 2000. p. 1-2. Disponible em: <<http://www.economia.puc-rio.br/rwernack/pdf/vf2000-0623.pdf>>. Acceso em: 24 jun. 2018.

⁴⁸ NAJBERG, Sheila; OLIVEIRA, Paulo André de Souza de. Democratização do mercado acionário: a utilização de recursos do FGTS na compra de ações da Petrobras. *Revista do BNEDES*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 15, p. [3]-20, jun. 2001.

⁴⁹ Son las conclusiones del estudio de: NAJBERG, Sheila; OLIVEIRA, Paulo André de Souza de. Democratização do mercado acionário: a utilização de recursos do FGTS na compra de ações da Petrobras. *Revista do BNEDES*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 15, p. [3]-20, jun. 2001. P.18.

Con relación al programa mexicano, la práctica de la “democratización” del mercado accionario público parece ser un tema ajeno a su realidad. A pesar de que la Ley Federal para la administración y enajenación de bienes del sector público consagra el propósito de “obtener el mayor valor de recuperación posible y las mejores condiciones de oportunidad”.⁵⁰ Lo general que se lee de la norma hace poco efectivo el acceso democrático.

Adicionalmente, la existencia de un servicio descentralizado para encaminar el destino de los bienes potencialmente asequibles para el mercado accionario, parecería en principio un mecanismo institucional para lograr el cometido, sin embargo, su labor de intermediario desdibuja y deja ir la competencia encaminada a la satisfacción del interés general.

En Chile, el asunto parece aún más difícil, en tanto que, la democratización está sujeta en su gran parte a la manifestación de la discrecionalidad por parte del Gobierno Nacional, la ya advertida ductilidad en su regulación desdibuja un panorama concreto para la garantía democrática de la propiedad.

Con toda la experiencia plasmada, la articulación de la discrecionalidad administrativa y la garantía de la “democratización” del mercado accionario del Estado, representa un reto que a nuestro juicio merece tener una regulación marco más orientadora, puesto que, de esta manera logra estipular parámetros de actuación. Más aún, cuando se trata de un tema que se ha convertido en un baremo político a sabiendas del inmenso componente jurídico y financiero que lo integra.

V Conclusiones

El desenvolvimiento del mercado en una sociedad contemporánea resulta identificarse con una puesta en marcha de diferentes procesos que va sin control en su distancia, dejando de lado muchas veces, aspectos fundamentales para el adecuado desarrollo y progreso de las naciones.

En ese sentido, es de notar la preponderancia que recae sobre la discrecionalidad administrativa dentro del ejercicio interventor en la economía como manifestación de la actividad de la Administración Pública. Dicha facultad, como se propuso de manera inicial en este escrito, se debe ubicar tanto en el supuesto de hecho, como en la consecuencia jurídica de la norma habilitante. Pues de esta manera, se lograría un seguimiento de control y calidad para cada una de las decisiones públicas, logrando evaluar su causa e impacto en la satisfacción adecuada del interés general.

Por su parte, la transferencia o enajenación de la participación accionaria del Estado, parece mostrar un escenario en donde se reúnen múltiples propósitos: económicos, políticos, jurídicos y sociales. En este sentido, el análisis de cuatro casos particulares, pioneros en el asunto, colocaron de presente aciertos y desaciertos en el actuar de estos procesos, y su objetivo primordial, el cumplimiento adecuado de las finalidades estatales.

⁵⁰ MÉXICO. Congreso de la Unión. Cámara dos Diputados. Ley del 19 de dezembro de 2002. *Ley Federal Para La Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público*. Ciudad de México: Secretaría de Servicios Parlamentarios, 19 dez. 2002. Título IV. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/251.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

Pareciera, con las observaciones planteadas, que la experiencia de Brasil en los procesos de enajenación de acciones de las entidades públicas, es un buen parámetro de referencia. Sin embargo, así como Chile, Colombia y México, representa solo unos modelos generales, que frente a la tecnicidad que requiere el asunto, es insuficiente y se convierte más bien en una cuestión político-discrecional.

Esto no significa restarle importancia a la discrecionalidad administrativa, más bien, robustece el aparato ejecutivo para dotar de herramientas conducentes y pertinentes, que permitan a los funcionarios competentes encaminar correctamente su toma de decisiones, atinente al progreso económico y el bienestar social.

Por su parte, quedaría en vano un mero ejercicio de la transferencia sino se tiene en cuenta la importancia constitucional que sobre ella recae, por el solo hecho de que se trata de propiedad pública. En ese sentido, acudiendo a los postulados del Derecho Administrativo contemporáneo, es necesario adecuar dicho ejercicio a un carácter democrático, que no solo se manifieste en otorgar condiciones preferenciales a sectores específicos para el acceso a la propiedad, sino en hacer partícipe a la colectividad, representada o de manera individual en la decisión de ceder o no su capital accionario, tal como sucedió en Uruguay con el agua.

Sin embargo, la generalidad de la propuesta tiene concreción gracias a figuras propuestas por el derecho, para la organización de sus decisiones, por ejemplo, la descentralización. Así, no es ideal involucrar territorialmente a los afectados, respecto de una compañía cuyas acciones estatales pretenden transferirse, y donde sus operaciones generen impacto en determinadas zonas.

Aun cuando pareciera entenderse que la inclusión y adecuación de una democracia deliberativa en estos procesos garantiza el carácter democrático de la propiedad accionaria. Es importante tener en cuenta que, el adecuado ejercicio de las funciones, discrecionales o regladas, administrativas o legislativas, encaminadas a una intervención certera para la satisfacción del interés general, también es manifestación de esta necesaria tendencia.

La realidad frente a los procesos de transferencia requiere reparos, más aún, como bien lo diría Jacqueline Morand Deviller, cuando,

“Esas orientaciones políticas influyen en la organización administrativa (...). Están en el origen del desarrollo del derecho público económico, de la evolución del derecho de los contratos administrativos y de la necesidad de trazar nuevas fronteras entre los territorios de lo público y lo privado”⁵¹

Así pues, es evidente la necesidad de concatenar un proceso de voluntad político administrativo, a una realidad técnica y jurídica que garantice la efectividad y desarrollo de los derechos así como también, el progreso económico de, para este caso, América Latina.

⁵¹ DEVILLER, Jacqueline Morand-. *Derecho Administrativo: curso, temas de reflexión, comentarios y análisis de fallos*. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. 865 p. Trad. Zoraida Rincón / Juan C. Peláez.

Referencias

Doctrina

ACHKAR, Marcel et al. La defensa del agua como recurso público en Uruguay: El caso de la comisión Nacional en Defensa del Agua y la Vida y el plebiscito por el agua. *Revista ORG & DEMO*, 6, v. 6, n. 1/2, p.37-50, dez. 2005. Anual. Disponible em: <<http://www2.marilia.unesp.br/revistas/index.php/orgdemo/issue/view/39>>. Acceso em: 24 jun. 2018.

AZPIAZU, Daniel. Privatización del agua y el saneamiento en Argentina: El caso paradigmático de Aguas Argentinas S.A.. *Vertigo*, [s.l.], n. 7, 10 jun. 2010. OpenEdition. <http://dx.doi.org/10.4000/vertigo.9730>.

BÁRCENA, Alicia. La crisis de la deuda latinoamericana: 30 años después. In: OCAMPO, Antonio et al. *La crisis latinoamericana de la deuda desde la perspectiva histórica*. Santiago de Chile: Comisión Económica Para América Latina y El Caribe (CEPAL), 2014. p. 9-18.

BLANCO, Constanza. La democratización de la propiedad accionaria en Colombia: saldo pendiente de la privatización de ISAGEN. *Derecho Económico*. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2017. p. 65. (Colección Enrique Low Murtra Tomo XI).

CHONG, Alberto; LÓPEZ DE SILANES, Florencio. The truth about privatization in Latin America. In: CHONG, Alberto et al. *Privatization in Latin America. Myths and Reality*. Washington D.C: The International Bank for Reconstruction and Development / The World Bank, 2005, p. 1-19.

DEVILLER, Jacqueline Morand-. *Derecho Administrativo: curso, temas de reflexión, comentarios y análisis de fallos*. 2. ed. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017. 865 p. Trad. Zoraida Rincón / Juan C. Peláez.

ESTACHE, Antonio; TRUJILLO, Lourdes. La privatización en América Latina en la década de los años 90: aciertos y errores. *Revista Asturiana de Economía*, Asturias, v. 31, n. 3, p.69-91, set. 2004. Trimestral. Disponible em: <<http://www.revistaasturianadeeconomia.org/edic31.php>>. Acceso em: 21 jun. 201869.

FURQUIM, Rogério L. Pulverização de Ações: Governo Parece Fascinado por Velhas Idéias sobre privatização. *Artículo no Académico de la PUC-rio: Professor do Departamento de Economia da PUC-Rio*. São Paulo, 23 jun. 2000. p. 1-2. Disponible em: <<http://www.economia.puc-rio.br/rwernerneck/pdf/vf2000-0623.pdf>>. Acceso em: 24 jun. 2018.

GUINARD-HERNÁNDEZ, David. La 'regulación económica' como instrumento de dirección estatal de la economía. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, [s.l.], v. 1, n. 18, p.177-224, 30 jun. 2017. Semestral. Universidad Externado de Colombia. <http://dx.doi.org/10.18601/21452946.n18.09>.

HERZ, Rafael. Privatización en Colombia: Una historia particular. *Coyuntura Económica*, Bogotá D.C, v. , n. 4, p.121-123, dez. 1995. Mensual. Disponible em: <<http://www.repository.fedesarrollo.org.co/handle/11445/2232>>. Acceso em: 25 jun. 2018.

J. LÜDERS, Rolf. Massive divestiture and privatization lessons from Chile. *Contemporary Economic Policy*, [s.l.], v. 9, n. 4, p.1-19, out. 1991. Wiley. <http://dx.doi.org/10.1111/j.1465-7287.1991.tb00347.x>.

LAGUNA DE PAZ, José Carlos. *Derecho Administrativo Económico*. Navarra: Thomson Reuters, 2016. Pp. 178-179.

MARÍN, Hugo Alberto. *Discrecionalidad Administrativa*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2007. pp. 195-198.

NAJBERG, Sheila; OLIVEIRA, Paulo André de Souza de. Democratização do mercado acionário: a utilização de recursos do FGTS na compra de ações da Petrobras. *Revista do BNDES*, Rio de Janeiro, v. 8, n. 15, p. [3]-20, jun. 2001.

OSPINA, Andrés Fernando. Reflexiones a partir de la obra de Eberdhard Schmidt-Assmann: Tercera parte: Sein. Un diagnóstico de ineficacia que llama a cambios en el derecho administrativo colombiano. In: SANTOFIMIO, Jaime Orlando et al (Ed.). *Perspectivas de una reforma: Estudios de Derecho Administrativo a partir de la obra de Eberhard Schmidt- Assman*. Bogotá D.C: Universidad Externado de Colombia, 2016. Cap. 1. p. 35-68.

PASQUALE, María Florencia. La función social de la propiedad en la obra de León Duguit: una re-lectura desde la perspectiva historiográfica. *Revista Electrónica de Historia Constitucional*, Gijón, n. 15, p.93-111, 07 maio 2014. Anual. Disponible em: <<http://www.historiaconstitucional.com/index.php/historiaconstitucional/article/view/399>>. Acceso em: 24 jun. 2018.

SANTOFIMIO, Jaime Orlando. *Compendio de Derecho Administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2017.

SANTOS, Jorge E. Democratización de la administración pública y fortalecimiento de la participación ciudadana. In: MONTAÑA, Alberto; OSPINA, Andrés. *La constitucionalización del Derecho Administrativo: El Derecho Administrativo para la paz*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2016. pp. 486-487. (La constitucionalización del Derecho Administrativo).

SILVA, Almiro do Couto e. Privatização no Brasil e o novo exercício de funções públicas por particulares. *Revista de Direito Administrativo*, [s.l.], v. 230, p.45-74, 19 fev. 2015. Fundação Getulio Vargas. <http://dx.doi.org/10.12660/rda.v230.2002.45915>.

Legislación

BRASIL. Constituição (1988). *Constituição da República Federativa do Brasil*. Brasília, Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/constituicao/constituicao.htm>. Acesso em: 22 jun. 2018.

BRASIL. Congresso. Senado. Altera procedimentos relativos ao programa nacional de desestatização, revoga a lei 8.031, de 12/04/1990 (PND), e dá outras providências. Brasília, 10 set. 1997. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/Leis/L9491.htm>. Acesso em: 24 jun. 2018.

BRASIL. Congresso. Senado. Decreto Ley nº 4591, de 31 de dezembro de 1964. Dispõe sobre a política e as instituições monetárias, bancárias e creditícias, cria o conselho monetário nacional e dá outras providências. *Lei 4.595/1964 (lei Ordinária) 31/12/1964*. Brasília. Art. 10. Disponível em: <http://legislacao.planalto.gov.br/legisla/legislacao.nsf/Viv_Identificacao/lei.4.595-1964?OpenDocument>. Acesso em: 23 jun. 2018.

BRASIL. Presidência da República Regulamenta a Lei. No. 9.491, de 9 de setembro de 1997, que dispõe sobre o Programa Nacional de Desestatização e dá outras providências. *Decreto No. 2.594, de 15 de Maio de 1998*. Brasília. Art. 6. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/decreto/d2594.htm>. Acesso em: 24 jun. 2018.

Chile

CHILE. Constitución (1980). *Constitución Política de la República de Chile*. Santiago de Chile, Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>. Acesso em: 22 jun. 2018

MINISTERIO DE HACIENDA DE LA REPÚBLICA DE CHILE. Junta de Gobierno de la República. Decreto Ley nº 1056, de 7 de junho de 1975. *Normas Complementarias Relativas A La Reducción del Gasto Público y Al Mejor Ordenamiento y Control de Personal*. Santiago de Chile: Biblioteca del Congreso Nacional, 8 jun. 1975. Art. 1. Disponível em: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=6464>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

México

MÉXICO. Congreso de la Unión. Cámara dos Deputados. Ley del 19 de dezembro de 2002. *Ley Federal Para La Administración y Enajenación de Bienes del Sector Público*. Ciudad de México: Secretaría de Servicios Parlamentarios, 19 dez. 2002. Disponível em: <<http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/251.pdf>>. Acesso em: 24 jun. 2018.

MÉXICO. Congreso de la Unión. Cámara dos Deputados. Ley de Instituciones de Crédito. Ciudad de México: Secretaría de Servicios Parlamentarios, 18 jul. 1990, art. 20. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/43_090318.pdf>. Acesso em: 24 jun. 2018.

Colombia

COLOMBIA. Constitución (1991). *Constitución Política de la República de Colombia*. Bogotá.

COLOMBIA. Asamblea Legislativa. Ley nº 226, de 20 de dezembro de 1995. *Por la cual se desarrolla el artículo 60 de la Constitución Política en cuanto a la enajenación de la Propiedad accionaria estatal, Se Toman Medidas Para Su Democratización y Se Dictan Otras Disposiciones*. Bogotá D.C: Diario Oficial, 20 dez. 1995, art. 3.

Jurisprudencia

COLOMBIA. Corte Constitucional de Colombia. Sentencia de Constitucionalidad nº 1260. Excepción de inconstitucionalidad. Relator: Rodrigo Uprimny Reyes. Bogotá, 29 de noviembre de 2001. Bogotá D.C, 29 nov. 21. Disponível em: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2001/c-1260-01.htm>>. Acesso em: 25 jun. 2018.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Consulta nº rad. 1513. Relator: Germán Alberto Bula. Bogotá, SALA DE CONSULTA Y SERVICIO CIVIL, 09 de outubro de 2003. *Consulta Civil*. Bogotá, 09 out. 2003.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sentencia nº Rad. 21848. Relator: Jorge Octavio Ramírez Ramírez. Bogotá, 02 de dezembro de 2015. *Sentencia*. Bogotá, 02 dez. 2015.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sentencia nº Rad. 1827. Relator: Luis Fernando Álvarez Jaramillo. Bogotá, 07 de junio de 2007. *Sentencia de la Sala de Consulta y Servicio Civil*. Bogotá, 07 jun. 2007.

COLOMBIA. Consejo de Estado. Sentencia nº Rad. 15686. Relator: Ligia López Díaz. Bogotá, 13 de noviembre de 2008. *Sentencia de la Sección Cuarta*. Bogotá, 13 nov. 2008.

Informes y reportes

COLOMBIA. Ministerio de Hacienda. Dirección General de Participaciones Estatales. *Informe del Reporte Anual de las empresas de la nación 2016*. Disponible em: <http://www.minhacienda.gov.co/HomeMinhacienda/ShowProperty?nodeId=/OCS/P_MHCP_WCC-073459//idcPrimaryFile&revision=latestreleased>. Acceso em: 24 jun. 2017.

LAS 18 EMPRESAS QUE HA PRIVATIZADO EL ESTADO EN TODA SU HISTORIA. Bogotá, 06 fev. 2017. Disponible em: <<http://www.eltiempo.com/economia/empresas/empresas-privatizadas-en-colombia-46900>>. Acceso em: 24 jun. 2018.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GALLO, William Iván. La democratización de la propiedad accionaria del Estado en América Latina: Un análisis a partir del ejercicio discrecional de la actividad administrativa In: GALLO, William Iván et al. (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 229-245. ISBN 978-85-450-0569-8.

DIÁLOGO COMPETITIVO EN EL CONTEXTO DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS EN LA UNIÓN EUROPEA

JAVIERA CID VEGA

I Introducción

La constante evolución de las demandas sociales que deben ser provistas mediante servicios públicos, hace necesario que el Estado asuma su rol prestacional optando por otras vías, preferentemente a través de la celebración de contratos que tienen por objeto proveer obras e infraestructura destinada a tal efecto. Así, el desarrollo de la contratación administrativa y, en lo específico, el sistema de concesiones, es un fenómeno de amplio desarrollo en la Unión Europea.

Lo anterior se debe, en entre otras razones, porque la incorporación de los privados en este ámbito ha permitido llevar a cabo un sin fin de obras mediante la figura de la concesión, trasladando directamente al particular, deberes y obligaciones que originalmente recaen en la Administración. Es por esta misma razón que en Europa, a través del Derecho Comunitario, se han impulsado distintas medidas que tienen por objeto el perfeccionamiento de esta forma de colaboración público-privada. En este sentido, una de las reformas en la materia ha sido la incorporación del denominado “Diálogo Competitivo” como nuevo procedimiento de adjudicación contractual que opera, preferentemente, en los contratos susceptibles de ser calificados como complejos. El objetivo principal de este trabajo es dar tratamiento sistematizado a la figura de “Diálogo Competitivo”, por ser esta, desconocida a nivel latinoamericano. Buscamos así destacar sus rasgos definitorios, como también los beneficios y eventuales riesgos que su implementación acarrea.

II Antecedentes. Las asociaciones público-privadas

El Diálogo Competitivo (o DC), entendido como un procedimiento de adjudicación de contratos públicos se encuentra reconocido expresamente por la legislación europea

sobre la materia. Esta última, explora una realidad innegable, la colaboración existente entre el sector público y el sector privado (también denominadas APPs), como una alternativa a la implementación de infraestructuras o servicios de connotación pública. Es por lo anterior que, antes de definir este procedimiento, será necesario hacer una breve referencia a la transformación que ha tenido esta política de participación en el viejo continente como también a la importancia que ha adquirido con el pasar de los años.

Históricamente las entidades gubernamentales eran las encargadas de proveer la infraestructura necesaria para la satisfacción de los servicios públicos. Se destacaba en ese entonces una contratación directa con empresas privadas para la construcción e implementación de proyectos, que eran financiados con la imposición y posterior pago de impuestos como también con la emisión de deuda pública.¹ En este sentido, podría decirse que los contratos que celebraban las administraciones públicas tenían un objeto acotado ya que una vez terminado el proyecto, se recibía el pago acordado y se daba por finalizado el vínculo contractual. Sin embargo, al ser la inversión y el desarrollo de infraestructura prioridades públicas en constante evolución, se hizo imperioso que las formas de contratación se modernizaran a la par. Es aquí donde la política de las APPs entra en juego y marca la pauta, introduciendo una nueva forma de organización y participación entre el Estado y los particulares. El enfoque de estas implicó un traslado al privado no tan solo del financiamiento y construcción de la obra sino también de la responsabilidad de operar y mantener la misma, sometiéndose además a ciertos estándares de calidad del servicio.²

Los autores han aportado una variada gama de definiciones para esta institución, por este motivo es que no hay una conceptualización de este tipo de asociación que sea taxativa o exacta. No obstante, todas las definiciones coinciden en que hay una colaboración efectiva entre el sector público y privado y en el hecho que, existe un sometimiento compartido a los riesgos que acarrea el contrato. Atendiendo a sus elementos y características, podríamos señalar que la APP es una modalidad de prestación de servicios públicos que opera previo acuerdo entre el sector público y el sector privado, ya sea de iniciativa particular o estatal. A través de esta modalidad se entrega parte de los servicios, cuya implementación y gestión competen originalmente al sector público a un ente privado para su suministro. “Una APP integra el financiamiento, la construcción y la operación en un solo contrato de largo plazo entre la autoridad de adquisición y la empresa privada”.³

En la Unión Europea, la expresión “asociación público-privada” es genérica, toda vez que comprende figuras de tipo contractual y organizativas. A fin de sistematizar su estudio es que la Comisión de las Comunidades Europeas distingue entre APP contractuales e institucionales.

Haciendo un breve recorrido cronológico, el Reino Unido es una de las experiencias más importante en materia de APPs con la implementación del programa *Private Finance Initiative* (PFI) el año 1992. Con el objetivo de modernizar la infraestructura

¹ ENGEL Eduardo, FISCHER Ronald y GALETOVIC Alexander, *Economía de las asociaciones público-privadas: una guía básica*, 1a ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p.15.

² *Ibid.* *Economía de las asociaciones público-privadas: una guía básica*, 1a ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p.15.

³ *Ibidem*, *Economía de las asociaciones público-privadas: una guía básica*, 1a ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2014, p.9.

pública a través de capital privado es que en el Gobierno de Anthony Blair “se usaron las APPs para construir y operar activos tales como hospitales, escuelas y otros proyectos de infraestructura”. No obstante, el modelo de Gran Bretaña no es la panacea de la colaboración público-privada ya que si se hace un estudio acabado de su ejecución podría demostrarse cómo este programa fue útil también para esquivar los límites presupuestarios fijados.⁴ El caso de España también es destacable. “Como antecedente inmediato hay que citar el Acuerdo del Consejo de Ministros por el que se adoptan mandatos para poner en marcha medidas de impulso a la productividad, y específicamente el Mandato 44o, dirigido al Ministerio de Economía y Hacienda, en que se le ordenaba que en el proyecto de Ley de Contratos del Sector Público se incorpore una regulación de los contratos de colaboración entre el sector público y privado, para el cumplimiento de obligaciones de servicio público, así como los mecanismos legales adecuados que permitan identificar la proposición más ventajosa presentada por los licitadores a fin de garantizar la obtención del mayor valor posible como contrapartida a los recursos financieros aplicados al contrato”.⁵

Latinoamérica no está exenta de la experiencia en APPs y muchos países se destacan por haber implementado dichos programas, como por ejemplo Chile.⁶ El principal motivo de lo anterior es que este método de colaboración se presenta como un verdadero mecanismo de inversión que permite reducir el gasto fiscal ya que, lo que se busca, es hacer primar la eficiencia y calidad de los servicios por sobre los costos estatales. Países como el nuestro, al igual que Brasil, Perú, México y Colombia se ubican en las primeras posiciones del ranking de naciones con escenarios más propicios para las asociaciones público-privadas. En estos países, los proyectos de APP se han implementado en sectores tales como transporte, telecomunicaciones, energía, entre otros.⁷

Durante los años noventa del siglo XX, en la Unión Europea se dio inicio a una política de incentivo de la participación del sector privado en materias de competencia originalmente pública. El motivo de esta política de colaboración fue principalmente la convicción de los órganos comunitarios del hecho que si el Estado opta por la experiencia del sector privado, mejoraría la eficiencia, calidad y explotación de las infraestructura. Por lo mismo entonces resultaba imperante contar con una regulación a nivel continental susceptible de ser aplicada a la realización de estos proyectos.⁸ En este punto es donde cobra importancia el aporte que se puede hacer tanto desde la perspectiva normativa como no normativa en el Derecho comunitario a través de las directivas y Libros Verdes

⁴ ENGEL Eduardo, FISCHER Ronald y GALETOVIC Alexander, Economía de las asociaciones público-privadas: una guía básica, 1a ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2014, pp. 42 y 43.

⁵ DE CASTRO CÁCERES, Alicia R., El Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley 30/2007, de 30 de Noviembre, Reflexiones. En: Revista de Obras Públicas, Transporte y Ordenación Territorial, vol. VI, Sevilla, 2008, p. 72.

⁶ Vale la pena destacar la obra “*Concesiones de Obras Públicas en Chile. 20 años*” del Ministerio de Obra Públicas de Chile para un estudio más acabado sobre el desarrollo de las concesiones en este país.

⁷ EY BUILDING A BETTER WORLD, Las Asociaciones Público-Privadas y el desafío global en infraestructura, Santiago, 2016, disponible en <http://www.eychile.cl/Content/pdf/Estudios/17062016205131_pdf_APP_Infraestructura_web.pdf> p. 39. Acceso en: 10 de Marzo, 2018, 22:35.

⁸ LOO GUTIÉRREZ, Martín, Las asociaciones público-privadas en la Unión Europea: Elementos para un análisis sobre la concesión de obra pública en Chile. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLV (2015), pp. 315 y 316.

respectivamente.⁹ En relación a esto, cabe agregar que “los pasos más significativos que la Unión Europea ha ido dando estos últimos años sobre la materia se pueden seguir a través básicamente de tres documentos: a) el Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el Derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones de 30 de Abril de 2004 COM (2004) 327 final, b) la Comunicación de la Comisión del Parlamento Europeo sobre la colaboración público-privada y concesiones de 15 de Noviembre de 2005 COM (2005) 569 final y c) la Comunicación interpretativa de la comisión relativa a la aplicación del Derecho Comunitario en materia de contratación público-privada institucionalizada (CPPI) de 12 de Abril de 2008 (2008/C 91/02)”.¹⁰

En definitiva, conforme a lo expuesto precedentemente, podemos concluir que, en la medida que aumenten tanto la demanda de infraestructura como las restricciones presupuestarias del Fisco, el modelo APP continuará evolucionando y siendo útil para auxiliar a los Gobiernos a enfrentar los desafíos de infraestructura que cada vez son mayores.¹¹ Claramente, quedan desafíos pendientes, lo que no le quita crédito a este mecanismo de gran desarrollo en las últimas décadas.

III EVOLUCIÓN DEL ENTORNO JURÍDICO

El avance y consolidación de las APPs en Europa ha sido tal que esta institución ha sido tratada en la misma Unión Europea, a través del Parlamento Europeo y el Consejo de Europa.¹² Como se ha dicho, “el interés político por contar con una reglamentación de nivel continental que facilitara la realización de proyectos de infraestructura pública comenzó a tomar forma con la adopción de una serie de actos comunitarios tanto de tipo normativo (Directivas), como no normativo (Libros Verdes)”.¹³ Para estos efectos, las Directivas pueden ser definidas como actos legislativos en los cuales se establecen objetivos que todos los países de la UE deben cumplir. No obstante, corresponde a cada país elaborar sus propias leyes para determinar cómo alcanzar esos objetivos.¹⁴ Por otro lado, los Libros Verdes, “son documentos publicados por la Comisión Europea cuyo objetivo es estimular una reflexión a nivel europeo sobre un tema concreto, invitan a las partes interesadas (organismos y particulares) a participar en un proceso de consulta y debate sobre las propuestas que presentan”.¹⁵

⁹ *Ibíd.*

¹⁰ MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo, El significado actual del contrato de concesión de obras públicas. En Instrumentos Españoles de Colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas, 2da. ed., Pamplona, 2010, p. 28.

¹¹ EY BUILDING A BETTER WORLD, Las Asociaciones Público-Privadas y el desafío global en infraestructura, Santiago, 2016, disponible en <http://www.eychile.cl/Content/pdf/Estudios/17062016205131_pdf_APP_Infraestructura_web.pdf>, p. 36. Acceso en: 10 de Marzo, 2018, 22:35.

¹² Estos órganos llevan a cabo una función claramente legislativa ya que deben aprobar conjuntamente la legislación de la UE, a partir de las propuestas de la Comisión Europea. Para más información sobre los órganos que forman parte de la Unión Europea visitar <https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies_es>. Acceso en: 10 de marzo, 2018, 16:50

¹³ LOO GUTIÉRREZ, Martín, Las asociaciones público-privadas en la Unión Europea: Elementos para un análisis sobre la concesión de obra pública en Chile. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLV (2015), p. 316.

¹⁴ Este es el caso por ejemplo de España con la Ley de Contratos del Sector Público del año 2007 y la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público.

¹⁵ EUR - LEX, El acceso al derecho de la Unión Europea, Glosario, disponible en <https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/green_paper.html?locale=es>. Acceso en: 10 de marzo, 2018, 16:50.

En cuanto a la contratación pública, la legislación europea provee cuatro procedimientos de adjudicación de contratos: abierto, restringido (estos dos se denominan muchas veces como procedimientos estándares o estandarizados), negociado y el Diálogo Competitivo.¹⁶ En este orden de ideas, el DC es un procedimiento de adjudicación de contratos complejos que fue reconocido expresamente por la función legislativa de la UE a través de la ya derogada Directiva 2004/18 del Parlamento Europeo y Consejo del 31 de Marzo de 2004¹⁷ (en adelante Directiva 2004/18/CE). Este acto legislativo desarrolló detalladamente dicho procedimiento y en su momento dispuso que, “en el caso de contratos particularmente complejos, los Estados miembros podrán estipular que cuando el poder adjudicador considere que el uso de los procedimientos abierto o restringido no permite la adjudicación del contrato, dicho poder adjudicador pueda hacer uso del Diálogo Competitivo”.¹⁸

La invención del DC y su incorporación al Derecho Comunitario obedeció a un proceso iniciado por la Comisión Europea el mismo año 2004 con la publicación de un Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones (o Libro Verde sobre la CPP). Mediante este documento se establecía que, en aquellas hipótesis en que el organismo adjudicador no fuese objetivamente capaz de definir los medios técnicos óptimos que respondieran a sus necesidades y objetivos, ni tampoco establecer la organización jurídica o financiera, o ambas, de un proyecto, se abriría el procedimiento denominado “Diálogo Competitivo”. Este nuevo procedimiento propiciaba que los organismos públicos adjudicadores entablaran un diálogo con los licitantes candidatos con el objetivo de encontrar soluciones aptas para responder a las necesidades respecto de las cuáles fueron incapaces de fijar límites y objetivos. Al término de este diálogo, se invitaría a los candidatos a presentar sus ofertas definitivas a la luz de las soluciones dadas e identificadas en el transcurso del procedimiento. La presentación de ofertas, sin embargo no era del todo libre, ya que estas debían incluir todos los elementos exigidos y necesarios para la realización del proyecto. Posteriormente se evaluarían las ofertas en función a criterios de adjudicación predeterminados. Lo que se buscaba con la incorporación de este mecanismo era básicamente garantizar la flexibilidad necesaria para debatir con los candidatos todos los aspectos del contrato durante la etapa previa, respetando los principios de transparencia e igualdad de trato.¹⁹

Sin embargo, dentro del proceso de modernización de la contratación pública, en el año 2014 se incorporaron una serie de reformas en la materia, dentro de las que destacan, entre otras, la expedición de la Directiva 2014/24 del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de febrero de 2014 (en adelante, Directiva 2014/24/CE). Lo anterior tuvo como efecto una derogación expresa a partir del 18 de abril de 2016 de la Directiva 2004/18/CE.

¹⁶ EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE, Procurement of PPP and the use of Competitive Dialogue in Europe. A review of public sector practices across the EU, Luxemburgo, 2011, disponible en <http://www.eib.org/attachments/epec/epec_procurement_ppp_competitive_dialogue_en.pdf>. p. 4. Acceso en: 10 de Marzo, 2018, 19:25.

¹⁷ Debe hacerse notar que esta Directiva no contempla al Diálogo Competitivo como el único procedimiento de adjudicación aplicable ya que también reconoce y regula el procedimiento abierto, restringido y negociado.

¹⁸ Artículo 29 de la Directiva 2004/18 del Parlamento Europeo y Consejo del 31 de Marzo de 2004 (en adelante Directiva 2004/18/CE).

¹⁹ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Libro Verde sobre la colaboración público-privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones, Bruselas, 2004, pp. 10 y 11.

Esto, no obstante, no implicó un desconocimiento del DC ya que esta nueva directiva igualmente lo contempla y prevé que, los Estados miembros deben optar por el recurso del procedimiento de licitación con negociación o por el Diálogo Competitivo, cuando no sea probable que puedan obtenerse resultados satisfactorios de la contratación mediante procedimientos abiertos o restringidos sin negociación, por lo que aparentemente el presupuesto básico de aplicación del DC se mantiene. De hecho, si se hace una lectura de las normas de la Directiva 2004/18/CE sobre este procedimiento, comparativamente en términos generales, las reglas procedimentales y sustanciales son las mismas.

IV Supuesto de procedencia. Contratos complejos

En términos generales, el DC ha sido pensado para ser implementado en aquellos contratos susceptibles de ser calificados como “complejos”. Su aplicación además es de carácter residual o subsidiaria, por lo que la normativa ha fijado los lineamientos para suscribir un contrato dentro de la categoría de complejo. Así, “los Estados miembros pueden acudir al procedimiento de licitación con negociación o al Diálogo Competitivo en situaciones diferentes en las cuales no es viable la obtención de resultados satisfactorios de la contratación mediante procedimientos abiertos o restringidos sin negociación”.²⁰

La Directiva 2004/18/CE que introdujo el DC como procedimiento de adjudicación contractual fija los supuestos para los cuales está previsto. La hipótesis de aplicación por excelencia son aquellas en las que los poderes adjudicadores que ejecuten proyectos particularmente complejos les resulte objetivamente imposible definir los medios para satisfacer sus necesidades o evaluar las soluciones financieras y jurídicas que ofrezca el mercado. A partir de lo dispuesto por la Directiva, es que la doctrina ha aceptado una aplicación restrictiva del DC y limitada solamente a aquellos “casos complejos”. La complejidad en este ámbito tiene dos vertientes; por un lado se asume que un contrato es complejo cuando el uso de un procedimiento abierto o restringido no se justifica como también cuando las autoridades contratantes no están habilitadas o está fuera de su ámbito de competencia fijar de manera objetiva las especificaciones técnicas, legales y financieras que son requeridas para la implementación del proyecto.²¹ En cuanto a la primera causal, conforme al tenor literal de la ya derogada Directiva 2004/18/CE, se entiende que no se justifica el uso de los procedimientos abierto o restringido, cuando el poder adjudicador considere que mediante estos no se permite la adjudicación del contrato. O sea, supone una investigación previa por parte de la Administración respecto a qué procedimiento será más apropiado en relación a la obra que se pretende adjudicar.

En términos literales, la Directiva 2014/24/CE señala en su artículo 26 que “los Estados miembros establecerán así mismo que los poderes adjudicadores puedan aplicar un procedimiento de licitación con negociación o un diálogo competitivo en las siguientes situaciones: a) con respecto a las obras, suministros o servicios que cumplan uno o varios de los siguientes criterios: i) que las necesidades del poder adjudicador

²⁰ Artículo 29 apartado 1 de la Directiva 2014/24 del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de febrero de 2014 (desde ahora Directiva 2014/24/CE).

²¹ BOVIS, Christopher, *The Competitive Dialogue as a Procurement Process of Public Private Partnerships*. En: *European Procurement and Public Private Partnership Law Review* 1 (2006), p. 14.

no puedan satisfacerse sin la adaptación de soluciones fácilmente disponibles, ii) que incluyan un proyecto o soluciones innovadoras, iii) que el contrato no pueda adjudicarse sin negociaciones previas por circunstancias específicas ligadas a la naturaleza, la complejidad o la configuración jurídica o financiera, o por los riesgos inherentes a los mismos, iv) que el poder adjudicador no pueda establecer con suficiente precisión las especificaciones técnicas por referencia a una norma, evaluación técnica europea, especificación técnica común o referencia técnica en el sentido del anexo VII, puntos 2 a 5 (...).²²

V Etapas y dinámica de funcionamiento

Para efectos de esta investigación y a la luz de lo dispuesto expresamente el artículo 30 de la Directiva 2014/24/CE, hemos estructurado al DC en cinco etapas: tratativas preliminares, apertura, desarrollo y cierre del diálogo, presentación de ofertas, evaluación de ofertas, adjudicación del contrato.

1. *Tratativas preliminares*

Una vez que la autoridad pública ha determinado mediante una evaluación previa que se encuentra en una de las causales que le permiten invocar al DC como procedimiento de adjudicación, comienza el procedimiento.

Los poderes adjudicadores interesados en llevar a cabo un proyecto mediante DC, darán a conocer sus necesidades y requisitos en un anuncio de licitación. Dichos aspectos a su vez deben ser definidos en el mismo anuncio o en un documento descriptivo aparte. En estos mismos documentos, la Administración definirá y dará a conocer los criterios de adjudicación elegidos que serán considerados en la fase de evaluación de las ofertas y dará un plazo indicativo.

En este sentido, cualquier operador económico podrá presentar una solicitud de participación en respuesta al anuncio de licitación, proporcionando la información para la selección cualitativa que haya solicitado el poder adjudicador. No obstante, la Administración puede limitar la concurrencia de los particulares a través de dos mecanismos: los motivos de exclusión y los criterios de selección contenidos en los artículos 57 y 58 respectivamente.²³ El plazo mínimo para la recepción de las solicitudes de participación será de treinta días a partir de la fecha de envío del anuncio de licitación.

Sólo podrán participar en el diálogo los operadores económicos invitados por el poder adjudicador tras la evaluación de la información aportada. Los poderes adjudicadores podrán además, limitar el número de candidatos aptos que serán invitados a participar en el procedimiento con arreglo a lo dispuesto en el artículo 65 de la Directiva. El objetivo último de esta etapa preliminar es seleccionar a los candidatos con quienes la autoridad adjudicadora posteriormente iniciará el diálogo. Conjuntamente, administrador y candidatos a lo largo del diálogo deberán identificar

²² Artículo 26 Directiva 2014/24/CE.

²³ A modo de ejemplo, no podrían participar operadores económicos que fomenten el trabajo infantil u otras formas de tratos de personas como tampoco aquellos que no cuenten con la solvencia económica y financiera necesaria.

los mejores medios que satisfagan las necesidades y requerimientos enunciados por el ente público. Asimismo, el poder contratante podrá prever primas o pagos en beneficio de los participantes del diálogo.

2. Apertura, desarrollo y cierre del diálogo

Los poderes adjudicadores iniciarán un diálogo con los participantes seleccionados de conformidad a lo dispuesto pertinentemente en los artículos 56 a 66.²⁴ La finalidad de estas conversaciones, estructuradas en mesas de diálogo, es delimitar y fijar los medios más idóneos para satisfacer los requerimientos enunciados por la Administración. En el transcurso del diálogo, se podrá debatir sobre todos los aspectos involucrados en la contratación con los candidatos, ya sean jurídicos, técnicos o financieros. Incluso, el procedimiento podrá desarrollarse en fases sucesivas para reducir el número de soluciones que hayan de ser examinadas durante este tramo. Si se opta por un diálogo dividido en fases, el Poder Administrativo deberá indicar que hará uso de esta alternativa en el mismo anuncio de licitación o subsidiariamente, en el documento descriptivo.

Durante esta etapa, los Poderes Administrativos deberán proporcionar un trato igualitario a todos los participantes. Así, no facilitarán, de forma discriminatoria, información que pueda dar ventajas a determinados participantes con respecto a otros. La autoridad no podrá revelar ningún aspecto de las soluciones dadas por algún candidato a otro que también forme parte del diálogo, como tampoco información confidencial si es que no cuenta con la autorización del participante eventualmente afectado. Este último punto coincide con lo que en su momento estableció el Libro Verde sobre la CPP, en los términos que “el procedimiento de diálogo competitivo debería permitir garantizar la flexibilidad necesaria para debatir con los candidatos todos los aspectos del contrato durante la etapa de puesta en marcha, velando siempre porque dicho diálogo se desarrolle respetando los principios de transparencia e igualdad de trato, sin poner en peligro los derechos que el Tratado confiere a los operadores económicos”.²⁵

El poder contratante extenderá el diálogo hasta que esté en condiciones de concluir la o las soluciones que puedan satisfacer sus exigencias. Finalmente, se debe informar formalmente por parte de la Administración el cierre del diálogo.

3. Presentación de ofertas

Una vez que se ha cerrado el diálogo y se ha notificado a todos los candidatos participantes, se invitará a cada uno de ellos a que presente una oferta definitiva. La

²⁴ Estos preceptos regulan las reglas sobre información a los candidatos y licitadores, principios generales de la selección de participantes y adjudicación de los contratos, motivos de exclusión del procedimiento, criterios de selección, documento europeo único de contratación, medios de prueba, depósito de certificado en línea (e-Certis), normas de aseguramiento de la calidad y normas de gestión medioambiental, listas oficiales de operadores económicos autorizados y certificados por parte de organismos de Derecho público o privado, recurso a las capacidades de otras entidades, reducción del número de candidatos cualificados a los que se invita a participar y la reducción del número de ofertas y soluciones.

²⁵ COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, Libro Verde sobre la colaboración público privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones COM (2004) 327 Final de 24 de Abril de 2004, Bruselas, 2004 p. 11.

oferta presentada se debe formular en base a las soluciones y aspectos que en su momento fueron presentadas y discutidas durante el diálogo. Es fundamental que las ofertas finales incluyan todos los elementos requeridos y necesarios para la realización del proyecto.

Si el ente adjudicador lo solicita, las ofertas serán aclaradas, precisadas u optimizadas. Sin embargo, cualquier eventual modificación que se haga, no puede implicar una alteración de los aspectos fundamentales de la oferta o de la contratación. Principalmente, lo que se busca es que no se afecten las necesidades ni requisitos fijados en el anuncio de licitación o el documento descriptivo, sobre todo cuando las rectificaciones puedan falsear o tener un efecto discriminatorio sobre los demás candidatos.

4. Evaluación de ofertas

El órgano estatal deberá evaluar las ofertas recibidas en atención a los criterios de adjudicación establecidos anteriormente en el anuncio de licitación o en su defecto, en el documento descriptivo. Después del ejercicio de evaluación de las ofertas, la autoridad contratante deberá seleccionar al licitador que haya presentado la oferta más conveniente en la relación calidad-precio.

5. Adjudicación del contrato

El contrato se adjudica mediante DC al candidato que haya entregado la oferta que presenta la mejor relación entre los criterios calidad y precio. Encima, el artículo 67 contempla que a petición del poder adjudicador se pueden llevar a cabo negociaciones con el licitador seleccionado con el fin de confirmar compromisos financieros y otras condiciones contenidas en su oferta. Lo anterior se implementará siempre que este acuerdo no modifique materialmente las condiciones del contrato, particularmente las necesidades y requisitos que se fijaron en las tratativas preliminares y que tampoco conlleve un riesgo de falseamiento de la competencia ni discriminaciones.

En definitiva, la utilización del DC implica que las autoridades han implementado un procedimiento de precalificación, el cual los habilita para posteriormente, invitar a un grupo acotado de candidatos a participar en el diálogo en sí, durante el cual todos los aspectos del proyecto son tratados para concluir en las soluciones adecuadas. La autoridad contratante puede continuar con el diálogo hasta que identifique una o más soluciones que sean capaces de satisfacer sus requerimientos. Una vez determinadas las soluciones se cierra el diálogo y se invita a formular las ofertas finales.²⁶

VI Identificación de beneficios y problemas de su implementación

En la actualidad, la mayoría de los Estados miembros de la Unión Europea han traspasado los mandatos de las Directivas y, en específico el Diálogo Competitivo, a sus legislaciones nacionales a través de la implementación de leyes. Este es el caso de España, con la dictación de la Ley de Contratos del Sector Público e Inglaterra, que incorpora la

²⁶ OFFICE OF GOVERNMENT COMMERCE, Competitive Dialogue in 2008. OCG/HTM joint guidance on using the procedure, Norwich Inglaterra (2008), p. 8.

directiva 2014/24/CE a su legislación interna a través de su respectivo reglamento, *Public Contracts Regulations, Statutory Instrument (SI) 2006, n.º 527*. Es precisamente por el hecho que los Estados europeos han reconocido y utilizado ampliamente este procedimiento contractual que se puede identificar a través de su experiencia, los beneficios como también aspectos pendientes a mejorar en relación a su implementación.

Los puntos positivos a destacar que a continuación se expresan, han sido reportados por los distintos países que han usado frecuentemente, en el último tiempo, esta nueva alternativa de adjudicación contractual.

En primer lugar, el DC promueve una comunicación más expedita entre la autoridad contratante y los oferentes durante su progreso. Lo anterior, es positivo toda vez que permite a ambas partes involucradas modelar y definir conjuntamente las necesidades de la autoridad adjudicante como también implementar nuevos diseños e innovaciones en la materia. En segundo lugar, este procedimiento de adjudicación promueve una verdadera competencia entre los oferentes a lo largo de su desarrollo. Esto quiere decir que como resultado de su utilización, la autoridad contratante logrará obtener mejores soluciones que posteriormente servirán de base a las ofertas que incluyan efectivamente una ideal relación precio-calidad (que es lo que finalmente se busca). Por último, “además, parece haber una percepción general que el Diálogo Competitivo no expone a la autoridad contratante a un mayor riesgo de desafíos legales que los procedimientos de adquisición alternativos”.²⁸

Aún así, la doctrina en la materia ha reconocido problemas y desafíos pendientes que acarrea el Diálogo Competitivo.

Por un lado, este procedimiento es percibido como de naturaleza compleja, con un alto impacto respecto al tiempo y costo invertido. Estas dificultades se deben principalmente a su duración (que puede extenderse en casos a más de uno o dos años). Es por lo mismo, que entre la autoridad adjudicante y los candidatos oferentes se pueden acordar pagos durante el proceso. “En el procedimiento del Diálogo Competitivo los licitadores tienen generalmente la percepción de que el proceso resulta caro, derivando en unos costos económicos mayores a los propios del concurso o del procedimiento negociado (...). Este aspecto económico debe ser también considerado cuidadosamente por la Administración con carácter previo, en la definición y programación del procedimiento, para minimizar su impacto”.²⁹ Además, debido a que el Diálogo Competitivo supone un debate en términos técnicos y financieros avanzado, las mismas autoridades estatales han reconocido que ellas no están lo suficientemente preparadas para la complejidad que el procedimiento acarrea por lo que tienen que acudir muchas veces a asesores expertos.

²⁷ GONZÁLEZ PEÑA, Jair Alfonso, El Diálogo Competitivo como instrumento para la maduración de proyectos de infraestructura vial, Tesis de Maestría en Derecho Administrativo, Universidad del Rosario, Bogotá, 2016, p. 96.

²⁸ EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE, Procurement of PPP and the use of Competitive Dialogue in Europe. A review of public sector practices across the EU, Luxemburgo, 2011, disponible en: <http://www.eib.org/attachments/epec/epec_procurement_ppp_competitive_dialogue_en.pdf>. p. 5.

²⁹ NORES ESCOBAR, J. Luis, La novedad del diálogo competitivo en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, Reflexiones. En: Revista de Obras Públicas, Transporte y Ordenación Territorial, vol. 2, Sevilla, 2007, p. 9.

VII Aplicación práctica

1. El modelo del Reino Unido

En el modelo inglés, la contratación pública se rige por el marco jurídico de la UE a través del Reglamento de Contratos Públicos (SI 2015/102) sobre Diálogo Competitivo. Antes de su entrada en vigencia los contratos se adjudicaban a la luz de lo dispuesto por el Reglamento de Contratos Públicos de 2006 (SI/2006/5) o *Public Contracts Regulations 2006*, que fue una fiel implementación de la ya derogada Directiva 2004/18/CE y que tuvo vigencia hasta el 26 de Febrero de 2015. Esto tenía como consecuencia que los procedimientos se clasificaban en abierto, restringido, negociado y de Diálogo Competitivo, siendo los dos primeros los procedimientos más usuales.³⁰

La Crown Commercial Service³¹ ha destacado que el Reino Unido ha presionado durante mucho tiempo para obtener una mayor flexibilidad en utilizar la negociación para lograr mejores resultados comerciales. La capacidad más amplia de utilizar el procedimiento competitivo con la negociación y el Diálogo Competitivo, junto con la introducción de asociaciones de innovación, ofrece las herramientas para lograr dichos resultados.³²

2. El modelo de España

La aprobación de la Ley 30/2007 de 30 de octubre, de Contratos del Sector Público responde a la obligación de incorporar al ordenamiento español la Directiva comunitaria 2004/18/CE. Esta Directiva, junto a la 2004/17/CE refundió la legislación comunitaria relativa a contratos públicos, dispersa con anterioridad en varias Directivas aplicables a los distintos tipos de contratos administrativos.³³ El proceso de trasposición de la actual Directiva 2014/24/CE, mediante la cual se derogó la Directiva 2004/18/CE, implicó una modificación del derecho interno español en materia de contratación pública y Diálogo Competitivo.³⁴

Como es de esperarse, la ley recoge el procedimiento de adjudicación estudiado y lo divide en este caso, en cuatro fases: fase de apertura del procedimiento o anuncio de licitación, fase de solicitudes de adjudicación y selección de licitantes, fase de diálogo con

³⁰ GONZÁLEZ PEÑA, Jair Alfonso, El Diálogo Competitivo como instrumento para la maduración de proyectos de infraestructura vial, Tesis de Maestría en Derecho Administrativo, Universidad del Rosario, Bogotá, 2016, p. 96.

³¹ El Crown Commercial Service (CCS) es una agencia ejecutiva y fondo de negociación perteneciente a la Oficina del Gabinete del Gobierno del Reino Unido que es responsable de mejorar la actividad comercial y de compras del Gobierno.

³² CROWN COMMERCIAL SERVICE, The Public Contracts Regulations 2015 & The Utilities Contracts Regulations 2016 Guidance on changes to procedures (Competitive procedure with negotiation, competitive dialogue & innovation partnerships), Inglaterra, 2016, disponible en <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/560264/Guidance_on_Changes_to_Procedures_-_Oct_16.pdf> p.2. > Acceso en: 15 de marzo, 2018, 13:32.

³³ MORENO MOLINA, Antonio, La nueva ley de contratos del sector público: principales novedades y aspectos problemáticos, Castilla, 2008, disponible en <<http://www.cositaltfe.es/img/eventos/moreno1.pdf>> p. 2. Acceso en: 20 de Abril, 2018, 12:46.

³⁴ GONZÁLEZ PEÑA, Jair Alfonso, El Diálogo Competitivo como instrumento para la maduración de proyectos de infraestructura vial, Tesis de Maestría en Derecho Administrativo, Universidad del Rosario, Bogotá, 2016, p. 28.

los candidatos y por último la fase de presentación y examen de ofertas y adjudicación del contrato.³⁵

Conforme a lo que hemos mencionado con anterioridad, el DC se utiliza por excelencia en aquellos casos que se trate de contratos susceptibles de ser calificados como complejos atendiendo los criterios dados. Es por lo mismo que el contrato de colaboración público-privada relativo al Proyecto de banda ancha de nueva generación del Gobierno de Aragón nos parece un buen ejemplo para delimitar la complejidad del proyecto. En este caso, la complejidad viene dada básicamente por la incapacidad de la autoridad contratante para fijar las necesidades técnicas y financieras más óptimas para el proyecto.

La implementación de este proyecto implicó una “inversión de mas de 36 millones de euros, para desplegar una red de acceso y transporte de comunicaciones electrónicas con carácter de operador mayorista, que ofrecerá a través de operadores minoristas servicios de banda ancha de más de 30 Mbps en 348 núcleos de población situados en las denominadas zonas blancas y de servicios de banda ancha de 100 o 50 Mbps a 351 centros educativos”.³⁶ Según María Asunción Sanmartín Mora, vocal de la junta consultiva de contratación administrativa de Aragón, con la implementación de este proyecto mediante DC, “se demuestra pues al DC como un instrumento adecuado para aquellos contratos complejos en los que el poder adjudicador no está objetivamente en condiciones de fijar a priori la solución a sus necesidades, sin que la duración del procedimiento pueda considerarse un inconveniente, pues como muy bien indica la Ficha Explicativa de la Comisión, la opción alternativa de contratar la realización de un estudio o proyecto previo que fije la solución, y posteriormente licitar la ejecución de la misma, además de exigir un plazo de tiempo parecido o incluso mayor, conlleva el riesgo de que la concurrencia en el contrato de ejecución sea insuficiente”.³⁷

VIII Conclusiones finales

Hemos querido concluir este trabajo formulando una definición de la figura objeto de nuestro estudio, como también haciendo notar sus principales características.

Para efectos de este trabajo, hemos de definir al Diálogo Competitivo como un procedimiento de adjudicación contractual en virtud del cual, la autoridad pública licitante, en atención a la incapacidad de fijar los mecanismos técnicos y financieros que permiten llevar a cabo la obra, como la improcedencia de los métodos de contratación tradicionales, fomenta la participación de los particulares interesados a fin de delimitar las soluciones que permitan satisfacer de mejor manera las necesidades de la Administración, adjudicando finalmente el contrato a quien presente la mejor oferta respecto al precio y calidad.

³⁵ Al respecto, véase principalmente artículos 172, 174 y 175 de la Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, por la que se transponen al ordenamiento jurídico español las Directivas del Parlamento Europeo y del Consejo 2014/23/UE y 2014/24/UE, de 26 de febrero de 2014.

³⁶ OBSERVATORIO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, El Diálogo Competitivo, un instrumento adecuado para adjudicar contratos complejos, Aragón, 2015, disponible en <http://obcp.es/index.php/mod.formularios/mem_detalle/id.2/chk.cb723e8638796c1a6709bf3df1a9d195>. Acceso en: 29 de abril, 2018: 15:37.

³⁷ *Ibíd.*

Primeramente, como ya hemos reiterado precedentemente, esta nueva modalidad de adjudicación es aplicable en aquellos casos denominados como “complejos”, siendo la misma normativa vigente en la materia la que ha asignado los parámetros para entender que una obra o proyecto reviste esta naturaleza, a saber, la incapacidad de la Administración e improcedencia de los procedimientos tradicionales contratación.

Por esta razón, la principal peculiaridad de este procedimiento se encuentra en la situación o necesidad que tiene que subvenir la Administración que va a contratar. Esto quiere decir que lo que destaca al DC como una nueva técnica de adjudicación contractual es doble ya que se destaca la necesidad de la Administración de identificar el objeto, prestación o servicio del contrato como también la complejidad que presenta la solución que se debe proporcionar.³⁸

En palabras de Carmen Chinchilla Marín, “su característica principal, y lo que le diferencia de los otros procedimientos con los que presenta algunas semejanzas (el restringido y el negociado), es que en el diálogo competitivo los posibles contratistas dialogan con el órgano de contratación sobre todos los aspectos del contrato, con el fin de llegar a definir “una o varias soluciones susceptibles de satisfacer sus necesidades”, como paso previo a la adjudicación del contrato, propiamente dicha. Esto es, y por decirlo de forma coloquial, la Administración sabe lo que necesita, pero tiene que acudir a las empresas con experiencia en el sector para conocer las distintas alternativas que existen para satisfacer sus necesidades y definir, con dichas empresas, la o las soluciones contractuales posibles. A diferencia de otros procedimientos de adjudicación, en los que la concurrencia se abre para que los licitadores presenten sus ofertas, respecto de unos pliegos que definen el contenido de la relación contractual, en sus distintos aspectos, en el diálogo competitivo la concurrencia se abre, en primer lugar, para que los interesados en contratar presenten a la Administración contratante el modelo que podría satisfacer las necesidades que pretende cubrir con el contrato”.³⁹

En segundo lugar, los elementos esenciales de la solución que constituirá la base de la oferta final que se presenta, se modelan y definen en el seno del procedimiento propiamente tal.⁴⁰ Claramente esto se relaciona con la característica anterior toda vez que la Administración no fija unilateralmente y de manera irrevocable los mecanismos que a su juicio le permitirían llevar a cabo la obra. En otras palabras, “se parte de que el contrato es complejo y que, por ello, el órgano de contratación, objetivamente, no puede, por sí solo, definir cuáles son los medios técnicos, las soluciones jurídicas y las fórmulas financieras que sirvan para satisfacer mejor sus necesidades. Esto es, el órgano de contratación sabe lo que necesita por ejemplo, que tiene que construir una cárcel o un hospital y que no puede pagarlos porque tiene restricciones presupuestarias pero no

³⁸ COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, La protección jurisdiccional del know who, el secreto empresarial y los derechos de exclusiva durante el diálogo competitivo. En: Alberto Palomar Olmeda (director), La Colaboración Público Privada: Análisis Avanzado de los Problemas Prácticos de esta Modalidad Contractual, Navarra, 2011, p. 425.

³⁹ CHINCHILLA MARÍN, Carmen, El Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado. En: Estudios sobre la Ley de contratos del sector público (Fundación democracia y Gobierno local), Zaragoza, 2008, pp. 476 y 477.

⁴⁰ COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, La protección jurisdiccional del know who, el secreto empresarial y los derechos de exclusiva durante el diálogo competitivo. En: Alberto Palomar Olmeda (director), La Colaboración Público Privada: Análisis Avanzado de los Problemas Prácticos de esta Modalidad Contractual, Navarra, 2011, p. 427.

sabe definir, sin la ayuda de los empresarios privados, las complicadas fórmulas técnicas, jurídicas y financieras con las que puede satisfacer ambas necesidades”.⁴¹

En definitiva, el Diálogo Competitivo como un innovador procedimiento de adjudicación, es procedente en aquellos casos que los poderes adjudicadores ejecuten proyectos particularmente complejos, en los que resulte objetivamente imposible definir los medios adecuados para satisfacer las necesidades públicas o evaluar las soluciones técnicas, financieras y jurídicas que puede ofrecer el mercado. Estas circunstancias se dan frecuentemente en aquellos contratos que tienen por objeto ejecutar importantes infraestructuras de transporte integrado, redes informáticas de gran tamaño o proyectos de infraestructura hospitalaria o penitenciaria.⁴²

Referencias

- BOVIS, Christopher, *The Competitive Dialogue as a Procurement Process of Public Private Partnerships*, *European Procurement and Public Private Partnership Law Review* 1 (2006).
- CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *El Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*. En: *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público* (Fundación democracia y Gobierno local), Zaragoza, 2008.
- COLOMER HERNÁNDEZ, Ignacio, *La protección jurisdiccional del know who, el secreto empresarial y los derechos de exclusiva durante el diálogo competitivo*. En: Alberto Palomar Olmeda (director), *La Colaboración Pública Privada: Análisis Avanzado de los Problemas Prácticos de esta Modalidad Contractual*, Navarra, 2011.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Libro Verde sobre la colaboración público privada y el derecho comunitario en materia de contratación pública y concesiones COM (2004) 327 Final de 24 de Abril de 2004*.
- COMISIÓN DE LAS COMUNIDADES EUROPEAS, *Comunicación de la comisión. La Contratación Pública en la Unión Europea*, Bruselas, 1998, disponible en <http://economia.gencat.cat/web/.content/documents/arxius/comunicaciodelacomissio_d_11demarcd1998.pdf>. Acceso en: 10 de marzo, 2018, 16:50
- CROWN COMMERCIAL SERVICE, , *The Public Contracts Regulations 2015 & The Utilities Contracts Regulations 2016 Guidance on changes to procedures (Competitive procedure with negotiation, competitive dialogue & innovation partnerships)*, Inglaterra, 2016, disponible en <https://assets.publishing.service.gov.uk/government/uploads/system/uploads/attachment_data/file/560264/Guidance_on_Changes_to_Procedures_-_Oct_16.pdf>. Acceso en: 15 de marzo, 2018, 13:32.
- DE CASTRO CÁCERES, Alicia, *El Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la ley 30/2007, de 30 de noviembre, Reflexiones*. En: *Revista de Obras Públicas, Transporte y ordenación Territorial*, vol. 6 (2008).
- Directiva 2004/18 del Parlamento Europeo y Consejo del 31 de Marzo de 2004.
- Directiva 2014/24 del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de febrero de 2014.
- Directiva 2014/23/UE del Parlamento Europeo y del Consejo del 26 de febrero de 2014.
- ENGEL Eduardo, FISCHER Ronald y GALETOVIC Alexander, *Economía de las asociaciones público-privadas: una guía básica*, 1a ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2014
- EUROPEAN PPP EXPERTISE CENTRE, *Procurement of PPP and the use of Competitive Dialogue in Europe. A review of public sector practices across the EU*, Luxemburgo, 2011, on-line en <http://www.eib.org/attachments/epec/epec_procurement_ppp_competitive_dialogue_en.pdf>. Acceso en: 10 de Marzo, 2018, 19:25.

⁴¹ CHINCHILLA MARÍN, Carmen, *El Contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado*. En: *Estudios sobre la Ley de contratos del sector público* (Fundación democracia y Gobierno local), Zaragoza, 2008, p. 477.

⁴² PEÑA OCHOA, A., *El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público*. En: *Revista Argonesa de Contratación Pública* 10 (2008), p. 107.

ESPAÑA. Ley 9/2017, de 8 de noviembre, de Contratos del Sector Público, España.

EY BUILDING A BETTER WORLD, Las Asociaciones Público-Privadas y el desafío global en infraestructura, Santiago, 2016, disponible en <http://www.eychile.cl/Content/pdf/Estudios/17062016205131_pdf_APP_Infraestructura_web.pdf> Acceso en: 10 de Marzo, 2018, 22:35.

GONZÁLEZ PEÑA, Jair Alfonso, El Diálogo Competitivo como instrumento para la maduración de proyectos de infraestructura vial, Tesis de Maestría en Derecho Administrativo, Universidad del Rosario, Bogotá, 2016.

LOO GUITÉRREZ, Martín, Las asociaciones público-privadas en la Unión Europea: Elementos para un análisis sobre la concesión de obra pública en Chile. En: Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso XLV (2015).

MENÉNDEZ MENÉNDEZ, Adolfo, El significado actual del contrato de concesión de obras públicas. En: Instrumentos Españoles de Colaboración público-privada: el contrato de concesión de obras públicas, 2da. ed., Pamplona, 2010, p. 28.

MORENO MOLINA, José Antonio, El nuevo derecho de la contratación pública en la Unión Europea. Directivas 4.0, Oxford, 2015, disponible en <<https://ruidera.uclm.es/xmlui/bitstream/handle/10578/7893/9781911033097.pdf>>. Acceso en: 20 de Abril, 2018, 12:46.

NORES ESCOBAR, José Luis, La novedad del diálogo competitivo en el Proyecto de Ley de Contratos del Sector Público, Reflexiones. En: Revista de Obras Públicas, Transporte y Ordenación Territorial, vol. 2, (2007).

OBSERVATORIO DE CONTRATACIÓN PÚBLICA, El Diálogo Competitivo, un instrumento adecuado para adjudicar contratos complejos, Aragón España, 2015, disponible en <<http://obcp.es/index.php/mod.formularios/mem.detalle/id.2/chk.cb723e8638796c1a6709bf3df1a9d195>>. Acceso en: 29 de abril, 2018: 15:37.

OFFICE OF GOVERNMENT COMMERCE, Competitive Dialogue in 2008. OCG/HTM joint guidance on using the procedure, Norwich Inglaterra (2008).

PEÑA OCHOA, Alonso, El nuevo contrato de colaboración entre el sector público y el sector privado en la Ley 30/2007, de 30 de Octubre, de Contratos del Sector Público. En: Revista Argonesa de Contratación Pública 10 (2008), p. 107.

Unión Europea, Instituciones y organismos de la UE, disponible en <https://europa.eu/european-union/about-eu/institutions-bodies_es>. Acceso en: 10 de marzo, 2018, 16:50.

Unión Europea, Glosario de las síntesis, disponible en https://eur-lex.europa.eu/summary/glossary/green_paper.html?locale=es > Acceso en: 10 de marzo, 2018, 17:50.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CID, Javiera. Diálogo competitivo en el contexto de las asociaciones público-privadas en la Unión Europea. In: GALLO, William Iván et al. (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 247-261. ISBN 978-85-450-0569-8.

ACERCA DE LA DENOMINADA RESPONSABILIDAD CONTRACTUAL DEL ESTADO EN CASO DE RESOLUCIÓN POR INTERÉS GENERAL, ¿RECONOCIMIENTO DEL LUCRO CESANTE?

PAOLO FERNÁNDEZ ROJAS

1 Introducción

La injerencia del Estado en el ámbito privado se ve reflejado en el impacto normativo como principal herramienta de regulación y es que el vínculo por excelencia entre las diversas entidades del organigrama estatal y los sujetos particulares se enmarca dentro del control legal ejercido por parte del primero; este impacto regulatorio también incide en la innegable realidad de que la administración pública y el sector privado se vinculan jurídicamente recurriendo a actos jurídicos como lo son los contratos, con los matices que ello conlleva por ser el Estado una de las partes.

Independientemente de la nomenclatura de cada país, el ordenamiento jurídico en su conjunto ha posibilitado el empleo de diversos mecanismos mediante los cuales los privados pueden vincularse con los entes administrativos, siendo por ejemplo las asociaciones públicos privadas (típicamente las concesiones), obras por impuestos, convenios de cooperación, y claro está, la emblemática contratación pública. A su vez, la vinculación no solo abarca órganos estatales del Gobierno Central, sino que también a los Gobiernos Regionales y Locales, en plena manifestación de la autonomía por ser órganos reconocidos constitucionalmente, tal como sucede en el caso peruano.

Ahora bien, resulta oportuno manifestar que la contratación administrativa entre el Estado y el privado, más allá de satisfacer el interés del contratista, tiene la particularidad de tutelar/satisfacer alguna necesidad imperante de la entidad que a su vez busca satisfacer el interés colectivo. Este escenario motiva a que el vínculo contractual se dé bajo un escenario de desigualdad con el privado justificándose el hecho de que la administración cuente con prerrogativas especiales que serían difícilmente aceptadas en relaciones jurídicas privadas.

Aun cuando lo manifestado, vale indicar que el ordenamiento jurídico reconoce la posibilidad de que los privados puedan acudir a los diversos mecanismos alternativos

de solución de controversias a efectos de hacer valer sus derechos en tanto se vean lesionados por la administración. Así pues, el recurrir a estos mecanismos tienen un rol preponderante en la actualidad toda vez que son la herramienta a través de las cuales se discuten controversias relevantes jurídicamente, además de lograr un entendimiento en aquellos aspectos discutidos.

La resolución unilateral de los contratos administrativos genera la lesión a los intereses de los contratistas, las demandas a ser interpuestas por ellos pueden contener como pretensión principal el reconocimiento de la indemnización por el perjuicio ocasionado, más aun cuando la resolución no tiene como presupuesto causa imputable alguna al privado sino más bien un acontecimiento ajeno a su voluntad. Tomando en cuenta lo manifestado, en los siguientes acápite se buscará discutir si la indemnización a ser efectuada en el marco de una resolución unilateral alegando el interés público, correspondería indemnizar no solo el daño emergente sino también el lucro cesante.

2 Contratación pública e interés público

2.1 Un concepto tan indeterminado como es el interés público

El interés público es un concepto abstracto cuyo contenido debe ser sujeto y delimitado por la autoridad competente a cada caso en concreto. En efecto, en el ordenamiento peruano el Tribunal Constitucional la vincula como “*aquello que beneficia a todos*”¹ y cuya satisfacción por parte de la organización administrativa constituye uno de los fines del Estado, ello siempre que su contenido sea razonable.

Si bien es cierto el concepto de interés privado es disímil al interés público, en modo alguno se contradice u oponen sino que más bien, cada uno de éstos asume un complemento para una convivencia más armoniosa. El interés general se encuentra presente en las actuaciones administrativas; sin embargo, la simple apelación al interés general no legitima la actuación administrativa, siendo necesario una razonable proyección concreta en la realidad al amparo de las normas.

Dependiendo del modelo de Estado que se tenga la manifestación del interés público será más intensa. En efecto, en un Estado Social el interés público repercute en la mejora de las condiciones de vida correspondiendo su materialización en actos y poderes que operan en el marco del principio de juridicidad (políticas públicas). Corresponderá entonces a las autoridades competentes manifestar claramente su concretización motivando el razonamiento empleado.

El ser un concepto abstracto exige de los operadores un mayor cuidado de su evaluación con la finalidad de no caer en la indebida motivación y la existencia de ápices de falta de razonamiento; en ese sentido, el principio de interdicción de la arbitrariedad² se presenta como el mecanismo de protección. A su vez, se ha reconocido la doble dimensión del interés público siendo que, por la dimensión amplia del interés general existe un núcleo irreductible que tiene en los derechos fundamentales su limitación;

¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0090-2004-AA/TC fundamento 11

² SANTA MARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Madrid: La Ley. 2010, pp. 178-183

mientras que la dimensión concreta corresponde a su análisis para los casos en concreto sin desconocer el cuidado de los derechos.³

La naturaleza del Derecho Administrativo genera que el interés general sea supraindividual al representar el principio de colectividad del Estado, ello también deviene en que los intereses privados cedan ante la necesidad de salvaguardar o preservar el bien nacional dentro de los márgenes de razonabilidad; negar este supuesto sería negar mecanismos tales como las expropiaciones efectuadas por las autoridades para la construcción de infraestructura pública: hospitales, colegios, estaciones de transporte, etc. En ese sentido, y en palabras de Rodríguez-Arana, “el interés público solo tiene existencia para el Derecho Administrativo en el marco de la motivación, en el marco de la justificación.”⁴

2.2 De los contratos administrativos y la expresión de la entidades

Los contratos son la manifestación de la voluntariedad de los sujetos de vincularse jurídicamente para ser cumplidos por las partes involucradas, en base a las obligaciones tal cual fueron fijadas, esperando que las actuaciones se encuentren acorde a los principios de buena fe y cooperación a fin de satisfacer sus necesidades.

Independientemente que el contrato sea uno de tipo “contratos privados de la administración” o de “contratos administrativos”⁵ lo cierto es que ambos parten de la noción básica de respetar las obligaciones asumidas como manifestación de la voluntariedad; aunque en cuanto a los segundos (contratos administrativos) la particularidad una de las partes es un ente administrativo con competencia para suscribirlos al amparo del régimen público. Dicho ello, para Marienhoff existen contratos administrativos por la sencilla razón de su finalidad, lo que a su vez trae la legalidad de la existencia de cláusulas exorbitantes como manifestación del imperium propio del Estado.⁶

Inciendo en los contratos administrativos, Bercaitz⁷ agrupa los elementos esenciales (sujetos, consentimientos, objeto, causa, finalidad y forma), de aquellos elementos no esenciales (plazo, licitación, garantías y sanciones). Así pues, de los elementos esenciales resulta oportuno mencionar que para el citado autor causa y finalidad son conceptos diferentes toda vez que el primero busca responder a la pregunta ¿por qué se contrató? aplicándolo para cada caso en concreto (carácter objetivo); mientras que el segundo, consiste en el *fin último* que se persigue con él, es decir, el interés público (carácter subjetivo).

De lo expuesto tenemos que los contratos administrativos tienen como principal elemento a la finalidad toda vez que la tutela y protección de los intereses colectivos motiva a que el Estado tenga que vincularse jurídicamente con privados que puedan proveer lo requerido, dentro del plazo y modo pactados; ello no limita las potestades y prerrogativas de la cual gozan las entidades del sector competente para exigir, modificar o desvincularse en caso se amerite.

³ RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. *Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar*. Madrid: Editorial Iustel. 2012, pp. 62

⁴ RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. *Ídem*. pp. 193

⁵ PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de derecho administrativo*. Bogotá: Tirant Lo Blanch. 2011, pp. 491-519

⁶ MARIENHOFF, Miguel Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III-A. Buenos Aires. 1965, pp.53

⁷ BERCAITZ, Miguel Ángel. *Teoría general del contrato administrativo*. Buenos Aires: Depalma. 1980, pp. 259-294

2.3 De las prerrogativas de la administración pública en materia de contrataciones

En el marco de las relaciones jurídicas entabladas por el privado y los órganos administrativos competentes, las partes se encuentran obligadas a cumplir con las prestaciones dentro del plazo y condiciones pactadas; sin embargo, en materia de derecho público, se ha reconocido que además de los derechos y obligaciones, la administración goza de prerrogativas cuyas características, como lo indicara el profesor Cassagne, básicamente vienen a ser **(i)** potestades públicas caracterizadas por el imperium estatal, **(ii)** no tienen como contrapartida una obligación del administrado, **(iii)** son irrenunciables en la medida que involucra decisiones de interés colectivo.⁸

Resulta oportuno mencionar que el término *prerrogativa* es un concepto diferente al de *facultad* toda vez que éste último se refiere a los derechos de la administración que surgen directamente de las obligaciones contractuales, mientras que el primero involucra el desarrollo de actividades al amparo del ordenamiento jurídico y aplicables al contrato en aras de custodiar el interés público.⁹ Esta simple diferenciación no cae en innecesaria más aun cuando es el propio ordenamiento jurídico quien ampara el empleo de prerrogativas por parte de la administración pública.

El despliegue de las prerrogativas a favor de la administración no desmerece el hecho del respeto al principio de legalidad al cual se encuentra sometida, siendo que su reflejo también abarca a quién es el competente de ejecutar las prerrogativas. Así pues, y aun cuando las prerrogativas implican el empleo de la discrecionalidad de las autoridades competentes, ello no debe implicar un comportamiento arbitrario sino una decisión motivada y razonable. Recordemos que existe una distinción clara entre arbitrariedad y discrecionalidad, de lo que es fruto de la mera voluntad/capricho de los administradores y lo que, por el contrario, cuenta con el respaldo de una fundamentación objetiva de que lo sostiene.¹⁰

Ahondando en el tema, el máximo intérprete de la Constitución Peruana –el Tribunal Constitucional– ha manifestado que la discrecionalidad tiene su justificación en el propio Estado de Derecho toda vez que atañe los elementos de oportunidad, conveniencia, necesidad o utilidad, lo que incide en tres (03) grados o tipos de discrecionalidad. En efecto, **(i)** la discrecionalidad puede ser mayor cuando el margen de decisión no se encuentra acotado o restringido por concepto jurídico alguno, quedando como marco la normativa general como lo son las Constituciones; **(ii)** la discrecionalidad intermedia donde el margen de decisión se encuentra condicionado con un concepto jurídico indeterminado pero que puede ser colmado por una lectura integral de otros cuerpos normativos; y, finalmente, **(iii)** la discrecionalidad menor es aquella en donde el margen se encuentra claramente constreñido a la elección entre algunas de las variables predeterminadas por la norma.¹¹

⁸ CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot. 1982. pp. 18-20

⁹ FERRANDO, Ismael. *Potestades y prerrogativas en el contrato administrativo*. En: La Contratación Pública. Tomo 2. Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL, 2007, pp. 755

¹⁰ FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*. Lima: Palestra Editores. 2006, pp. 95

¹¹ Sentencia del Tribunal Constitucional Exp. N° 0090-2004-AA/TC fundamento 09

Las decisiones administrativas discrecionales inciden en los intereses de los privados pero éstos a su vez pueden recurrir a un control jurisdiccional a fin de que la autoridad corrobore la fundamentación o razonabilidad de las prerrogativas efectuadas por el órgano competente, recurriendo no solo a las sedes jurisdiccionales (arbitraje o jueces civiles), sino también como discusión previa a la vía administrativa.

Ahora bien, retornando a las prerrogativas de la administración pública en materia contractual, se puede indicar que dentro de esta gama podemos encontrar al de "continuidad", o en su terminología "*exceptio non adimpleti contractus*" la misma que implica la no interrupción del cumplimiento de las obligaciones contractuales debido a que ello puede incidir en la prestación de los servicios básicos brindados por el contratista. Como diría Escola, éste viene a ser un prerrogativa/derecho de la administración de exigir al privado el más amplio cumplimiento y continuidad ininterrumpida de sus obligaciones.¹²

La diferencia entre los contratos privados se ve manifiesta en esta prerrogativa debido a que ésta abarca más allá de una simple exigencia del cumplimiento de una prestación, la exorbitancia consiste en que la administración puede exigir el cumplimiento aun cuando ésta no haya acreditado con su prestación (prestaciones recíprocas).¹³ Así pues, y tomando en cuenta la envergadura de su exigencia, ésta facultad sólo podría circunscribirse a contratos de concesión de servicios públicos, o en otros en los que se ejerza condiciones monopólicas.¹⁴

Otra prerrogativa la representa la posibilidad de modificar unilateralmente el contrato administrativo (*ius variandi*). En efecto, la regla de inmutabilidad que dirige el derecho privado no es contrastable con el derecho público debido a que la administración unilateralmente puede modificar las condiciones suscritas en un primer momento. Este escenario dista del mutuo consenso para modificaciones que es la regla del derecho contractual en general, cuya herramienta de concretización son las adendas.

La consecuencia de esta prerrogativa es la susceptibilidad de cambiar el escenario inicial pactado aunque bajo el condicionante de no lesionar de sobremano las principales actividades a las cuales se vieron comprometidas las partes. Recordemos nuevamente que la finalidad de los contratos públicos es el concepto -abstracto pero definible para cada caso en concreto- del interés público, y es que si la búsqueda de protección del grupo social es la razón de ser del Estado (y todos las entidades que lo componen) se vería deslegitimada e insulsa no procurar su cuidado mediante las modificaciones que se consideren necesarias.¹⁵

Resulta innegable que el escenario plasmado en el contrato pueda variar con lo que también los intereses colectivos muten. Escenarios de cambios surgen en contratos de larga duración como viene a ser las concesiones en los que se delega en un particular o empresa la provisión de un servicio público o el mantenimiento de una obra de infraestructura pero que del devenir de las prestaciones se genera la necesidad de

¹² ESCOLA, Héctor Jorge. *Trato integral de los contratos administrativos*. Parte general. Buenos Aires: Depalma. 1977, pp. 384

¹³ PÉREZ HUALDE, Alejandro. *Contratos administrativos: versión crítica*. En: *Contratos administrativos*. Buenos Aires: Lexis Nexis, pp. 448

¹⁴ FERRANDO, Ismael. Ídem, pp. 760

¹⁵ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo XIII. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2015, pp. 154-159

modificar aspectos relevantes de las actividades. En esa medida, resulta común aseverar que una de las más importantes atribuciones de la administración es la de exigir la adecuación del contrato a las nuevas necesidades y mejoramientos, introduciendo las modificaciones del caso, estando el cocontratante correlativamente obligado a aceptar dichos cambios.¹⁶

De lo expuesto, queda claro que las prerrogativas forman parte de la administración pública contando con dicha capacidad en tutela del interés colectivo. Corresponderá que cada entidad competente analice la verdadera envergadura del caso y determine la necesidad de aplicar estas prerrogativas, en tanto y en cuanto no se lesione en demasía los intereses del privado.

3 Terminación de los Contratos administrativos: resolución unilateral y sus consecuencias.

3.1 La resolución unilateral de los contratos administrativos.

La resolución de un contrato puede ocurrir por factores tales como el incumplimiento del contratista, mutuo disenso, factores exógenos a las partes (caso fortuito o fuerza mayor), así como por resolución unilateral efectuada por la administración. Respecto de ésta última, se entiende por resolución a la extinción de un acto o contrato administrativo por la entidad competente, por razones de oportunidad, mérito o conveniencia, o por razones de ilegitimidad siendo que con ella la administración se encuentra facultado a revocar el contrato por sí y ante sí, sin necesidad de obtener la conformidad previa del cocontratante, aun en contra de la voluntad de éste.¹⁷

Vale recordar que por cláusulas exorbitantes se suele entender aquellas que están fuera de la órbita del derecho privado, sea porque no es usual convenirlas o porque serían antijurídicas a la luz de la normativa privatista.¹⁸ En base a estas cláusulas exorbitantes la teoría clásica admite que un contrato celebrado por la administración tenga como particularidad la supremacía del ente administrativo frente al privado.¹⁹

Ahora bien, dentro de la gama de prerrogativas con las que cuenta la administración, el estudio del ejercicio de la resolución unilateral amparada en el interés público desencadenaría la necesidad de indemnizar al contratista por producirle un claro perjuicio en su esfera jurídica. En esa medida, para la configuración de la prerrogativa de revocación unilateral de la administración se presentarían los siguientes elementos:²⁰

- (i) La causal de resolución no debe estar contemplada en el contrato, puesto que en este caso no se trataría de una prerrogativa sino de la aplicación de lo estipulado. En igual sentido, si la revocación estaría prevista en la ley o reglamento tampoco sería una prerrogativa propiamente dicha.

¹⁶ SARMIENTO GARCÍA, Jorge H. *El Ius Variandi y los contratos de la administración*. En: Jornadas Nacionales sobre Contratos Administrativos. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración. 1999, pp.237

¹⁷ BERCAITZ, Miguel Ángel. *Ídem*, pp. 486-487

¹⁸ NALLAR, Daniel M. *Potestades y prerrogativas en materia de contratos administrativos*. En: La Contratación Pública Tomo II. Buenos Aires: Editorial Hammurabi. 2007, pp. 232

¹⁹ GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo VII. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. 2013, pp. 348

²⁰ NALLAR, Daniel M. *Íbid*, pp. 800-802

- (ii) La causa que origina la revocación del contrato no debe tener origen en la propia inactividad de la autoridad administrativa, pues independientemente del interés público existente, ello tendría un erróneo origen en la culpa o negligencia de una de las partes.
- (iii) Al momento de la revocación debe respetarse los principios de buena fe y seguridad jurídica (predictibilidad) toda vez que debe existir ya un razonamiento identificable en donde se demuestre la aplicación de esta prerrogativa en casos similares.
- (iv) La revocación debe efectuarse dentro de los parámetros de equidad, razonabilidad y proporcionalidad utilizados por la administración y que sustenten sus decisiones en general.

La importancia y responsabilidad de los operadores administrativos para la evaluación de los casos en concreto es una actividad propia de las autoridades competentes. Como se ha indicado al inicio del presente artículo, el concepto de interés público es un concepto abstracto que requerirá de las labores necesarias a fin de delimitarla. No debe sonar redundante el requerimiento de una debida motivación toda vez que una motivación adecuada y fundada en derecho debe ser el pilar del derecho administrativo.

3.2 ¿Responsabilidad contractual del Estado como consecuencia de la resolución unilateral?

En las relaciones contractuales se parte de la premisa del respeto mutuo y el cumplimiento de los deberes asumidos razón por lo que, en caso se perjudique a cualquiera de las partes, se desencadena la necesidad de que la parte responsable asuma los daños y perjuicios ocasionados procediendo a su indemnización.

La responsabilidad contractual de los entes públicos se deriva de la preexistencia de un contrato administrativo suscrito en el marco del régimen público. Así pues, la estructura de la responsabilidad contractual, contiene un principio general de no generar daños injustos, pero en caso de suceder resulta oportuno citar lo siguiente:

“Los contratos administrativos pueden ser rescindidos de manera unilateral por el Estado basado en motivos de interés público, sin que sea necesario –en virtud de las facultades exorbitantes que le son propias- la existencia de norma expresa que autorice ese proceder. La revocación del contrato por razones de oportunidad ocasiona daños económicos a un particular, que puede convertirse en una carga que puede legitimar a quien la sufre para exigir del Estado su responsabilidad, pues esa carga podría considerarse injusta.”²¹ (El subrayado es propio)

Resulta lógico que aquel que ocasiona un daño tenga que proceder a indemnizarlo, aunque la pregunta a formularse es si un escenario de resolución de un contrato administrativo sustentado en el interés público abarcaría una reparación integral o

²¹ HUTCHINSON, Tomás. *La responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público*. En: Jornadas Nacionales sobre Contratos Administrativos. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración. 1999, pp.538

no. Así las cosas, y en tanto se viene hablando de responsabilidad contractual, resulta conveniente ahondar en la materia para lo cual se mencionará cuáles son los elementos constitutivos de la responsabilidad contractual:²²

- (i) **Imputabilidad:** Entendida como la capacidad que tienen los sujetos para hacerse responsables por los daños que ocasiona.
- (ii) **Ilicitud o antijuridicidad:** Entendida como la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico.
- (iii) **Factor de atribución:** Entendida como el supuesto justificante de la atribución de responsabilidad del sujeto.
- (iv) **Nexo causal:** Concebido como la vinculación entre el evento lesivo y el daño producido.
- (v) **Daño:** La misma que comprende las consecuencias negativas derivadas de la lesión de un bien jurídico tutelado.

Estos elementos son los componentes de la responsabilidad civil, sea contractual o la extracontractual (aquiliana); no obstante, dichos componentes también pueden ser implementados y analizados en el ámbito administrativo toda vez que se pretende analizar las consecuencias de responsabilidad en el marco de un contrato administrativo. Así pues, para configurarse la responsabilidad contractual o extracontractual no bastaría con considerar solo al daño y nexo causal toda vez que ésta también debe ser antijurídica e imputable al sujeto causante.

En los primeros párrafos del artículo se ha manifestado que la actuación de resolución unilateral contractual por parte de los entes administrativos competentes viene a ser una prerrogativa propia del *ius imperium* estatal, es decir, que encuentra sustento en nuestro ordenamiento al actuarse en el marco del interés general. Dicho ello, de los elementos de responsabilidad contractual descritos, ¿efectivamente nos encontramos ante un supuesto de responsabilidad contractual?, ¿se cumplen con todos los elementos que configuran este supuesto?

Veamos, dentro de los elementos para poder configurarse un supuesto de responsabilidad contractual tenemos como uno de ellos a la *ilicitud o antijuridicidad* entendida como la constatación que el daño causado no está permitido por el ordenamiento jurídico. Al respecto, Mosset²³ correlaciona a la ilicitud con dos componentes, la primera referida a la ilegalidad y la segunda con la vulneración de los principios de orden público y buenas costumbres, y respecto de la antijuridicidad es el carácter de contrario a derecho con trascendencia jurídica negativa, sea voluntario o involuntario, externalizado a través de una acción, acción por omisión u omisión, y que nace de la relación de contradicción entre el supuesto de hecho objetivamente considerado y el ordenamiento jurídico considerado en su integridad.²⁴

²² ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima: Editorial Rodhas. 2013, pp. 40-55

²³ MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por Daños*. Parte General. Tomo I. Buenos Aires: Editorial EDIAR. 1982, pp. 24.

²⁴ ANDRADA, Alejandro. *Responsabilidad civil de los medios de comunicación*. El factor de atribución. Rosario: Editorial Juris. 1998, pp. 141

Dicho ello, y conforme a lo expuesto respecto al elemento de *antijuricidad*, para nuestro escenario en concreto, ¿la resolución del contrato amparado en la tutela del interés general podría configurarse como un supuesto de responsabilidad contractual?, pues para este caso en concreto consideramos que no toda vez que el elemento de antijuricidad implica la vulneración al sistema jurídico, situación que no se configuraría ante una resolución del contrato por parte de la entidad amparándose en el interés general que es una prerrogativa propia de la administración.

Diferente sería el escenario en donde el contratista tuviera que haber resuelto el contrato administrativo por causas atribuibles a la entidad. En efecto, en caso de atribuirse y comprobarse la responsabilidad a la entidad pues se configuraría la *antijuricidad* del Estado. Supuesto distinto, reiteramos, viene a ser la resolución por causal de interés público en el cual la entidad responsable da por terminado el vínculo jurídico fundamentándolo en la necesidad de la colectividad.

A efectos de una precisión, y reconociendo este escenario, Hutchinson manifiesta que el centrarse solo en el *daño* es negar la importancia del elemento de *ilicitud* para determinar la responsabilidad de la entidad.²⁵ Como se ha manifestado el ejercicio de las prerrogativas de la administración se encuentra amparadas al tener como finalidad ulterior la protección del interés colectivo –con la salvedad de que se motive adecuadamente su ejecución para cada caso en concreto- siendo que, si en caso se lesionara al privado, dicha actuación en realidad no calzaría como un tipo de responsabilidad contractual toda vez que no se configuraría la ilicitud/antijuricidad de lo cometido, ¿pero ello configuraría a que el Estado no asuma y responda las lesiones que puedan producirse?

A pesar de no configurarse una responsabilidad contractual *per se*, ello no desmerece que el ejercicio estatal –por más legítimo que sea- no tenga que ser compensado económicamente al sujeto lesionado con la acción. Esta es la lógica que también fue recogida en la normativa general que regula el derecho administrativo peruano Decreto Supremo N° 006-2017 “Texto Único Ordenado de la Ley de Procedimiento Administrativo General” publicada y vigente el 20 de marzo de 2017 cuyo artículo 214° indica que “cuando la revocación origine perjuicio económico al administrado, la resolución que la decida deberá contemplar lo conveniente para efectuar la indemnización correspondiente en sede administrativa”.²⁶

El argumento de indemnización reposa en la generación de un sacrificio que incide en el privado como consecuencia del ejercicio de una prerrogativa de la administración pública, considerar un supuesto en el que se niegue la posibilidad de recurrir a la vía jurisdiccional a efectos de reclamar la reparación sería negar el daño causado.

²⁵ HUTCHINSON, Tomás. Ídem, pp. 539

²⁶ Es importante mencionar que de la lectura literal del artículo 2014° del Decreto Supremo N° 006-2017 llevaría a considerar solo a la indemnización en caso de revocación de actos administrativos. Pues bien, la indemnización también abarcaría a los contratos administrativos toda vez que ellos tienen una triple naturaleza (procedimiento, contrato y acto administrativo), respecto del acto administrativo tenemos al otorgamiento de la Buena Pro que en el Perú se realizan como parte del procedimiento general.

MARTÍN TIRADO, Richard. Los Actos Administrativos en el Régimen de las Personas Jurídicas del Régimen Privado. En: *Revista de Derecho Administrativo*. Lima, 2012, No. 12, pp. 173-176

3.3 Indemnización²⁷ como consecuencia de la resolución unilateral del contrato administrativo.

En el caso del ejercicio de actividad ilícita ninguna duda cabe sobre la necesaria, justa y equitativa inclusión del *lucrum cessans* como rubro indemnizatorio, pues quien obra en contra de la ley debe reparar los perjuicios que su conducta antijurídica ha provocado en forma plena o integral, alcanzando en ciertos supuestos a la reparación del daño o agravio moral; sin embargo, si ello responde a una actividad reconocida por el ordenamiento jurídico las implicancias no pueden ser las mismas.

Tradicionalmente los componentes de la indemnización la integran el daño emergente, entendida como al perjuicio inmediato producido; y, por otro lado, al lucro cesante que viene a ser lo dejado de percibir en el futuro. Otro concepto que también se encuentra vinculado al lucro cesante es el de “perdida de chance” entendida como la probabilidad suficiente de una ganancia que se frustra.²⁸ Partiendo del supuesto de proceder con la indemnización al privado en caso se configura una resolución unilateral del contrato administrativo, ¿corresponderá una reparación integral al sujeto privado por haber sufrido la resolución de su contrato administrativo, es decir tanto por el daño emergente como por el lucro cesante? Pues al ser el daño emergente aquel daño inmediato producido no existe mayor controversia en cuanto a su aceptación para la indemnización dependiendo del agraviado acreditar adecuadamente y de modo fehaciente a cuánto ascenderían los daños generados merecedores de cobertura.

Ahora bien, la controversia surge en determinar si el lucro cesante también conformaría el monto indemnizatorio. Al respecto, y como parte del argumento en contra de su inclusión, Pizarro²⁹ es de la opinión que en el supuesto de resolución contractual en el marco del ejercicio de una actividad lícita (como lo es la resolución por interés público) no cabe la indemnización del lucro cesante toda vez que el Estado actúa en el ejercicio de sus derechos y obligaciones contractuales razón que justifica la negativa de desembolsar una indemnización de lucro esperado por cumplir con tales obligaciones o ejercitar sus prerrogativas.

²⁷ Si bien es cierto que el artículo 21° inciso 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece que “ninguna persona puede ser privada de sus bienes, excepto mediante el pago de indemnización justa, por razones de utilidad pública o de interés social y en los casos y según las formas establecidas por la ley”. No obstante, dicha regulación no resultaría aplicable en los supuestos de contratos de concesión toda vez que el privado concesionario no resulta ser propietario de los bienes cedidos. El único propietario viene a ser el Estado quien otorga el derecho pero no la propiedad.

²⁸ A primera vista, la pérdida de la chance parecería ser una variante de lucro cesante; no obstante, las diferencias entre estos dos conceptos radica en que, mientras que el lucro cesante busca indemnizar las ganancias que muy probablemente se habrían percibido de no haberse verificado el acto dañoso, la pérdida de la chance va un poco más atrás, tratando de proteger las oportunidades de obtener ganancias futuras que se generaron en la esfera del agraviado. Entendiendo ello, el lucro cesante cubre la pérdida de los beneficios que de manera ordinaria se habrían obtenido mientras que la pérdida de la chance indemniza la probabilidad misma: la oportunidad altamente verificable que conllevaba la opción de obtener beneficios. Ver TRIGO REPRESAS, Félix Alberto. *Pérdida de Chance*. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2008, pp. 27; y, MOISSET DE ESPANÉS, Luis; TINTI, Guillermo y Maximiliano CALDERÓN. *Daño emergente y lucro cesante*, pp. 03.

Visitar la siguiente página: <file:///C:/Users/Inspiron/Downloads/danoemergenteylucrocesante.pdf>.

²⁹ PIZARRO, Ramón Daniel. *Responsabilidad de Estado y del funcionamiento público*. Buenos Aires: Astrea. 2016, pp. 499-501

Por otro lado, Muñoz Machado³⁰ asume la postura de una indemnización integral reconociendo al contratista una indemnización por los daños y perjuicios que se le irroguen, incluidos los beneficios futuros que se han dejado de percibir como lo representa el lucro cesante.

En el ordenamiento jurídico peruano no quepa la menor duda que el lucro cesante se verá reconocido al contratista en caso el Estado haya incurrido en alguna causal de resolución contractual atribuible a su conducta. En efecto, podemos apreciar al lucro cesante en el artículo 177° del Decreto Supremo N° 350-2015-EF³¹ la cual regula que en caso la resolución sea por causa atribuible a la Entidad, ésta reconocerá al contratista, en la liquidación que se practique, el cincuenta por ciento (50%) de la utilidad prevista. A su vez, en la jurisprudencia argentina la connotación asumida da a entender la negativa en cuanto al reconocimiento del lucro cesante como elemento integrante de la pretensión indemnizatoria.³²

De lo expuesto, y acorde a la tesis restrictiva, asumimos la postura que niega el reconocimiento del lucro cesante como parte integrante de la indemnización toda vez que la resolución contractual ha sido consecuencia del ejercicio regular de una prerrogativa estatal (la resolución contractual por causa de interés público). En efecto, no se puede convertir en ilegítima su actuación que a todas luces encuentra amparo en el ordenamiento. Recordemos que las prerrogativas con las que gozan las entidades públicas deben estar sujetas a un margen de discrecionalidad que es totalmente diferente a una actitud arbitraria y carente de sentido.

No obstante lo indicado, asumir una postura extrema (es decir, ni daño emergente ni lucro cesante) negaría el derecho del privado a ser reparado por los daños irrogados a su persona; en esta lógica es que resulta coherente que la indemnización se circunscriba al daño efectivamente causado (daño emergente) pero no el lucro cesante toda vez que las actuaciones no fueron antijurídicas sino en pleno ejercicio de sus atribuciones como protectores del interés colectivo.

En caso los órganos jurisdiccionales competentes en resolver las controversias suscitadas por la resolución del contrato administrativo tengan que discutir sobre la legalidad de incluir al daño emergente como parte la indemnización será menester una adecuada motivación de ella, sea a favor o en contra. En el contexto peruano, las pretensiones indemnizatorias solicitadas por los privados abarcan una indemnización global (daño emergente y lucro cesante), y aunque no se ha generado mayor discusión sobre la exclusión del lucro cesante no devendría en insulsa su instrumentalización.

³⁰ MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Íbid.* 2015, pp. 196

³¹ Decreto Supremo N° 350-2015-EF fue publicado en el Diario Oficial El Peruano el 10 de diciembre de 2015 y mediante ella se aprueba el Reglamento de la Ley N° 30225 –Ley de Contrataciones con el Estado-

³² Revisar la Sentencia de la Corte Superior 22/12/1975 –Corporación Inversora Los Pinos SA vs Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires cuyo numeral 19 establece: “(...) sólo viene a resultar atendible el interés negativo, que limita el resarcimiento a los daños que sean consecuencia directa e inmediata de la confianza del actor (daño emergente), pero que excluye todo otro valor o ganancia frustrada (lucro cesante)”; y la Sentencia de la Corte Superior 20/09/1984 –Eduardo Sánchez Granel Obras de Ingeniería SAIGCF vs Dirección Nacional de Viabilidad cuyo numeral 15 establece: “(...) el lucro cesante tampoco se reconoce al contratista en estos casos [resolución por causal de interés público], ya que de lo contrario implicaría poner la actividad del Estado al servicio del interés privados. Debe tenerse en cuenta, que cuando el Estado deja de cumplir sus compromisos, no lo hace de mala fe necesariamente.”

4 Conclusiones

A modo de conclusión se puede manifestar que el concepto de interés general deviene en un concepto abstracto y que requiere de un debido análisis a efectos de determinar su contenido y delimitar si el interés invocado para una comunidad en específico encuentra amparo por el ordenamiento. A su vez, la administración pública cuenta con prerrogativas propias de la naturaleza de la relación jurídica contractual enablada, y es que la finalidad ulterior de un contrato administrativo es la tutela del interés general.

En el presente artículo se ha partido por reconocer a la resolución del contrato administrativo como un tipo de prerrogativa de la administración pública. Dicho ello, el presupuesto para su configuración es la existencia de un interés público concreto que justifique su aplicación; no obstante lo manifestado y el amparo obtenido, es innegable que el mayor perjudicado será el privado contratista toda vez que vería lesionado sus intereses.

En vista a ello es que la indemnización deviene en la herramienta protectora del privado a efectos de reparar los perjuicios ocasionados. Si bien es cierto, no existe mayor discusión en cuanto al reconocimiento del daño emergente, no sucede lo mismo respecto del lucro cesante, y es que la prerrogativa que cuenta el Estado para resolver unilateralmente el contrato por causal de interés público motiva a cuestionar si la indemnización abarcaría a ambas figuras.

La tesis restrictiva, posición a la cual nos adscribimos, reconoce al daño emergente como el elemento que integra la indemnización soslayando al lucro cesante toda vez que la resolución unilateral no representa una actuación antijurídica de la entidad sino, por el contrario, la ejecución de una prerrogativa reconocida por el ordenamiento. Dicho ello, dependerá de los órganos jurisdiccionales motivar adecuadamente a efectos de analizar si se configura la prerrogativa, y por ende, el análisis adecuado de la pretensión indemnizatoria del contratista.

Referencias

ANDRADA, Alejandro. *Responsabilidad civil de los medios de comunicación*. El factor de atribución. Rosario: Editorial Juris. 1998.

BERCAITZ, Miguel Ángel. *Teoría general del contrato administrativo*. Buenos Aires: Depalma. 1980.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Derecho Administrativo*. Buenos Aires: Abeledo – Perrot. 1982.

ESCOLA, Héctor Jorge. *Trato integral de los contratos administrativos*. Parte general. Buenos Aires: Depalma. 1977.

ESPINOZA ESPINOZA, Juan. *Derecho de la responsabilidad civil*. Lima: Editorial Rodhas. 2013.

FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, Tomás-Ramón. *Discrecionalidad, arbitrariedad y control jurisdiccional*. Lima: Palestra Editores. 2006.

FERRANDO, Ismael. *Potestades y prerrogativas en el contrato administrativo*. En: *La Contratación Pública*. Tomo 2. Buenos Aires: Editorial Hammurabi SRL, 2007.

GORDILLO, Agustín. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo VII. Buenos Aires: Fundación de Derecho Administrativo. 2013.

HUTCHINSON, Tomás. La responsabilidad del Estado por la revocación del contrato administrativo por razones de interés público. En: *Jornadas Nacionales sobre Contratos Administrativos*. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración. 1999.

- MARIENHOFF, Miguel Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo*. Tomo III-A. Buenos Aires. 1965.
- MARTIN TIRADO, Richard. Los Actos Administrativos en el Régimen de las Personas Jurídicas del Régimen Privado. En: *Revista de Derecho Administrativo*. No. 12. Lima, 2012.
- MOSSET ITURRASPE, Jorge. *Responsabilidad por Daños*. Parte General. Tomo I. Buenos Aires: Editorial EDIAR. 1982.
- MUÑOZ MACHADO, Santiago. *Tratado de Derecho Administrativo y Derecho Público General*. Tomo XIII. Madrid: Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado. 2015.
- NALLAR, Daniel M. *Potestades y prerrogativas en materia de contratos administrativos*. En: La Contratación Pública Tomo II. Buenos Aires: Editorial Hammurabi. 2007.
- PAREJO ALFONSO, Luciano. *Lecciones de derecho administrativo*. Bogotá: Tirant Lo Blanch. 2011.
- PÉREZ HUALDE, Alejandro. Contratos administrativos: versión crítica. En: *Contratos administrativos*. Buenos Aires: Lexis Nexis, pp. 448
- PIZARRO, Ramón Daniel. *Responsabilidad de Estado y del funcionamiento público*. Buenos Aires: Astrea. 2016.
- RODRÍGUEZ ARANA, Jaime. *Interés general, derecho administrativo y Estado de Bienestar*. Madrid: Editorial Iustel. 2012.
- SANTA MARÍA PASTOR, Juan Alfonso. *Los principios jurídicos del derecho administrativo*. Madrid: La Ley. 2010.
- SARMIENTO GARCÍA, Jorge H. El Ius Variandi y los contratos de la administración. En: *Jornadas Nacionales sobre Contratos Administrativos*. Buenos Aires: Editorial Ciencias de la Administración. 1999.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano Exp. N° 0090-2004-AA/TC fundamento 11.
- Sentencia del Tribunal Constitucional Peruano Exp. N° 0090-2004-AA/TC fundamento 09.
- TRIGO REPRESAS, Félix Alberto. *Pérdida de Chance*. Buenos Aires: Editorial Astrea. 2008.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

FERNÁNDEZ, Paolo. Acerca de la denominada responsabilidad contractual del Estado en caso de resolución por interés general, ¿reconocimiento del lucro cesante?. In: GALLO, William Iván et al. (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 263-275. ISBN 978-85-450-0569-8.

Parte V

LA EFECTIVIDAD DE LOS MECANISMOS
DE CONTROL EN LA ADMINISTRACIÓN
PÚBLICA Y EL COMBATE CONTRA
LA CORRUPCIÓN

ACCIÓN DE REPETICIÓN CONTRA FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN EL URUGUAY

PABLO SCHIAVI

I Entorno doctrinal y jurisprudencial

Para describir el tema que abordaremos en el presente trabajo, es importante destacar lo que Martín RISSO FERRAND llama con acierto “*Entorno doctrinal y jurisprudencial*” apuntando que desde el año 1934, el Derecho Constitucional uruguayo cuenta con normas expresas que refieren a la responsabilidad del Estado y, desde 1952, se encuentran vigentes las normas centrales en la materia: artículos 23, 24, 25, 32 y 35.¹

En la Constitución encontramos normas constitucionales expresas que refieren a la responsabilidad del Estado. El artículo 24 refiere al régimen general de responsabilidad del Estado, Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Gobiernos Departamentales. El 25 refiere, parcialmente, al régimen de responsabilidad de los funcionarios públicos (frente al Estado que debió indemnizar). El 23 regula el régimen especial de responsabilidad de los jueces. El 32 y el 232 refieren a la responsabilidad por los daños en el marco de un proceso expropiatorio. Y el artículo 35 refiere a un caso especial de responsabilidad.²

No puede haber duda alguna que cuando hablamos de responsabilidad del Estado, en nuestros días, nos movemos en el campo de los derechos humanos. Basta para esto con reparar en que las normas constitucionales en la materia (salvo el artículo 232) aparecen en la Sección II de la Carta, titulada “derechos, deberes y garantías”. Esto pone de manifiesto que esta materia no puede ser encarada desde el punto de vista del Estado o de la persona jurídica de Derecho público que corresponda, sino desde el punto de vista de quien sufrió un daño y a quien hay que indemnizar.³

¹ RISSO FERRAND, Martín. Responsabilidad del Estado y Derechos Humanos. In: SCHIAVI, Pablo; BERCHESI, Bruno; GUARIGLIA, Germán (Coord.). *Estudios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley Uruguay, 2011, n°4, p. 49-66.

² RISSO FERRAND, Martín. Responsabilidad del Estado y Derechos Humanos. In: SCHIAVI, Pablo; BERCHESI, Bruno; GUARIGLIA, Germán (Coord.). *Estudios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley Uruguay, 2011, n°4, p. 49 e ss.

³ RISSO FERRAND, Martín. Constitucionalidad del artículo 4° de la Ley 15.859. In: *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo XI, núms. 63-66, p. 431.

En el mismo sentido, Graciela RUOCCO apunta que el principio de responsabilidad es uno de los componentes básicos de la sumisión del Estado al Derecho, y se constituye en una consecuencia lógica e ineludible de los principios propios del Estado de Derecho, a saber, los principios de constitucionalidad, de legalidad, de descentralización, de publicidad y de irretroactividad, al punto que ninguno de ellos tendría sentido, al decir de RISSO FERRAND, a quien cita al señalar que “...*si no existen formas efectivas de responsabilizar a quienes se han apartado del ordenamiento jurídico en su actuación.*”

La respuesta a la interrogante acerca de “*¿Quién responde?*” no ha sido siempre la misma, enfatiza RUOCCO, sino que ha sufrido una evolución que, coincidentemente DURÁN MARTÍNEZ Y DELPIAZZO ubican en tres períodos o etapas netamente diferenciadas.⁴

Juan Carlos CASSAGNE afirma con especial destaque que el tema de la responsabilidad de los funcionarios públicos pertenece a una de las grandes cuestiones de nuestro tiempo. Ha despertado y despierta la constante preocupación de los hombres comunes, de los juristas y hasta de los intelectuales y, en él se encuentra enraizada una de las causas más profundas de los males que padece la Administración Pública.⁵

Para mejorar el actual estado de la Administración es preciso, desde luego, contar con un buen sistema de responsabilidad de los funcionarios, adecuado a la realidad y costumbres de cada país, que sirva a todos los intereses en juego, tanto públicos como privados.⁶

II La responsabilidad de los funcionarios públicos por los daños causados a terceros en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio

II.1 La responsabilidad patrimonial frente a terceros recae siempre sobre la Administración no siendo posible accionar directamente contra el funcionario, salvo en casos de actos personalísimos

En su trabajo sobre “*La responsabilidad de la Administración y de los funcionarios en la Constitución Uruguaya*”, Daniel Hugo MARTINS hace un exhaustivo estudio de los antecedentes parlamentarios sosteniendo que:

“El funcionario sólo es civilmente responsable frente a la Administración. Esta es una de las innovaciones fundamentales de la reforma de 1951 en este tema. Aunque no surge claramente del texto aprobado, está en el espíritu y en la finalidad de la reforma, así como en la historia fidedigna de la ley constitucional...”

⁴ RUOCCO, Graciela. Responsabilidad patrimonial del Estado por actividad administrativa. In: SCHIAVI, Pablo; BERCHESE, Bruno; GUARIGLIA, Germán (Coord.). *Estudios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley Uruguay, 2011, p. 121-135.

⁵ CASSAGNE, Juan Carlos. La responsabilidad de los funcionarios públicos y su coordinación con la del Estado en *Estudios de Derecho Administrativo*. In: SCHIAVI, Pablo; BERCHESE, Bruno; GUARIGLIA, Germán (Coord.). *Estudios de Derecho Administrativo*. N° 4. Buenos Aires: La Ley Uruguay, 2011, p. 275-286.

⁶ CASSAGNE, Juan Carlos. La responsabilidad de los funcionarios públicos..., p. 275 e ss.

En el mismo sentido que Daniel Hugo MARTINS,⁷ se ha pronunciado la doctrina administrativa clásica: Enrique SAYAGUÉS LASO, Mariano R. BRITO; Alberto Ramón REAL, Héctor GIORGI.

También la doctrina actualmente mayoritaria mantiene la tesis tradicional, apunta Daniel Hugo MARTINS con referencias a Carlos DELPIAZZO y Felipe ROTONDO.⁸

Por último Daniel Hugo MARTINS⁹ cita disposiciones legislativas recientes que recogen la posición tradicional sobre el tema, esto es, el artículo 748 de la Ley N° 16.736 de 5 de enero de 1996; el artículo único de la Ley N° 18.182 de 26 de octubre 2007; y el 13 de la Ley N° 18.401 de 24 de octubre de 2008, que analizaremos más adelante en el presente trabajo.

II.2 La responsabilidad civil directa de los funcionarios públicos: la responsabilidad ante los particulares

Apunta Daniel Hugo MARTINS que casi medio siglo después que pacíficamente se ha sostenido que los funcionarios no pueden ser demandados por los terceros que hayan sufrido un daño causado por el ejercicio o en ocasión del ejercicio de sus funciones, se han emitido opiniones y algunas discordias, en sentido contrario, basándose fundamentalmente en la opinión del Dr. Justino JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA.¹⁰

DIEGO GAMARRA ANTES¹¹ sostiene que con buen tino Martín RISSO FERRAND, recientemente acompañado por Augusto DURÁN MARTÍNEZ y, entre otros magistrados, por VAN ROMPAEY y BOSSIO en sus discordias, SOSA y SALVO, ha sostenido la novedosa tesis de la responsabilidad civil directa de los funcionarios públicos –vale decir, la responsabilidad ante los particulares.

A su juicio, la interpretación propugnada por los mentados *iuspublicistas* y magistrados es correcta, en dos sentidos: a) por un lado es la que más se apega al texto constitucional desde la hermenéutica tradicional, y b) por otro lado es la que más se adecua al Estado Constitucional de Derecho, comulga con la actual visión del Derecho como un sistema de garantías y con el criterio interpretativo *pro homine*.

⁷ MARTINS, Daniel Hugo. La responsabilidad de los funcionarios públicos por los daños causados a terceros en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio. In: SCHIAVI, Pablo; BERCHESE, Bruno; GUARIGLIA, Germán (Coord.). *Estudios de Derecho Administrativo*. N° 4. Buenos Aires: La Ley Uruguay, 2011, p. 287 e ss.

⁸ MARTINS, Daniel Hugo. La responsabilidad de los funcionarios públicos..., p. 287 e ss.

⁹ MARTINS, Daniel Hugo. La responsabilidad de los funcionarios públicos por los daños causados a terceros en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio. In: SCHIAVI, Pablo; BERCHESE, Bruno; GUARIGLIA, Germán (Coord.). *Estudios de Derecho Administrativo*. N° 4. Buenos Aires: La Ley Uruguay, 2011, p. 287 e ss.

¹⁰ MARTINS, Daniel Hugo. La responsabilidad de los funcionarios públicos..., p. 287 e ss.

¹¹ GAMARRA ANTES, Diego. La responsabilidad civil de los funcionarios públicos ante los particulares. Su fundamento normativo en el ordenamiento jurídico uruguayo. In: *Estudios de Derecho Administrativo*. SCHIAVI, Pablo; BERCHESE, Bruno; GUARIGLIA, Germán (Coord.). *Estudios de Derecho Administrativo*. N° 4. Buenos Aires: La Ley Uruguay, 2011, p. 307 e ss.

III Acción de repetición contra funcionarios públicos

III.1 Consideraciones preliminares

Augusto DURÁN MARTÍNEZ cita a SOTO KLOSS, quien en frase que ya ha devenido clásica, expresó: “*quien dice Derecho, dice responsabilidad*”.¹²

Esta afirmación se explica porque siendo el derecho *lo justo*, el daño, punto de partida para la responsabilidad, rompe el equilibrio indispensable para la vida en sociedad. Producido un daño es preciso restablecer el equilibrio alterado. La afirmación de SOTO KLOSS se explica también porque el derecho supone seres libres. Solo un ser que actúa en ejercicio de la libertad da cuenta de sus actos. Sin responsabilidad, pues, no se puede ni siquiera imaginar el Derecho.¹³

Por eso la responsabilidad existe tanto en el ámbito del derecho privado como en el del derecho público. Y por eso la responsabilidad se compromete cualquiera sea la naturaleza del daño, cualquiera sea el sujeto que lo comete y cualquiera sea el sujeto que lo sufre.¹⁴

Durante largos años el art. 25 de la Constitución ha sido un permanente olvidado, salvo escasísimas excepciones pese a estar incorporado en nuestra carta magna desde hace más de 73 años (antes art. 24). De todas formas, y sin poner en duda la importante mejora que a nuestro juicio significó la Constitución de 1952, al consagrar la responsabilidad directa del Estado, incluir a todos los funcionarios públicos, y limitar la responsabilidad por repetición al dolo a la culpa grave, esto no parece haber impulsado al Estado a poner en la práctica habitual este mecanismo.¹⁵

III.2 Procedencia

El artículo 25 de la Constitución de la República establece que: “*Cuando el daño haya sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, en caso de haber obrado con culpa grave o dolo, el órgano público correspondiente podrá repetir contra ellos, lo que hubiere pagado en reparación*”.

Al efectuar un análisis concreto de la acción de repetición establecida en el artículo 25 de la Carta, Martín RISSO FERRAND señala que respecto a esta norma se presentan algunas dificultades de interpretación, seguramente atribuibles al proceso de su sanción. La terminología que limite el alcance de la norma -en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio-, en la redacción actual, plantea algunas dudas y causa cierta perplejidad.¹⁶

En efecto, si el Estado ha pagado una indemnización basándose en el artículo 24 de la Carta, y si dicho daño fue “causado” por un funcionario público, qué sentido puede

¹² DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La Responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo. In: *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*. 1. ed. Buenos Aires: La Ley Uruguay, 2012, p. 659-683.

¹³ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La Responsabilidad hacia... p. 659 e ss.

¹⁴ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La Responsabilidad hacia... p. 659 e ss.

¹⁵ URIARTE ARAÚJO, Daoiz. Responsabilidad de los funcionarios públicos en relación a la aplicación del Artículo 25 de la Constitución. *Revista Transformación, Estado y Democracia*. N° 33, ONSC, p. 93 e ss.

¹⁶ RISSO FERRAND, Martín. Responsabilidad civil de los funcionarios públicos. In: *Segundo Coloquio. Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*. Montevideo: Editorial Universidad, 1995, p. 16 e ss

tener la limitación establecida en el artículo 25 a los casos de actuación del agente en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio. Aun cuando no se dieran dichas circunstancias, es obvio que si el funcionario o cualquier persona originaron una situación por la cual el Estado debió indemnizar, se podrá repetir contra el causante del daño.¹⁷

La cuestión puede en cierta forma superarse; darle a la limitación del artículo 25 un sentido lógico, si se repara en la segunda limitación que dicha norma contiene: en caso de haber obrado con culpa grave o dolo.

Esto, y tal como lo señala DURÁN MARTÍNEZ, La responsabilidad regulada por el artículo 25 sí es hacia la Administración. En estos casos el funcionario responde ante la Administración por los pagos por ella efectuados por el daño que él causó a terceros y solo responde en caso de haber actuado con dolo o culpa grave.¹⁸

III.3 Admisibilidad de la acción de repetición

Vale decir que si la Administración nada pagó a terceros, nada puede reclamar al funcionario por este artículo 25. Y aun en caso de haber pagado, solo puede repetir contra el funcionario si este obró con dolo o culpa grave. Y solo puede la Administración, según MARTINS, reclamar lo que pagó: no puede pedir ni más, ni menos.¹⁹

En principio, DURÁN MARTÍNEZ comparte la afirmación de MARTINS pero si la Administración sufre un daño moral,²⁰ estimo que no existe inconveniente para acumular una acción reparatoria, por ese daño, a la de repetición.²¹

De esta exigencia subjetiva se deduce que la acción judicial de repetición debe ser precedida por una actuación administrativa a los efectos de determinar la existencia de ese dolo o culpa grave. De esto se desprende además que si hay dolo o culpa grave hay también una responsabilidad administrativa comprometida, por lo que en la especie estamos ante un caso en que por lo menos se acumulan la responsabilidad civil y la administrativa.²²

Tal cual ha sido sostenido por la Jurisprudencia, el régimen del artículo 25 de la Constitución solamente habilita al Estado (en sentido amplio) a repetir contra los funcionarios por el daño causado por éstos, lo que hubiera pagado en reparación.²³

¹⁷ RISSO FERRAND, Martín. Responsabilidad civil... p. 11 e ss.

¹⁸ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La Responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo. In: *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*. 1. ed. Buenos Aires: La Ley Uruguay, 2012, p. 668.

¹⁹ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La Responsabilidad hacia... p. 668 e ss.

²⁰ Augusto DURÁN MARTÍNEZ entiende que es perfectamente admisible el daño moral en estos casos. En tal sentido cita al Dr. Leonardo GUZMÁN que en acertado artículo periodístico escribió: "Como una bocanada de aire fresco debe recibirse la noticia de que el Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2º Turno declaró que el Estado debe cobrar indemnización a un fiscal penal procesado por 'concusión'-coima-, en cuanto infringió 'gran menoscabo a la imagen de la justicia' y afectó la 'credibilidad de los poderes del Estado'." Y más adelante en ese mismo artículo expresó: "... es trascendente que nuestra justicia reconozca que en el Uruguay, la institución Estado puede ser víctima de daño moral. Al sostenerlo así, confirma que nuestro Estado no es solo 'la diferencia entre gobernantes y gobernados' y es, y debe ser, ético en su base, su gestión y su propósito." (GUZMÁN, L. Nuestro Estado, ético. Montevideo: Diario EL PAÍS, 1º de agosto de 2008, p. A5.)

²¹ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La Responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo. In: *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*. 1. ed. Buenos Aires: La Ley Uruguay, 2012, p. 668 e ss.

²² DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La Responsabilidad hacia... p 668 e ss.

²³ T.A.C. 2º T.; N° 304/06; Fecha: 6/XII/06, LJU Tomo 137, 01/01/2008.

De ahí que a nivel jurisprudencial se ha hecho referencia a “demandas apresuradas” para referirse a casos en los cuales el Estado demandó a sus funcionarios antes de que hubiera sentencia de condena a su respecto (base al auto de procesamiento y a la confesión de los imputados), siendo que aún gozaban de la presunción de inocencia; y antes de que algún tercero hubiera entablado demanda de responsabilidad en su contra (y por ende, de que el Estado hubiera pagado alguna indemnización, y estuviera en condiciones de accionar por repetición).²⁴

La acción de repetición no procede cuando el Estado no haya pagado nada en reparación de posibles daños a terceros, ni tampoco en los casos en los cuales ni siquiera se haya entablado demanda alguna en su contra, ni se haya alegado caso concreto en el que se haya anunciado la presentación de una demanda de ese tipo.

De ahí que a nivel jurisprudencial se ha sostenido con acierto que si bien el artículo 11.3 del CGP habilita el dictado de sentencia condicional o de futuro, esto no se aplicaría a las hipótesis del artículo 25 de la Constitución, a cuyo tenor debe estarse (el Estado puede repetir contra sus funcionarios lo que ya hubiere pagado a terceros en reparación de daños causados).²⁵

III.4 La existencia del daño

Como bien define Lorenzo SÁNCHEZ CARNELLI, el origen del daño “podrá estar constituido por una actividad material o por un acto jurídico, configurándose diversas hipótesis”.²⁶

Puede ser debido a un hecho involuntario como lo es un accidente o bien un acto jurídico, pero también cabe la condena frente a la omisión inexcusable, en los casos en que la obligación se funda en un hacer del Estado.²⁷

El daño indemnizable debe ser materialmente apreciable. Debe recordarse que este artículo no refiere a cualquier daño que se le causa a la Administración. Existen múltiples hipótesis en las que un funcionario puede causar daño a la Administración pero el art. 25 está en referencia directa con el art. 24 que establece la responsabilidad del Estado por los daños causados en la ejecución de los servicios públicos.

Esto significa que se trata del daño exclusivamente causado a terceros y no el daño propio que es también resarcible pero no por la aplicación de este artículo sino de los principios generales de responsabilidad (1319 y 1324 del Código Civil).²⁸

²⁴ T.A.C. 2º T.; Nº 304/06; Fecha: 6/XII/06, LJU Tomo 137, 01/01/2008.

²⁵ T.A.C. 2º T.; Nº 304/06; Fecha: 6/XII/06, LJU Tomo 137, 01/01/2008.

²⁶ SÁNCHEZ CARNELLI, Lorenzo. *Responsabilidad del Estado por su actividad administrativa, legislativa y judicial*. Montevideo: FCU, 2005, p. 33 e ss.

²⁷ URIARTE ARAÚJO, Daoiz. Responsabilidad de los funcionarios públicos en relación a la aplicación del Artículo 25 de la Constitución. *Revista Transformación, Estado y Democracia*. Nº 33, ONSC, p. 93 e ss.

²⁸ URIARTE ARAÚJO cita el ejemplo de que si un funcionario público se apropia del dinero de la caja y lo gasta en el casino, el organismo público (además del delito penal y la falta administrativa) podrá ejercer las acciones de recuperación del dinero correspondiente. Pero no se trata de una aplicación del art. 25. En cambio si el funcionario haciendo uso de la locomoción oficial en estado de ebriedad, causa un daño a un tercero será de aplicación el art. 25 para el caso de que el tercero deba ser indemnizado por el estado. (URIARTE ARAÚJO, Daoiz. Responsabilidad de los funcionarios públicos en relación a la aplicación del Artículo 25 de la Constitución. *Revista Transformación, Estado y Democracia*. Nº 33, ONSC, p. 93 e ss.)

III.5 Legitimación activa

Se admite la legitimación activa del Estado para interponer acción civil reparatoria cuando tuvo un daño, sufrió un perjuicio ya sea el causante un particular o un funcionario público. En razón del mal cumplimiento de sus tareas, el funcionario puede ser responsabilizado patrimonialmente frente a los particulares y ante la propia Administración.²⁹

En la medida que el Estado tuvo un daño, sufrió un perjuicio, está legitimado para pedir la reparación al particular que lo haya causado, sea o no funcionario público. Así lo hace ver Sayagués Laso (Tratado..., t. I -1963- págs. 339/340 N° 199) cuando señala que:

“En razón del mal cumplimiento de sus tareas, el funcionario puede ser responsabilizado patrimonialmente frente a los particulares y ante la propia Administración. Frente a la Administración el funcionario compromete su responsabilidad patrimonial cuando... derivan perjuicios para aquélla. El funcionario está obligado a actuar diligentemente; si no lo hace, incurre en falta y es responsable. Ésta nos parece la solución de principio. Cuando el incumplimiento del funcionario a sus deberes origina perjuicios a la Administración (con independencia del daño causado a terceros), ésta puede reclamar a aquél la reparación consiguiente”.³⁰

La norma establece un requisito previo e ineludible para que se ejerza la acción de responsabilidad contra el funcionario, el que se halla pago efectivamente por la Administración. Opera también como un límite a la responsabilidad puesto que el Estado no podrá por esta vía reclamar accesorias como los daños y perjuicios (salvo que hubiese sido objeto de la condena).³¹

III.6 ¿A quién puede demandar el Estado en materia de repetición?

Cuando el Estado ha debido indemnizar a un tercero, y en aquellos casos en que dicho daño haya sido causado por un funcionario u otra persona que no revista tal calidad, en materia de repetición, el Estado podrá enfrentarse a tres hipótesis diversas:³²

a) si el daño ha sido causado por sus funcionarios, en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, el Estado repetirá basándose en el artículo 25 de la Carta pero sólo corresponderá la acción en los casos en que el funcionario responsable haya

²⁹ T.A.C. 2° T.; N° 304/06; Fecha: 6/XII/06, LJU Tomo 137, 01/01/2008.

³⁰ T.A.C. 2° T.; N° 304/06; Fecha: 6/XII/06, LJU Tomo 137, 01/01/2008.

³¹ URIARTE ARAÚJO ha visto con cierta preocupación que en algún lugar del Estado se ha pretendido la aplicación inmediata de este artículo al funcionario en forma a nuestro juicio claramente equivocada. Es más, se le impone al funcionario el descuento en cuotas del sueldo por lo que la administración ha abonado. Esto nos parece claramente un exceso inaceptable, puesto que el mero hecho de haber resarcido el daño causado a un tercero de acuerdo con el artículo 24 de la Carta, no habilita la aplicación del artículo 25 aún cuando la administración haya concluido un sumario determinando la responsabilidad por culpa grave o dolo del mismo. Creemos que en todo caso debe recurrirse a la justicia a los efectos de obtener el resarcimiento y el descuento automático del salario solo puede realizarse en función de una ley específica, puesto que dada la intangibilidad del mismo sólo la ley puede establecer excepciones. (URIARTE ARAÚJO, Daoiz. Responsabilidad de los funcionarios públicos en relación a la aplicación del Artículo 25 de la Constitución. *Revista Transformación, Estado y Democracia*. N° 33, ONSC, p. 93 e ss.)

³² RISSO FERRAND, Martín. Responsabilidad civil de los funcionarios públicos. In: *Segundo Coloquio. Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*. Montevideo: Editorial Universidad, 1995, p. 11 e ss.

obrado con dolo o culpa grave. Fuere de estas hipótesis no habrá responsabilidad de los funcionarios frente al Estado.

b) si el daño fue causado por un sujeto que no era funcionario público, la acción del Estado no se basará en ninguna norma constitucional sino en el derecho común, por supuesto que no estará limitada a los casos de culpa grave o dolo, sino que la acción podrá prosperar aun en otras hipótesis, y;

c) por último, si el daño fue causado por un funcionario, pero no en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio, el Estado podrá repetir contra el funcionario, pero no conforme al artículo 25 sino según las normas legales vigentes en materia de responsabilidad. En esta hipótesis el demandado no podrá invocar el límite del artículo 25 -dolo o culpa grave-, sino que se deberá estar a la regulación legal de la materia.

III.7 Culpa grave y dolo

El dolo y la culpa constituyen el elemento subjetivo que debe estar acreditado para que sea viable la acción de repetición, ya que en esta acción se valora y juzga el comportamiento del funcionario, en la producción de un determinado daño que ha sido previamente resarcido por la organización estatal.³³

Jorge GAMARRA, citado por Daoiz URIARTE ARAÚJO ha definido el concepto de culpa grave como *“grado máximo de la culpa y supone un comportamiento tan descuidado e imprudente, que linda con la actitud dolosa, al aparecer como intencionalmente dañino. Es lo que se ha calificado como “culpa grosera o inexcusable”.*³⁴

Carlos E. DELPIAZZO subraya que estamos ante un criterio definidamente subjetivo: se debe haber obrado con *culpa grave o dolo*; se excluyen la culpa simple, la mera negligencia o el error excusable.³⁵

El elemento objetivo es que el inoportamiento se haya dado en uso o en ocasión del ejercicio de la función; como dice el art. 24 de la Constitución *“en la ejecución de los servicios... confiados a sus gestión o dirección”* o como reza el art. 25 del mismo Cuerpo, *“en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio”*.

Por su parte Edgardo ETTLIN sostiene que los actos privados o personalísimos del funcionario, esto es, los actos ajenos a la función durante su vida privada y particular (aun durante horas de oficina o en ocasión del servicio) no comprometen la responsabilidad estatal porque no constituyen actos o hechos de ejecución de los servicios.³⁶

³³ T.A.C. 2º T.; Nº 121/010; Fecha: 21/IV/2010.

³⁴ URIARTE ARAÚJO apunta que el artículo constitucional es claro en cuanto a que solo se podrá ejercer esta acción de repetición cuando el daño producido se deba a culpa grave como mínimo. Tomar la opción de la responsabilidad objetiva y absoluta resultaría no solo un absurdo sino una temible limitación al accionar del Estado que podría llevar a la paralización provocada por el temor del funcionario a actuar. Aunque esto parece evidente hemos visto en más de una oportunidad la insistencia del Tribunal de Cuentas en que se aclare la responsabilidad del art. 25 en transacciones judiciales que resultan evidentemente inaplicables. (URIARTE ARAÚJO, Daoiz. Responsabilidad de los funcionarios públicos en relación a la aplicación del Artículo 25 de la Constitución. *Revista Transformación, Estado y Democracia*. Nº 33, ONSC, p. 93 e ss.)

³⁵ DELPIAZZO, Carlos E. *Responsabilidad del Estado y tutela jurisdiccional efectiva*. Estudios Jurídicos en homenaje a Mariano R. Brito. Montevideo: FCU, 2007, p. 6 e ss.

³⁶ ETTLIN, Edgardo. *De la Responsabilidad Civil de los Funcionarios Públicos (o De Legitimación Pasiva de los Funcionarios Públicos en Demandas de Responsabilidad Civil, por Daños causados en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión)*; en La Justicia Uruguaya, Tomo 133; Cita Online: UY/DOC/640/2009. El autor subraya que la exigencia de la culpa “grave” como presupuesto de la acción de repetición del art. 25 de la Constitución tiene su razón

III.8. Acción de repetición: ¿facultativa o acto debido?

El artículo 25 de la Constitución dice que en los supuestos comprendidos en ese artículo la Administración “podrá repetir”; no dice deberá repetir. Por tal razón, en general se ha entendido que esta acción de repetición no obliga a la Administración sino que es facultativa.³⁷

En el mismo sentido, con anterioridad, se había pronunciado MARTINS, quien recordó que el texto aprobado por la Cámara de Representantes establecía una fórmula imperativa, pero que fue modificada en la Cámara de Senadores en la que se adoptó el texto vigente.³⁸

Entre los argumentos mencionados en la Cámara de Senadores para no adoptar la fórmula imperativa, MARTINS menciona los siguientes: “la inutilidad de seguir un juicio contra una persona notoriamente insolvente; la injusticia manifiesta de castigar tan duramente un funcionario con carrera irreprochable, (...) el daño que se causa a la investidura de ese funcionario en su relación con los demás administrados, creándose un ambiente de suspicacia, de recelo, de desconfianza, planteándole una crisis de moralidad de ese agente del servicio público o titular de función pública determinada”.³⁹

Sin perjuicio de reconocer la existencia de esos antecedentes señalados por MARTINS, estimo que el artículo 25 de la Constitución no otorga total libertad a la Administración para decidir si inicia o no una acción de repetición.⁴⁰

Una interpretación contextual de la Constitución teniendo en cuenta la noción de buena administración incluida en el artículo 311 de la Carta, nos hace pensar que el término “podrá” del artículo 25 entraña un poder-deber. Si de las actuaciones administrativas seguidas como consecuencia del cumplimiento de una sentencia de condena por daños causados a terceros la Administración determina que el funcionario obró con dolo o culpa grave, no puede no iniciar una acción de repetición. No hacerlo constituye un acto de mala administración.⁴¹

Esta interpretación contextual basta para rechazar la historia de la norma para la interpretación del artículo 25 en lo que refiere al significado del término “podrá”. Y el concepto de buena administración lleva, además, al rechazo de todos los argumentos invocados en la Cámara de Senadores salvo el primero. En efecto, de los motivos dados en la Cámara de Senadores, solo en caso de insolvencia evidente del funcionario y en casos en que aparezca como evidente que el funcionario no va a devenir solvente se justifica no iniciar una acción de repetición en los casos en que el funcionario haya producido un daño actuando con dolo o culpa grave. También se podría admitir que no se inicie la acción de repetición si efectuada una evaluación de las probabilidades de éxito de

de ser en permitirle cierta tranquilidad al actuar del funcionario, porque no es de ignorar que la gestión de la Administración y el trabajo del funcionario está sujeta a riesgos y a errores no deseados, muchas veces ejercido en condiciones de exceso de trabajo y con escasez de recursos frente a la delicada tarea de administrar bienes y personas.

³⁷ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La Responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo. In: *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*. 1. ed. Buenos Aires: La Ley Uruguay, 2012, p. 668 e ss.

³⁸ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La Responsabilidad hacia... p. 668 e ss.

³⁹ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La Responsabilidad hacia... p. 668 e ss.

⁴⁰ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La Responsabilidad hacia... p. 668 e ss.

⁴¹ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La Responsabilidad hacia... p. 668 e ss.

acuerdo con el estado de la jurisprudencia, se estima que el resultado será adverso.⁴²

Fuera de esos casos excepcionales, la acción de repetición es un acto debido. No se puede olvidar nunca que la Administración no administra un patrimonio propio, sino ajeno.⁴³

III. 9 Procedimiento: la nueva solución a la luz de la Ley N° 19.090 de 14/6/2013

La Ley N° 19.090 de 14 de junio de 2013 instaura un nuevo régimen sobre la ejecución de sentencias que condenan a entidades estatales al pago de sumas de dinero, dando nueva redacción al artículo 400 (Sentencias contra el Estado) y al artículo 401 (Sentencias contra Gobiernos Departamentales, entes autónomos y servicios descentralizados) del Código General del Proceso, con impactos en la temática que estamos abordando.

En tal sentido, en lo que refiere a las Sentencias contra el Estado, cabe destacar lo dispuesto por el Artículo 400.7 del Código General del Proceso (C.G.P.), en cuanto dispone que:

“el Inciso condenado una vez notificado de la fecha de pago iniciará un procedimiento administrativo tendiente a determinar si corresponde promover la acción de repetición contra el funcionario o los funcionarios responsables del daño causado, de acuerdo a lo establecido por el artículo 25 de la Constitución de la República, remitiendo su opinión y copia autenticada de los antecedentes al Ministerio de Economía y Finanzas. El Poder Ejecutivo, previa vista al funcionario o funcionarios responsables, ordenará la promoción de la acción de repetición, si fuera pertinente mediante el acto administrativo correspondiente”.

En lo que refiere a Sentencias contra Gobiernos Departamentales, entes autónomos y servicios descentralizados, cabe destacar lo dispuesto por el Artículo 401.7 del Código General del Proceso (C.G.P.) en cuanto dispone que:

“el organismo condenado una vez notificado de la fecha de pago iniciará un procedimiento administrativo tendiente a determinar si corresponde promover la acción de repetición contra el funcionario o los funcionarios responsables del daño causado, de acuerdo a lo establecido por el artículo 25 de la Constitución de la República”.

Por su parte, el artículo 52 de la Ley N° 17.930 de 19 de diciembre de 2005 dispuso:

“Artículo 52.- Derógase el artículo 30 de la Ley N° 17.296, de 21 de febrero de 2001 y el artículo 31 de la misma ley, este último en la redacción dada por el artículo 82 de la Ley N° 17.556, de 18 de setiembre de 2002. En consecuencia, podrán, comprometerse gastos de funcionamiento o de inversiones sin que exista crédito disponible cuando se trate del cumplimiento de sentencias judiciales, laudos arbitrales, o situaciones derivadas de lo establecido en los artículos 24 y 35 de la Constitución de la República”.

⁴² DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La Responsabilidad hacia... p. 668 e ss.

⁴³ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La Responsabilidad hacia... p. 668 e ss.

Esta norma fue reglamentada por el Decreto N° 395/006 de 23 de octubre de 2006, que en su artículo 11° derogó los Decretos N° 701/991, de 23 de diciembre de 1991 y Decreto N° 531/001, de fecha 31 de diciembre de 2001.

Para hacer efectiva la responsabilidad del funcionario,⁴⁴ el decreto del Poder Ejecutivo N° 395/006, de 23 de octubre de 2006, que reglamenta el cumplimiento de las sentencias contra el Estado, por su artículo 8 establece:

“Una vez cancelada la obligación, la Unidad Ejecutora iniciará un procedimiento administrativo tendiente a determinar si corresponde promover la acción de repetición contra el funcionario o los funcionarios responsables del daño causado, de acuerdo a lo establecido por el artículo 25 de la Constitución de la República, remitiendo al Ministerio de Economía y Finanzas copia autenticada de todos los antecedentes administrativos y judiciales relacionados al caso y su opinión sobre la procedencia de ejercer la acción de repetición.”

IV Jurisprudencia destacada

Existen algunas sentencias de primera instancia que han admitido la acción reparatoria directa contra funcionarios públicos. Si bien en general esas sentencias han sido revocadas en segunda instancia, su sola aparición anuncia un cambio de jurisprudencia que inevitablemente vendrá, pues esa es la única interpretación que se adecua al Estado Constitucional de Derecho y a una interpretación del ordenamiento jurídico desde la dignidad de la persona humana. Es más, en los Tribunales superiores, si bien todavía se mantiene la tesis tradicional, están apareciendo importantes discordias en el sentido indicado en este estudio.⁴⁵

DURÁN MARTÍNEZ destaca las discordias de los Ministros VAN ROMPAEY y BOSSIO en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 216 de 6 de diciembre de 2006⁴⁶ y la del Ministro CHEDIAK en la sentencia del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 2° Turno, N° 169 de 9 de agosto de 2006.⁴⁷

En apretada síntesis, sostiene en su Discordia Leslie Alberto VAN ROMPAEY que

“la circunstancia de que se haya demandado a una entidad estatal por el ilícito culposo y dañoso de un funcionario, no varía la solución, pues tal como lo advierte Risso Ferrand: “... los artículos 24 y 25 no dicen ni que la única vía por la cual los terceros damnificados pueden lograr la reparación del daño sufrido sea la del artículo 24, ni que dichos terceros no puedan demandar directamente al o a los funcionarios, ya sea en forma principal y exclusiva, o en forma conjunta con el Estado (...)

Sostener que tienen una suerte de inmunidad y que su responsabilidad civil (por los daños causados en ejercicio de sus funciones o en ocasión de dicho ejercicio) sólo puede hacerse

⁴⁴ DELPIAZZO, Carlos E. La responsabilidad en el derecho público uruguayo. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*. N°3, 2008; p. 6 e ss.

⁴⁵ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La Responsabilidad hacia... p. 664 e ss.

⁴⁶ SOLER, Graciela. Novedades jurisprudenciales y legislativas sobre las relaciones entre la responsabilidad del Estado y la del funcionario. In: DELPIAZZO, Carlos (Coord.). *Trasformaciones actuales del Derecho Administrativo*. Instituto de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho-Universidad de la República. Montevideo: FCU, 2010, p. 64 e ss.

⁴⁷ DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La Responsabilidad hacia... p. 664 e ss.

valer por la vía indirecta del artículo 25, parece que no podría admitirse, ya que dicha hipótesis no tiene base constitucional.

Parece que lo razonable sería sostener que la eventual responsabilidad directa de los funcionarios es una cuestión no regulada por la Constitución (...) ante el silencio del ordenamiento jurídico, la solución es claramente la responsabilidad civil de las personas físicas y jurídicas, establecida en forma elocuente, entre otras normas, en el artículo 1.319 del Código Civil (...).

VAN ROMPAEY cita a A. Gordillo que sostiene que: “... la importancia de que el funcionario público que perjudica a los usuarios, administrados y consumidores y genera responsabilidad... sufra también las consecuencias de su hecho dañoso es decisiva, pues esto constituye un elemento fundamental para fijar límites concretos a la negligencia y arbitrariedad eventuales de las autoridades públicas o que ejercen funciones administrativas y públicas”; y a HAURIUO que expresa que: “No hay apenas materias de derecho público más importantes que éstas de la responsabilidad pecuniaria de las administraciones públicas y de los funcionarios” (Tratado de Derecho Administrativo, 1a. Ed. colombiana, año 1998, Ed. Dike, págs. XVI-1 y XVI-2)”.

Sin perjuicio de lo cual, la tesis mayoritaria sigue predominando en la Jurisprudencia nacional.

En tal sentido, en reciente Sentencia de la Suprema Corte de Justicia N° 19/2015 de 12 de febrero de 2015, se sostiene que:

“se coincide con el Tribunal en que la norma contenida en la Carta Magna consagra el principio general de la responsabilidad del Estado por acto o hecho de la administración con exclusión del funcionario interviniente. Teniendo en cuenta que resulta un hecho no controvertido que la médica accionada era funcionaria del Ministerio de Salud Pública y que por Resolución del 22 de diciembre de 2005 se le destituyó del cargo por la causal de omisión a sus deberes funcionales luego de la investigación administrativa motivada por el caso de marras (fs. 458 y vto.), el marco normativo señalado impide que el funcionario pueda ser directamente demandado por el administrado perjudicado, correspondiendo al Estado el ejercicio de la acción de regreso respectiva”.

Viene al caso recordar lo expresado por la Corporación en Sentencia N° 2.434/2010 donde se expresa que “... la acción de responsabilidad patrimonial por hecho del funcionario contra un administrado o tercero debe dirigirse pura, directa y exclusivamente contra el Estado, a quien jurídicamente pasa a imputársele de modo frontal la responsabilidad (art. 24)...”.

También corresponde referirnos a la Sentencia N° 876/2013 del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de 5° Turno, de fecha 11 de diciembre de 2013, que confirma la sentencia apelada, sin especial condena en el grado, caso en el cual también el pronunciamiento de primer grado declaró la falta de legitimación pasiva del Ministerio demandado, y desestimó la demanda contra el co-accionado, sin especial condenación.

Al respecto en la Sentencia se sostiene que:

“En punto a la legitimación del funcionario público para ser demandado, en sentencia N° 165/2011, el Tribunal sostuvo: “Por ello, corresponde referir que, sobre la legitimación causal pasiva de la codemandada Almada, el Tribunal participa del criterio que establece que el art. 24 de la Constitución consagra el principio general de responsabilidad del Estado por acto, hecho u omisión de la Administración, a quien inviste de la calidad de titular pasivo

de la pretensión reparatoria, con exclusión del funcionario interviniente, lo que impide que éste pueda ser directamente demandado, sin perjuicio de la acción de regreso o reembolso que el Estado puede intentar contra aquél (art. 25 de la Constitución) (Cf. Sentencia N° 158/2004 en ADCU, T. XXXV, c. 745, Pág. 363, así como sentencias Nos. 205/2005 y 216/2005 del TAC de 4º Turno en ADCU, T. XXXVI, c. 689 y 690 respectivamente Pág. 342”).

Asimismo queremos ilustrar a los lectores con un caso en el cual el Estado, fundado en el art. 25 de la Constitución de la República, dedujo acción de regreso contra un funcionario, donde en proceso ordinario previo aquél fuera condenado a abonar a los accionantes la suma de dinero en virtud de haberse constatado mala praxis médica.

Así, en Sentencia N° 121/2010, del Tribunal de Apelaciones en lo Civil de Segundo Turno, de fecha 21 de abril de 2010, donde se destaca que *“en la hipótesis responsabilidad de los funcionarios, se reconoce a la Administración el derecho de repetir lo pagado contra el funcionario exclusivamente cuando la conducta de éste gravemente culposa o dolosa, fue la determinante del daño”*.

V Reflexiones finales

En la Constitución encontramos normas constitucionales expresas que refieren a la responsabilidad del Estado. Entre ellas, el artículo 24 que refiere al régimen general de responsabilidad del Estado, Entes Autónomos, Servicios Descentralizados y Gobiernos Departamentales y el artículo 25 que refiere, parcialmente, al régimen de responsabilidad de los funcionarios públicos (frente al Estado que debió indemnizar), como bien señalaba RISSO FERRAND.

Durante largos años y también en la actualidad, el artículo 25 de la Constitución ha sido y es un permanente olvidado, salvo escasísimas excepciones pese a estar incorporado en nuestra carta magna desde 1952 (antes art. 24).

Como apunta Augusto DURÁN MARTÍNEZ, el único artículo constitucional que regula de algún modo la responsabilidad civil de los funcionarios hacia la Administración es el 25, que sólo refiere a la hipótesis en que el Estado ha indemnizado basándose en el artículo 24 y pretende repetir lo pagado contra los funcionarios.

Debe subrayarse que si la Administración nada pagó a terceros, nada puede reclamar al funcionario por este artículo 25. Y aun en caso de haber pagado, solo puede repetir contra el funcionario si este obró con dolo o culpa grave. Y solo puede la Administración, según MARTINS, reclamar lo que pagó: no puede pedir ni más, ni menos. En principio, DURÁN MARTÍNEZ comparte la afirmación de MARTINS pero sostiene, que si la Administración sufre un daño moral, no existe inconveniente para acumular una acción reparatoria, por ese daño, a la de repetición.

Una interpretación contextual de la Constitución, apunta DURÁN MARTÍNEZ, teniendo en cuenta la noción de buena administración incluida en el artículo 311 de la Carta, nos hace pensar que el término “podrá” del artículo 25 entraña un poder-deber. Si de las actuaciones administrativas seguidas como consecuencia del cumplimiento de una sentencia de condena por daños causados a terceros la Administración determina que el funcionario obró con dolo o culpa grave, no puede no iniciar una acción de repetición.

La no aplicación del artículo 25 de la Carta, en tanto acto debido, constituye sin lugar a dudas un acto de mala administración.

Como bien señala DURÁN MARTÍNEZ, con una interpretación de y desde la Constitución, única compatible con la dignidad de la persona humana, debemos combatir la existencia de “*islas de irresponsabilidad*” y de lo que DELPIAZZO llamó y se propuso erradicar “*sujetos irresponsables y reductos de irresponsabilidad*”, evitando de este modo que los funcionarios adquieran una sensación de invulnerabilidad y de impunidad ocasionado daños a terceros y a la Administración que pudieron haberse evitado.

Una correcta, adecuada y razonable aplicación del olvidado artículo 25 de la Carta, que respete los derechos y garantías de los involucrados, fundada en la buena administración, fortalecerá el Estado Constitucional de Derecho, y sin lugar a dudas impactará positivamente en un mejor cumplimiento de sus funciones por parte de los funcionarios.

Referencias

CASSAGNE, Juan Carlos. La responsabilidad de los funcionarios públicos y su coordinación con la del Estado en Estudios de Derecho Administrativo. In: SCHIAVI, Pablo; BERCHESI, Bruno; GUARIGLIA, Germán (Coord.). *Estudios de Derecho Administrativo*. N° 4. Buenos Aires: La Ley Uruguay, 2011, p. 275-286.

DE CORES, Carlos. *Reflexiones sobre la naturaleza de la responsabilidad civil del Estado*. Anuario de Derecho Civil Uruguayo. Montevideo: FCU, t. XXII, p. 399 e ss.

DELPIAZZO, Carlos E. La responsabilidad en el derecho público uruguayo. *Revista de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay*. N°3, 2008; p. 6 e ss.

DELPIAZZO, Carlos E. *Responsabilidad del Estado y tutela jurisdiccional efectiva*. Estudios Jurídicos en homenaje a Mariano R. Brito. Montevideo: FCU, 2007, p. 967 e ss.

SCHIAVI, Pablo; BERCHESI, Bruno; GUARIGLIA, Germán (Coord.). *Estudios de Derecho Administrativo*. N° 4. Buenos Aires: La Ley Uruguay, 2011.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. *Casos de Derecho Administrativo*. Vol. 1. Universidad Católica del Uruguay. Montevideo: Ingranusi Ltda., 1999.

DURÁN MARTÍNEZ, Augusto. La Responsabilidad hacia la Administración en el Derecho Administrativo Uruguayo. In: *Neoconstitucionalismo y Derecho Administrativo*. 1. ed. Buenos Aires: La Ley Uruguay, 2012, p. 659-683.

ETTLIN, Edgardo. *De la Responsabilidad Civil de los Funcionarios Públicos (o De Legitimación Pasiva de los Funcionarios Públicos en Demandas de Responsabilidad Civil, por Daños causados en la ejecución de los servicios públicos confiados a su gestión)*; en La Justicia Uruguaya, Tomo 133; Cita Online: UY/DOC/640/2009.

FERNÁNDEZ CEDRÉS, Makarena. Relación entre la responsabilidad del Estado y del funcionario. In: DELPIAZZO, Carlos (Coord.). *Transformaciones actuales del Derecho Administrativo*. Montevideo: Instituto de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho-Universidad de la República. FCU, 2010, p. 51 e ss.

GAMARRA ANTES, Diego. La responsabilidad civil de los funcionarios públicos ante los particulares. Su fundamento normativo en el ordenamiento jurídico uruguayo. In: *Estudios de Derecho Administrativo*. SCHIAVI, Pablo; BERCHESI, Bruno; GUARIGLIA, Germán (Coord.). *Estudios de Derecho Administrativo*. N° 4. Buenos Aires: La Ley Uruguay, 2011, p. 307-331.

GUTIÉRREZ, Adrián A.; PEREIRA CAMPOS, Santiago. Ejecución de sentencias que condenan a entidades estatales al pago de sumas de dinero: el nuevo Régimen de la Ley 19090. *Revista de Derecho Público*, año 22; N° 44, noviembre, 2013, p. 105 e ss.

MARTINS, Daniel Hugo. La responsabilidad de los funcionarios públicos por los daños causados a terceros en el ejercicio de sus funciones o en ocasión de ese ejercicio. In: SCHIAVI, Pablo; BERCHESI, Bruno; GUARIGLIA, Germán (Coord.). *Estudios de Derecho Administrativo*. N° 4. Buenos Aires: La Ley Uruguay, 2011, p. 287-306.

URUGUAY. *Poder Judicial de la República Oriental del Uruguay*. Disponible em: <<http://www.poderjudicial.gub.uy/>>. Acesso em 30.06.2018.

RISSO FERRAND, Martín. Responsabilidad del Estado y Derechos Humanos. In: SCHIAVI, Pablo; BERCHESI, Bruno; GUARIGLIA, Germán (Coord.). *Estudios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley Uruguay, 2011, n°4.

RISSO FERRAND, Martín. Constitucionalidad del artículo 4° de la Ley 15.859. In: *Revista Uruguaya de Derecho Constitucional y Político*, tomo XI, núms. 63-66, p. 431.

RISSO FERRAND, Martín. Responsabilidad civil de los funcionarios públicos. In: *Segundo Coloquio. Contencioso de Derecho Público. Responsabilidad del Estado y Jurisdicción*. Montevideo: Editorial Universidad, 1995, p. 16 e ss.

RUOCCO, Graciela. Responsabilidad patrimonial del Estado por actividad administrativa. In: SCHIAVI, Pablo; BERCHESI, Bruno; GUARIGLIA, Germán (Coord.). *Estudios de Derecho Administrativo*. Buenos Aires: La Ley Uruguai, 2011, p. 121-135.

SÁNCHEZ CARNELLI, Lorenzo. *Responsabilidad del Estado por su actividad administrativa, legislativa y judicial*. Montevideo: FCU, 2005, p. 33 e ss.

SOLER, Graciela. Novedades jurisprudenciales y legislativas sobre las relaciones entre la responsabilidad del Estado y la del funcionario. In: DELPIAZZO, Carlos (Coord.). *Transformaciones actuales del Derecho Administrativo*. Instituto de Derecho Administrativo. Facultad de Derecho-Universidad de la República. Montevideo: FCU, 2010, p. 64 e ss.

URIARTE ARAÚJO, Daoiz. Responsabilidad de los funcionarios públicos en relación a la aplicación del Artículo 25 de la Constitución. *Revista Transformación, Estado y Democracia*. N° 33, ONSC, p. 93 e ss.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

SCHIAVI, Pablo. Acción de repetición contra funcionarios públicos en el Uruguay. In: GALLO, William Iván et al. (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 279-293. ISBN 978-85-450-0569-8.

CINCO ANOS DA LEI ANTICORRUPÇÃO BRASILEIRA E O COMBATE PREVENTIVO À CORRUPÇÃO: UM PARALELO ENTRE A ISO 19600:2014 E O DECRETO 8.420/2015

RODRIGO PIRONTI AGUIRRE DE CASTRO

RAFAELLA NÁTALY FÁCIO

1 Introdução

Não há, no ordenamento jurídico brasileiro, um conceito legal do que venha a ser corrupção.¹ Há um consenso doutrinário de que é uma atividade nociva que, no âmbito do Poder Público, consiste em práticas como a obtenção de vantagem indevida, abuso de poder, crimes de corrupção passiva e ativa tipificados no Código Penal, lavagem de dinheiro, desvio de recursos, esquemas de propinas, compra de votos, nepotismo, tráfico de influência, utilização de informação privilegiada para fins pessoais ou ainda compra e venda de sentenças judiciais, dentre outras.² Trata-se, portanto, de um fenômeno complexo e multifacetado, cuja relevância jurídica dependerá de lei que trate determinada hipótese como antijurídica.

A corrupção é um fenômeno generalizado que afeta tanto os países desenvolvidos quanto os países em desenvolvimento; entretanto, as implicações deste fenômeno nas nações mais periféricas são mais nocivas. Nesses países, considerável parcela da população depende da ótima realização de políticas públicas e correta destinação de recursos para fazer frente a inúmeras necessidades. Quando os recursos públicos são desviados ou aplicados de forma ineficiente, é justamente este setor da população que é intensamente prejudicado, o que representa um obstáculo para o desenvolvimento

¹ GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a administração pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015.

² PIOVESAN, Flávia; GONZAGA, Victoriana Leonora Corte. Combate à Corrupção e Ordem Constitucional: Desafios e Perspectivas para o Fortalecimento do Estado Democrático de Direito. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: v. 967/2016, p. 21-38, mai. 2016, p. 24.

do país.³ O combate à corrupção é imprescindível não apenas para o desenvolvimento, em sentido amplo, de um país, mas também para a confiança pública nos governantes e para a subsistência das instituições,⁴ bem como abala as conquistas democráticas constitucionais, afrontando o próprio Estado de Direito.⁵

Nos últimos anos, o combate à corrupção no âmbito dos entes públicos e dos entes privados que se relacionam com o Estado tem aumentado consideravelmente, principalmente considerando as recentes leis acerca do tema editadas em inúmeros países da América Latina,⁶ o que é uma decorrência dos inúmeros compromissos internacionais firmados entre diferentes Estados para combater a corrupção.

Com o fenômeno da globalização e da intensificação das relações internacionais, a problemática envolta à corrupção passou a ser uma pauta frequente na comunidade internacional, que passou a discutir e buscar a implementação de ferramentas preventivas, seja através de adoção de cláusulas anticorrupção firmadas por empresas transacionais com demais particulares, seja através de Convenções aderidas pelos Estados. O combate a este fenômeno, portanto, passou a exigir mecanismos supranacionais para ser efetivo.

Nesse contexto, podemos listar as seguintes Convenções Internacionais: Convenção Interamericana contra a corrupção, aprovada pela Organização dos Estados Americanos (OEA); Convenção sobre Suborno de Oficiais Públicos e Estrangeiros, dos países da Organização para Cooperação e Desenvolvimento Econômico (OCDE); Convenção das Nações Unidas contra o Crime Organizado Transnacional; Convenção da União Africana sobre Prevenção e Combate à Corrupção; Convenção das Nações Unidas sobre Corrupção, entre outras.⁷

A Convenção das Nações Unidas,⁸ da qual o Brasil é signatário, dedicou um capítulo exclusivamente às medidas preventivas, listadas a seguir: (i) promover políticas e práticas de prevenção à corrupção (art. 5º, 1 a 4); (ii) implementar órgão ou órgãos de prevenção à corrupção (art. 6º); (iii) promover mudanças no Setor Público (art. 7º); (iv) implementar mudanças para funcionários públicos (art. 8º); (v) transparência e eficácia na contratação pública e gestão da fazenda pública (art. 9º); (vi) aumentar a transparência e a informação pública (art. 10); (vii) implementar medidas relativas ao Poder Judiciário e ao Ministério Público (art. 11); (viii) implementar medidas preventivas junto ao Setor Privado (art. 12).

Considerando o escopo do presente artigo, será realizada uma análise de um aspecto do item 'viii', qual seja, a implementação de medidas preventivas junto ao Setor

³ SAID, José Luis. Corrupción administrativa, democracia y derechos humanos. In: *Revista de Direito administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, ano 13, n. 51, jan/mar 2013, p. 23.

⁴ CASSAGNE, Juan Carlos. *Fragmentos de Derecho administrativo*. Buenos Aires: Hammurabi, 2003, p. 110.

⁵ PIOVESAN, Flávia; GONZAGA, Victoriana Leonora Corte. Combate à Corrupção e Ordem Constitucional: Desafios e Perspectivas para o Fortalecimento do Estado Democrático de Direito. *Revista dos Tribunais*. São Paulo: v. 967/2016, p. 21-38, mai. 2016, p. 21. Sobre este tema ver também: BRITTO, Cezar. Corrupção e Estado Democrático de Direito. In: PIRES, Luiz Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 37-46.

⁶ Lei 1778/2016, na Colômbia; Lei 27401/2018, na Argentina, entre outros.

⁷ NUNES, Antônio Carlos Ozório. Corrupção: o combate através da prevenção. PIRES, Luiz Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 22.

⁸ BRASIL. Decreto nº 5.687/2006. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>.

Privado (art. 12), especificamente acerca da exigência de que os Estados garantam *que as empresas privadas, tendo em conta sua estrutura e tamanho, disponham de suficientes controles contábeis internos para ajudar a prevenir e detectar os atos de corrupção e para que as contas e os estados financeiros requeridos dessas empresas privadas estejam sujeitos a procedimentos apropriados de auditoria e certificação* (artigo 12, 2, f).

Para tanto, será analisada a lei e o seu respectivo decreto regulamentador que estabeleceu o oferecimento de vantagens a empresas pela implementação de mecanismos de prevenção à corrupção. Com a finalidade de avaliar a efetividade dos requisitos estabelecidos no decreto, será realizado, ainda, um cotejo entre os mesmos e as disposições da norma técnica internacional ISO 16900:2014, que dispõe sobre os requisitos essenciais de um sistema de gestão de *compliance*.

2 Legislação brasileira acerca do combate preventivo à corrupção

2.1 O combate preventivo à corrupção na Lei nº 12.846/2013 (Lei Anticorrupção ou Lei de Proibição Administrativa Empresarial)

A grande inovação ou contribuição da Lei nº 12.846/2013 foi a introdução da responsabilidade objetiva, no âmbito civil e administrativo, de pessoas jurídicas cujos agentes tenham praticado ato de corrupção. Ou seja, sua tônica foi o aumento do combate à corrupção de forma repressiva.

Inobstante seu foco repressor, essa lei dispôs em seu art. 7º, VIII, que, ao serem aplicadas sanções nas empresas, será levada em conta *a existência de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e a aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta no âmbito da pessoa jurídica*. Trata-se, portanto, de um instrumento de combate preventivo, porque busca incentivar as empresas a adotarem mecanismos de integridade. Portanto, uma vez estabelecido que a existência desses mecanismos diminuiria o *quantum* sancionatório aplicado às pessoas jurídicas, houve um aumento de demanda da implantação de mecanismos de integridade.

Considerando essas disposições, houve um vertiginoso aumento de empresas buscando a implantação de Programas de Integridade após a edição da Lei nº 12.846/2013, popularmente reconhecida como Lei Anticorrupção.⁹

O termo “Programa de Integridade” foi cunhado pelo Decreto nº 8.420/2015, que estabeleceu o seu conceito (art. 41), bem como os parâmetros de avaliação quanto à sua existência e efetividade (art. 42). Ao estabelecer os referidos parâmetros, o Decreto regulamentador, balizado pela redação do art. 7º, VIII, da Lei nº 12.846/2013, foi muito além do determinado pelo artigo 12, 2, “f”, do capítulo II, da Convenção das Nações Unidas Contra a Corrupção, que exige dos Estados-Parte medidas com a finalidade de

⁹ Acerca desta denominação, sabe-se que as disposições desta lei são mais abrangentes que a responsabilização de agentes por práticas de atos de corrupção ativa, porque (i) também prevê sanções em face daqueles que custeiem a prática de atos de corrupção, de forma direta ou indireta; (ii) e, além de prever sanções voltadas ao combate à corrupção, também repreende outras condutas relacionadas à instauração e processamento da licitação pública, bem como condutas que procurem dificultar as investigações dos ilícitos previstos na lei. Portanto, este artigo aborda a referida legislação não como *Lei Anticorrupção*, mas sim como *Lei de Proibição Administrativa Empresarial*, assim denominada por Maurício Zockun. (ZOCKUN, Maurício. Comentários ao art. 1º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Org.). *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 16.)

Velar para que as empresas privadas, tendo em conta sua estrutura e tamanho, disponham de suficientes controles contábeis internos para ajudar a prevenir e detectar os atos de corrupção e para que as contas e os estados financeiros requeridos dessas empresas privadas estejam sujeitos a procedimentos apropriados de auditoria e certificação. Além de estabelecer como parâmetros itens que buscam resguardar a integridade das representações contábeis e financeiras, o Decreto arrola medidas relacionadas a outras temáticas, tais como comprometimento da alta administração, capacitação e treinamento de colaboradores, gestão de riscos, independência do canal de denúncias, diligências de verificação de terceiros, entre outros.

Segundo o art. 42 do Decreto supramencionado, os parâmetros de existência e efetividade do Programa de Integridade avaliados são (i) comprometimento da alta administração; (ii) padrões de conduta aplicáveis a todos os empregados; (iii) padrões de condutas aplicáveis a terceiros, quando necessário; (iv) treinamentos periódicos sobre o Programa de Integridade; (v) análise periódica dos riscos para promover alterações no Programa de Integridade; (vi) registros contábeis precisos e fidedignos; (vii) controles internos que assegurem a pronta elaboração e confiabilidade de relatórios e demonstrações; (viii) procedimentos específicos para prevenir fraudes e ilícitos no âmbito de processos licitatórios, na execução de contratos administrativos ou em qualquer interação com o setor público; (ix) estrutura e/ou autoridade interna independente responsável pela aplicação de fiscalização do Programa; (x) canais de denúncias e mecanismos de proteção ao denunciante de boa-fé; (xi) medidas disciplinares em caso de violação do Programa; (xii) procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades detectadas e a tempestiva remediação dos danos gerados; (xiii) diligências apropriadas para contratação e supervisão de terceiros; (xiv) diligências apropriadas para processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias; (xv) monitoramento contínuo do Programa de Integridade visando o seu aperfeiçoamento; (xvi) transparência da pessoa jurídica quanto a doações para candidatos e partidos políticos.¹⁰

Considerando a relevância do Programa de Integridade como um instrumento de combate preventivo à corrupção, no tópico 3 do presente artigo será feita uma comparação entre os quesitos acima elencados com as disposições da norma técnica internacional ISO 16900:2014, que tem por objeto dispor sobre as diretrizes essenciais sobre um sistema de gestão de *compliance*.

2.2 O Programa de Integridade nas demais legislações (Lei nº 13.303/2016 e leis estaduais)

Conforme destacamos acima, o objeto do presente artigo consiste em comparar as disposições da ISO 16900:2014 com o Decreto nº 8.420, que, entre outros assuntos da Lei nº 12.846/2013, regulamentou os quesitos avaliados de um Programa de Integridade para fins de dosimetria das sanções aplicadas a pessoas jurídicas à luz da referida legislação. Inobstante este enfoque, é pertinente mencionar que o combate preventivo a corrupção através de Programas de Integridade tem ganhado ainda mais relevância na legislação

¹⁰ Este último item não será considerado, tendo em vista que o Supremo Tribunal Federal, ao julgar a Ação Direta de Inconstitucionalidade (ADI) 4650, declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos legais que autorizavam as contribuições de pessoas jurídicas às campanhas eleitorais.

brasileira na medida em que mais leis passaram a prever este instrumento, ainda que sob diferentes aspectos e situações jurídicas, conforme será brevemente mencionado a seguir.

A Lei Federal nº 13.303/2016 foi editada para regulamentar o §3º do artigo 173 da Constituição Federal, segundo o qual o estatuto jurídico da empresa pública, da sociedade de economia mista e de suas subsidiárias deve ser estabelecido por lei. Entre outros temas de suma importância para as entidades, tais como o regime de aquisição e alienação de bens, regime licitatório próprio, dentre outros, a lei se ocupa de um dos aspectos mais polêmicos e atuais: a integridade das organizações.

Em seu art. 9º, §1º, a Lei determina que as empresas estatais deverão elaborar e divulgar um Código de Conduta e Integridade que contemple quesitos parecidos com aqueles listados no Decreto nº 8.420/2015. Trata-se, nada mais nada menos, da previsão da obrigatoriedade de implementação de um Programa de Integridade/de *Compliance* nas empresas regidas pela Lei nº 13.303/2016. Ademais, a Lei nº 13.303/2016 contém ainda outras normas de governança corporativa estritamente relacionadas à integridade da organização (arts. 6º, 7º, 8º, 9º, entre outros).

Além da Lei Federal nº 13.303/2016, foram editadas também leis estaduais que dispõem sobre a obrigatoriedade de empresas privadas manterem efetivos Programas de Integridade como um requisito para participar de licitações públicas. A exigência de Programas de Integridade como condição de participação em licitações pode ser compreendida em duas dimensões: uma extrínseca, que consiste numa política adotada pelo Estado para estimular a disseminação do *compliance* no mercado, e uma intrínseca, que consiste numa exigência que tem direta relação de pertinência com os fins primários da licitação,¹¹ ou ainda que tem relação direta com a efetivação de alguns princípios básicos de julgamento e processamento de uma licitação, tais como legalidade, impessoalidade, moralidade, igualdade, probidade administrativa julgamento objetivo.

As disposições normativas citadas acima acentuam ainda mais a relevância que o legislador brasileiro tem dado ao Programa de Integridade como um instrumento de combate preventivo a corrupção, salientando a importância de os juristas se debruçarem cada vez mais sobre esta temática, ainda que ela seja peculiar em razão de sua interdisciplinaridade.

3 A adequação das disposições legais brasileiras acerca de Programas de Integridade à luz da norma internacional ISO 19600:2014

A norma internacional ISO 19600:2014 fornece orientações para estabelecer, desenvolver, avaliar, manter e melhorar o sistema de gestão de *compliance* de forma efetiva e ágil. O sistema de gestão é definido pela própria norma como o *conjunto de elementos inter-relacionados ou interativos de uma organização, para estabelecer políticas, objetivos e processos para atingir esses objetivos* (item 3). Já o Programa de Integridade é conceituado, de acordo com o art. 41 do Decreto nº 8420/2015, como *conjunto de mecanismos e procedimentos internos de integridade, auditoria e incentivo à denúncia de irregularidades e na aplicação efetiva de códigos de ética e de conduta, políticas e diretrizes com objetivo de detectar e*

¹¹ GUIMARÃES, Fernando Vernalha; REQUI, Érica Miranda dos Santos. Exigência de Programa de Integridade nas Licitações. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Org.). *Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Cap. 10. p. 205-2015.

sanar desvios, fraudes, irregularidades e atos ilícitos praticados contra a administração pública, nacional ou estrangeira. A partir dos conceitos acima transcritos é possível afirmar que um Programa de Integridade é sinônimo de sistema de gestão de *compliance* que, por sua vez, pode ser mais amplo do que o escopo da integridade.

Estabelecida a relação entre o conteúdo dos Programas de Integridade e do objeto da ISO 19600:2014, adiante será realizado um cotejo entre os requisitos elencados na legislação brasileira acerca dos Programas de Integridade e os elementos listados pela referida norma técnica internacional, a fim de averiguar se o legislador brasileiro logrou êxito ao exigir parâmetros efetivos de combate preventivo à corrupção através dos chamados Programas de Integridade.

a) Programa de Integridade e o contexto da organização: a importância da gestão de riscos

A primeira seção da ISO 19600:2014 aborda as diretrizes e os procedimentos que devem ser adotados para entender o contexto da organização (item 4). O mais relevante de todos os procedimentos listados, e que, de certa forma, abrange todos os demais, é o de identificação, análise e avaliação de riscos.

Considerando o contexto de cada organização, é necessário identificar fatores externos e internos que podem interferir – positiva ou negativamente – no atingimento dos objetivos estabelecidos. A principal função da gestão de riscos, portanto, é a de gerir o aspecto negativo das incertezas inerentes para fins de aumentar as certezas da gestão do projeto ou da organização. Para tanto, é necessário identificar os riscos, analisá-los, classificá-los, tratá-los e monitorá-los.¹²

Considerando que a gestão de riscos é uma exigência para um efetivo Programa de Integridade no contexto da aplicação da Lei nº12.846/2013 (art. 41, parágrafo único e art. 42, inciso V, do Decreto nº 8.420/2015), conclui-se que este quesito da ISO 19600:2014 foi contemplado pela legislação brasileira.

b) Comprometimento da Alta Administração

Tamanha a sua importância, o comprometimento da Alta Administração é um quesito constantemente apontado por manuais e cartilhas que abordam Programas de Integridade e, obviamente, também é abordado na ISO 19600 (item 5). Este comprometimento, em síntese, consiste em apoio claro e inequívoco da Alta Administração.¹³

Este apoio claro e inequívoco pode parecer uma diretriz genérica e abstrata e, portanto, difícil de ser mensurado na prática. Por esse motivo, a norma ISO 16900

¹² Segundo a norma técnica internacional ISO 31000:2018, o processo de gestão de riscos inclui as seguintes fases: (i) comunicação e consulta, para compreender quais são os riscos inerentes a cada etapa ou área; (ii) definição do alcance, contexto e critérios da gestão de riscos; (iii) avaliação dos riscos, que compreende a identificação, análise e valoração do risco; (iv) tratamento ou abordagem dos riscos; (v) monitoramento e revisão; (vi) registro e reporte.

¹³ Os órgãos e pessoas que compõem a Alta Administração variam de acordo com a forma societária adotada e o modelo de governança estabelecido, mas este termo geralmente se refere ao Conselho de Administração.

subdivide este quesito em três: (i) liderança e comprometimento; (ii) política de *compliance*; e (iii) papéis, responsabilidades e autoridades organizacionais.

A liderança e comprometimento (item 5.1) consiste em deveres relacionados à gestão do sistema de *compliance* que apenas a Alta Administração tem competência para cumprir, como, por exemplo, assegurar que as metas estejam de acordo com esses valores e assegurar a disponibilidade de recursos para o sistema de gestão de *compliance*. É neste sentido que o inciso I do art. 42 do Decreto nº 8.420/2015 deve ser compreendido, na medida em que ele estabelece ser imprescindível o *comprometimento da alta direção da pessoa jurídica, incluídos os conselhos, evidenciado pelo apoio visível e inequívoco ao programa*. O art. 42 traz ainda outra exigência que, à luz da ISO 19600, consiste em demonstrações de comprometimento da alta direção: a garantia de monitoramento e melhoria contínua do sistema (inciso XV).

A política de *compliance* (5.2), por sua vez, consiste num documento ou conjunto de documentos que expressem padrões de conduta e as respectivas consequências do não cumprimento, entre outras especificações que dependem do porte da organização, tais como a definição do grau em que a política de *compliance* será incorporada nas demais políticas operacionais.

Quanto à política de *compliance*, o art. 42 do Decreto nº 8.420/2015 a contemplou nos incisos II e X, especificando que devem ser estabelecidos padrões de conduta, código de ética, políticas e procedimentos de integridade (inciso II), e que deverão ser previstas medidas disciplinares para os casos de violação das diretrizes fixadas (inciso X). Ademais, o Decreto foi além ao estabelecer especificamente o que os padrões de conduta os procedimentos deveriam contemplar, como padrões de condutas aplicáveis a terceiros (inciso III), procedimentos específicos para evitar fraudes em licitações e ao longo da execução de contratos administrativos (inciso VIII), procedimentos que assegurem a pronta interrupção de irregularidades e a tempestiva remediação (inciso XII), bem como procedimentos de verificação (ou procedimentos de *due diligence*) de terceiros (inciso XIII) e de pessoas jurídicas envolvidas em processos de fusões, aquisições e reestruturações societárias (inciso XIV).

Por fim, quanto aos papéis, responsabilidades e autoridades organizacionais (item 5.3 da ISO 19600), a norma técnica estabelece que para um sistema de gestão de *compliance* – ou um Programa de Integridade – ser efetivo, devem ser atribuídas de forma clara as responsabilidades de *compliance* a todas as autoridades e níveis da organização, especialmente a Alta Administração, as Direções, bem como a área específica do *compliance* ou a pessoa especificamente responsável pela gestão do sistema de *compliance* – o *Compliance Officer*.

A norma ISO 19600:2014 se refere ao *Compliance Officer* com a nomenclatura *função de compliance*, cuja definição, segundo os termos e definições estabelecidos na norma é pessoa com responsabilidade de gestão de *compliance*. Segundo a norma, um dos deveres de liderança da Alta Administração consiste em assegurar que as responsabilidades e autoridades dos papéis pertinentes sejam atribuídas e comunicadas dentro da organização, especialmente da pessoa ou órgão responsável pela gestão de *compliance*.

As funções do *Compliance Officer* não estão definidas em leis, e é conveniente que não estejam, tendo em vista que devem variar de acordo com as características e necessidades da empresa em que atuam. De outra banda, é desejável que outras fontes

apontem quais são as funções adequadas ao papel deste profissional, como fez a ISO 19600:2014 (item 5.3.2).¹⁴

O *Compliance Officer* não é um fiscal ou policial da organização, mas sim um agente promotor e um gestor de integridade da organização. Ele supervisiona o canal de denúncias, acompanha investigações, elabora relatórios e é responsável pela gestão do programa de *compliance*, incluindo os treinamentos relacionados ao tema. Ele promoverá a gestão do programa porque não será o único ator envolvido, mas sim aquele que dirige as atividades pertinentes ao tema.¹⁵ Gestão, por sua vez, é a atividade de organizar, coordenar e controlar os recursos pessoais, materiais e financeiros de uma instituição com a finalidade de alcançar um objetivo pré-estabelecido.¹⁶

O Decreto nº 8.420/2015 não dispôs sobre a obrigatoriedade de definições de papéis e responsabilidades em todos os níveis da organização, mas este aspecto pode ser compreendido no quesito que avalia o comprometimento da Alta Administração. Quanto à atribuição de responsabilidades a um pessoa ou instância específica, o inciso IX do art. 42 dispôs que deve ser assegurada a *independência, estrutura e autoridade da instância interna responsável pela aplicação do programa de integridade e fiscalização de seu cumprimento*. Neste último aspecto o Decreto foi além, de forma positiva, do estabelecido pela ISO 19600, que não dispôs sobre a obrigatoriedade desta instância.

Considerando as três facetas do comprometimento da Alta Administração apresentadas acima, e considerando que o Decreto nº 8.420/2015 contém disposições que satisfazem todas as diretrizes da norma técnica, esta diretriz da ISO 19600:2014 foi contemplado pela legislação brasileira.

c) Planejamento do sistema de gestão de compliance ou do Programa de Integridade

A ISO 19600:2014 aborda, em seu ponto 6, a importância do planejamento para o a efetividade do sistema de gestão de *compliance*. Inobstante haja um item específico para abordar este tema, a norma repete sob outro viés diretrizes que já foram estabelecidas em outros tópicos. O primeiro aspecto item, por exemplo, é sobre a abordagem dos riscos de *compliance*, assunto já mencionado no tópico 'a' do presente artigo; já o segundo item consiste em dever de planejamento, que igualmente já foi mencionado (tópico 'b'). A partir dessas considerações, conclui-se, portanto, que o aspecto do planejamento foi contemplado pelas disposições do Decreto nº 8.420/2015.

d) Apoio e fornecimento de recursos

Segundo a norma ISO 19600, a organização deve fornecer todos os recursos necessários para o estabelecimento, desenvolvimento, implementação, avaliação e melhoria

¹⁴ A norma lista inúmeras obrigações cuja atribuição ao responsável pela *função de compliance* é conveniente, mas consigna que as responsabilidades irão variar de acordo com inúmeros fatores, tais como natureza e porte da organização.

¹⁵ COIMBRA, Marcelo de Aguiar; BINDER, Vanessa Alessi Manzi (Org.). *Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 47-48.

¹⁶ FORIGO, Camila Rodrigues. *A figura do Compliance Officer no Direito Brasileiro: funções e responsabilização penal*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017, p.87-88.

contínua do sistema de gestão de *compliance* ou do Programa de Integridade (item 7). Entre os recursos necessários, o principal deles e que é abordado em primeiro lugar, é o de fornecimento de treinamentos periódicos e avaliação de competências.

Este aspecto foi contemplado pelo inciso V do art. 42 do Decreto nº 8.420/2015, que estabeleceu como um quesito para a efetividade dos Programas de Integridade os treinamentos contínuos sobre o seu conteúdo. A regulamentação não abordou, entretanto, a questão da avaliação de competências necessárias aos atores envolvidos na gestão do Programa. Inobstante esta lacuna, o aspecto das competências pode ser abrangido pelo estabelecimento de treinamentos periódicos que versarão sobre os pontos mais relevantes do Programa de Integridade e serão ministrados às pessoas que necessitam de competência e capacitação para geri-lo.

Além de dispor sobre as competências e a importância de treinamentos periódicos para o Programa de Integridade, a norma também elenca nesta diretriz a importância de disponibilização de recursos, comunicação sobre o Programa e conscientização das partes envolvidas. Considerando que este aspecto foi abordado no tópico referente ao comprometimento da Alta Administração, conclui-se que o mesmo foi contemplado pelo Decreto nº 8.420/2015.

e) Controles operacionais

Para que o Programa de Integridade seja efetivo e suas disposições não tenham uma finalidade meramente retórica, é necessário que cada organização, de acordo com suas especificidades, implemente controles sobre os processos operacionais mais sensíveis. Neste sentido, a norma ISO 19600 estabelece que a organização deve implantar e controlar os processos necessários para atender às suas obrigações de integridade (item 8).

Considerando o escopo temático da Lei nº 12.846/2013, o Decreto nº 8.420 estabeleceu que os controles e procedimentos pertinentes são aqueles relacionados ao controle interno contábil (incisos VI e VII), além de, conforme já destacado acima, determinar a criação de procedimentos específicos para evitar fraudes e ilícitos em processos licitatórios ou execução de contratos administrativos (inciso VIII). Este quesito, portanto, também foi contemplado pela legislação brasileira.

f) Avaliação de desempenho e melhoria contínua

A avaliação de desempenho consiste no monitoramento do Programa de Integridade, com a finalidade de analisá-lo criticamente. Trata-se de etapa ou processo imprescindível à melhoria contínua, já que esta depende de uma avaliação acerca dos resultados obtidos em relação aos resultados que ainda se pretende atingir, através dos meios mais adequados e eficientes. É através de avaliação de desempenho e da melhoria contínua que é garantida a própria subsistência do Programa de Integridade, cuja efetividade depende de uma forte e fiel aderência à realidade da organização.

Considerando a importância desses processos, a ISO 19600:2014 estabeleceu diretrizes de avaliação de desempenho (item 9) e de melhoria (item 10), especificando e exemplificando possíveis procedimentos a serem adotados. Sobre essas diretrizes, o Decreto nº 8.420 estabeleceu que um dos parâmetros avaliados é a *existência de monitoramento contínuo do programa de integridade visando seu aperfeiçoamento na prevenção,*

detecção e combate à ocorrência dos atos lesivos previstos no art. 5º da Lei nº 12.846, de 2013. Constata-se, portanto, que a legislação contemplou também estes dois aspectos abordados acima.

4 Conclusões

Considerando o comparativo das principais diretrizes da norma técnica internacional ISO 19600:2014 com as disposições dos incisos do art. 42 do Decreto nº 8.420/2015, conclui-se que a regulamentação feita na referida norma contemplou de forma satisfativa os quesitos mais importantes de um Programa de Integridade ou de um sistema de gestão de *compliance*.

A maior preocupação quanto à efetividade do combate à corrupção através de Programas de Integridade não é, portanto, acerca das diretrizes gerais previstas na legislação, mas sim a forma como esses instrumentos são especificamente construídos e elaborados de acordo com a especificidade de cada organização.¹⁷

Não por acaso o Decreto nº 8.420/2015 estabeleceu em seu §1º do art. 42 que na avaliação dos parâmetros arrolados serão consideradas as especificidades da pessoa jurídica, tais como: (i) a quantidade de funcionários, empregados e colaboradores; (ii) a complexidade da hierarquia interna e a quantidade de departamentos, diretorias ou setores; (iii) a utilização de agentes intermediários como consultores ou representantes comerciais; (iv) o setor do mercado em que atua; (v) os países em que atua, direta ou indiretamente; (vi) o grau de interação com o setor público e a importância de autorizações, licenças e permissões governamentais em suas operações; (vii) a quantidade e a localização das pessoas jurídicas que integram o grupo econômico; e (viii) o fato de ser qualificada como microempresa ou empresa de pequeno porte.

É possível, portanto, concluir pelo êxito das disposições do Decreto nº 8.420/2015 ao arrolar os principais quesitos de um Programa de Integridade, com a ressalta e alerta de que não basta projetarmos o texto do decreto nas instituições (públicas e privadas), se não o fizermos de forma comprometida, específica e personalizada para que esses instrumentos sejam realmente efetivos e não mera “folha de papel” à disposição do acaso.

Referências

ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE NORMAS TÉCNICAS. ISO 19600:2014. Sistema de Gestão de *compliance* – Diretrizes. Rio de Janeiro. 2014.

BRASIL. Decreto nº 5.687/2006. Convenção das Nações Unidas contra a Corrupção. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2004-2006/2006/decreto/d5687.htm>.

BRASIL. Decreto nº 8.420, de 18 de março de 2015. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/CCIVil_03/_Ato2015-2018/2015/Decreto/D8420.htm>.

BRASIL. Lei nº 12.846, de 1º de agosto de 2013. Disponível em: <http://www.planalto.gov.br/ccivil_03/_ato2011-2014/2013/lei/l12846.htm>.

¹⁷ Acerca da preocupação sobre Programas de Integridade padronizados, conferir: CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Compliance: repensando o óbvio para não cair no senso comum*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-14/rodrigo-pironti-repensando-obvio-compliance?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em: 20 jul. 2018.

BRITTO, Cezar. Corrupção e Estado Democrático de Direito. In: PIRES, Luiz Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 37-46.

CASSAGNE, Juan Carlos. *Fragmentos de Derecho administrativo*. Buenos Aires, Hammurabi, 2003.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de. *Compliance: repensando o óbvio para não cair no senso comum*. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2018-jul-14/rodrigo-pironti-repensando-obvio-compliance?utm_source=dlvr.it&utm_medium=facebook>. Acesso em: 20 jul. 2018.

COIMBRA, Marcelo de Aguiar; BINDER, Vanessa Alessi Manzi (Org.). *Manual de Compliance: preservando a boa governança e a integridade das organizações*. São Paulo: Atlas, 2010, p. 47-48.

FORIGO, Camila Rodrigues. *A figura do Compliance Officer no Direito Brasileiro: funções e responsabilização penal*. Rio de Janeiro: Multifoco, 2017, p.87-88.

GABARDO, Emerson; CASTELLA, Gabriel Morettini e. A nova lei anticorrupção e a importância do compliance para as empresas que se relacionam com a administração pública. *A&C – Revista de Direito Administrativo & Constitucional*, Belo Horizonte, ano 15, n. 60, p. 129-147, abr./jun. 2015.

GUIMARÃES, Fernando Vernalha; REQUI, Érica Miranda dos Santos. Exigência de Programa de Integridade nas Licitações. In: PAULA, Marco Aurélio Borges de; CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de (Org.). *Compliance, Gestão de Riscos e Combate à Corrupção*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. Cap. 10. p. 205-2015.

NUNES, Antônio Carlos Ozório. Corrupção: o combate através da prevenção. In: PIRES, Luiz Manuel Fonseca; ZOCKUN, Maurício; ADRI, Renata Porto. *Corrupção, Ética e Moralidade Administrativa*. Belo Horizonte: Fórum, 2008, p. 22.

SAID, José Luis. Corrupción administrativa, democracia y derechos humanos. In: *Revista de Direito administrativo e Constitucional*. Belo Horizonte: Fórum, ano 13, n. 51, jan/mar 2013, p. 23.

ZOCKUN, Maurício. Comentários ao art. 1º. In: DI PIETRO, Maria Sylvia Zanella; MARRARA, Thiago (Org.). *Lei Anticorrupção Comentada*. Belo Horizonte: Fórum, 2017, p. 16.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de; FÁCIO, Rafaella Nátaly. Cinco anos da lei anticorrupção brasileira: erros e acertos no combate preventivo à corrupção. In: GALLO, William Iván et al. (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 295-305. ISBN 978-85-450-0569-8.

ORGANISMOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS EN AMÉRICA LATINA, REDISEÑO Y DEMOCRACIA

ISSAC ROBERTO MARTÍNEZ BARRAZA

1 Introducción

La historia de América Latina, ha estado llena de brillo y color, diversidad y multiculturalidad, de propuestas filosóficas que enriquecen a la humanidad, pero también ha estado plagada de luchas internas y externas por imponer o construir un determinado modelo económico y de Estado, entre posturas ideológicas neoliberales y progresistas o nacionalistas que repuntan y se agudizan en diversas naciones desde los últimas décadas, pugnas que se expresan en coyunturas que impactan a las sociedades y ciudadanos de formas profundas y diversas, que conjugadas con vicios de sus sistemas políticos como pobreza, desigualdad, violencia o corrupción, con explotación excesiva de sus recursos naturales, fenómenos naturales, debilitamiento de independencia y soberanía; han generado cierta inestabilidad política y la imperiosa necesidad de un control efectivo del poder, un ejercicio del poder democrático y apegado a los derechos fundamentales.

Es entonces que, en estos contextos de inestabilidad y necesidad de consolidación del Estado Constitucional y la democracia, el tópico capital de los Organismos Constitucionales Autónomos toma magna relevancia para las ciencias sociales, el Derecho y la administración pública, como un elemento enmarcado en el principio constitucional de la división de poderes, importante en el diseño del Estado y la Administración, que presenta una diversidad de retos e interrogantes, que solo desde un análisis marcado por el rigor y la reflexión crítica y propositiva, que aspire hacia la interdisciplinariedad, se podrá avanzar en la academia y en la región hacia nuevos horizontes, por lo que el presente texto busca ser una aproximación inicial hacia esa travesía, revisando de forma sucinta algunas expresiones constitucionales latinoamericanas de los Organismos Constitucionales Autónomos y centrándose particularmente el caso mexicano, desarrollándose conforme a los siguientes objetivos:

Objetivo general: Demostrar desde el caso federal mexicano, la necesidad de replantear el diseño institucional de los Organismos Constitucionales Autónomos

para forjar una mayor independencia frente a otros poderes, mediante la reforma de características normativas y la inclusión medios de deliberación y participación ciudadana en la designación y conformación de éstos poderes.

Objetivos Específicos: Demostrar la necesidad de una regulación constitucional clara que dé certeza de las facultades, límites y relaciones con otros poderes de los Organismos Constitucionales Autónomos; Comparar rasgos estructurales de la regulación de determinados Organismos Constitucionales Autónomos latinoamericanos; Analizar los niveles de autonomía de un Organismo Constitucional Autónomo mexicano que enriquezca la experiencia latinoamericana; Reflexionar sobre la necesidad de combatir los vicios del sistema político, de la mano de la construcción y avance de una democracia participativa, como elementos adicionales al rediseño de los organismos constitucionales autónomos.

2 La división de poderes y los Organismos Constitucionales Autónomos

Existen pocos principios tan relevantes para el constitucionalismo y la ciencia política como el de la división de poderes,¹ un principio con raíces históricas profundas y diversas, delineado en el siglo XVII por J. Locke y enriquecido con mayor claridad en el siglo XVIII por Montesquieu, quien sosteniendo la existencia de una *“experiencia eterna que todo hombre investido de autoridad abusa de ella”*,² buscaba se frenara al poder por el mismo poder, ya que el hombre al tender a abusar del poder, solo encontraría límites a sus excesos en otros hombres con poder y por lo tanto a fin de proteger las libertades, el poder del Estado se debe manifestar en 3 entes o funciones que no sean monopolizados por una persona.

Dicho principio ha sido enriquecido y debatido desde distintos planteamientos filosóficos, encontrando un papel protagónico en la evolución del constitucionalismo mundial, con presencia desde la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano en Francia de 1789, en la Constitución de Estados Unidos de 1787 o en México en la Constitución de Apatzingán de 1814, apareciendo desde ese entonces en el Estado mexicano *“en todos los documentos constitucionales posteriores a la Independencia, aunque con cambios en la estructura y funciones de los diversos órganos”*,³ hasta los planteamientos teóricos más avanzados y modernos con respaldo mundial como el Estado Constitucional.

Es entonces que el paradigma de la división de poderes y su materialización clásica en la función legislativa, ejecutiva y judicial, ha pasado por transformaciones impuestas por las dinámicas y cambios de la realidad, flexibilizándose pero conservando su esencia al buscar *“evitar la concentración de poder en manos de pocos centros dominantes”*,⁴ dando apertura a la creación de nuevos entes conocidos como Organismos Constitucionales Autónomos, que como los 3 poderes clásicos, participen en la ejecución de las funciones

¹ Haremos referencia a ese término de esa manera, ya que ante las características del presente trabajo no entraremos al debate sobre el término más adecuado para denominar ese concepto entre separación de poderes, división de poderes o separación de funciones.

² MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. 17. ed. México: Porrúa, 2007, p. 114

³ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *La división de poderes*: Serie grandes temas del Constitucionalismo Mexicano. Tomo 2, México: SCJN, 2011, p. 29.

⁴ CÁRDENAS, Jaime. *Una constitución para la democracia*: Propuestas para un nuevo orden constitucional. 2. ed. México: UNAM, 2012, p. 243.

estatales; dichos organismos, parten de un sustento filosófico con raíces que datan del siglo XIX, siendo tomada la idea “de Jellinek que en su *Sistema de los Derechos Públicos subjetivos y en su Teoría General del Estado hay una teoría de los órganos constitucionales. Santi Romano, en su obra Noción y naturaleza de los órganos constitucionales de 1898, y en su curso de derecho constitucional los distinguirá de los órganos administrativos*”.⁵

De esa manera, conforme los cambios políticos, económicos y jurídicos que viven las sociedades, comenzaron a florecer dichos organismos en Europa, desde la mitad del siglo XX, con la creación de tribunales constitucionales inicialmente en Italia, Alemania y posteriormente en España, estos organismos configurados en el sistema jurídico legislativamente, fueron enriquecidos por aportaciones de la academia y jurisprudencia, formándose elementos medulares definitorios y delineadores de sus características en el orden constitucional y la administración.

Así encontramos a finales del siglo XX el trabajo de Manuel García Pelayo, como uno de los trazos teóricos más importantes en la definición y caracterización de dichos entes, quien sostiene se caracterizan por:

- A) Inmediatez. Son configurados y establecidos directamente por la Constitución.
- B) Esencialidad. Son fundamentales para el Estado Constitucional de Derecho.
- C) Dirección Política. Participan de modo decisivo en el proceso de toma de decisiones del Estado.
- D) Paridad de rango. Tienen relaciones de coordinación y no de subordinación con los otros órganos del Estado.⁶
- E) Autonomía. Es su principal característica ya que, y por lo general hace referencia a la posibilidad de disponer de sus recursos, y adoptar sus decisiones sin intervención de otra autoridad.⁷

Tenemos que entender que García-Pelayo, define las características de los organismos constitucionales autónomos desde una visión del tribunal constitucional español, aportando enormemente al entendimiento del fenómeno, pero “de ninguna manera podemos trasladar mecánicamente ese enfoque diseñado para entender la naturaleza de los tribunales constitucionales en la Europa de hace tres décadas, al análisis de los organismos autónomos contemporáneos de América Latina”⁸

En ese tenor, Jaime Cárdenas define que deben cumplir con los siguientes principios:

1. Autonomía o independencia no exclusivamente funcional sino también financiera. 2. Otro principio apunta a la integración de los órganos constitucionales autónomos y al estatuto de sus titulares. 3. Apoliticidad. 4. Inmidades. 5. Responsabilidades. 6. Transparencia, 7. Intangibilidad, 8. Funcionamiento interno apegado al Estado de Derecho.⁹

⁵ *Ibid.*, p. 246.

⁶ GARCÍA, Manuel. *El status del tribunal constitucional*. Madrid: Revista Española de Derecho Constitucional, volumen 1, n. 1, 1981, p. 13-23.

⁷ GARCÍA, Manuel. *Las transformaciones del Estado contemporáneo*. En: CÁRDENAS, Jaime, *op cit.*, pp. 121-148

⁸ ACKERMAN, John. *Autonomía y constitución: el nuevo estado democrático*. México: IJ UNAM, 2016, p. 21.

⁹ CÁRDENAS, Jaime. *Una constitución para la democracia: Propuestas para un nuevo orden constitucional*. 2. ed. México: UNAM, 2012, p. 251-252.

Por otro lado, Jorge Carpizo, menciona las siguientes características:

1) Estar establecidos en la constitución, la que debe señalar los principios básicos de su organización y sus facultades más importantes; 2) Realizar funciones públicas que correspondan al Estado y que tienen por prioridad el interés público; 3) No depender políticamente de ninguno de los tres poderes, con los cuales guardan una relación de coordinación no de subordinación; 4) Gozar de autonomía técnica y funcional, su presupuesto debe estar asegurado y ser suficiente para el cumplimiento de sus atribuciones; 5) Sus titulares son responsables y los órganos constitucionales autónomos deben rendir cuentas; 6) Realizar labores técnicas altamente especializadas; 7) Su actuación debe estar alejada de consideraciones políticas o partidistas; 8) Sus actos deben estar regidos por los principios de legalidad, imparcialidad e igualdad de todos ante la ley; 9) Sus titulares deben gozar de garantías para asegurarles autonomía técnica, tales como estabilidad en el encargo, remuneración adecuada y responsabilidad; 10) Sus decisiones están sujetas al control de constitucionalidad; e 11) Intangibilidad, si los órganos constitucionales autónomos fuesen suprimidos se lesionaría gravemente al Estado democrático de derecho.¹⁰

Es un tema frente al que se han esgrimido diversidad de planteamientos en los últimos años por determinados académicos, que aunque no ha sido atendido suficientemente por la academia en general, y no ha encontrado consensos suficientes, ni el forjamiento de una teoría que dé respuesta a temas como características de los organismos, las relaciones entre ellos y los poderes clásicos, el lugar que ocupan en la división de poderes, en la administración pública, su integración, si deben existir o no relaciones de representación política o espacios de participación ciudadana, o incluso si se deben denominar organismos u órganos, siguen siendo figuras de alta relevancia para el Estado constitucional y la democracia, ya que con un diseño y gestión adecuadas, pueden controlar el ejercicio del poder, transparentar, democratizar, lograr el cumplimiento de los fines del Estado de forma especializada, persiguiendo que funciones fundamentales del Estado sean cooptadas o intervenidas por intereses coyunturales o de grupos de presión ajenos a los mandatos constitucionales, ¿Pero los ocas pueden ser cooptados por otros intereses?

3 Rasgos de los Organismos Constitucionales Autónomos en Latinoamérica y México

La presencia de organismos autónomos, se ha multiplicado a nivel mundial, hoy existen 81 países con *“un total de 248 organismos especializados con cierto grado de autonomía reconocida a nivel constitucional”*,¹¹ sin embargo, podemos diferenciar los organismos constitucionales autónomos de Europa frente a los de Latinoamérica, porque los primeros, surgen de los *“Tribunales o Cortes Constitucionales, de los tribunales especializados y después de los Bancos Centrales, mientras que en América Latina, la necesidad de órganos*

¹⁰ CARPIZO, Jorge. En: CÁRDENAS, Jaime. Órganos autónomos y elección ciudadana de sus titulares. En: 25 AÑOS DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: BALACES E IMPACTOS EN LA SOCIEDAD. 2014, Quito: Corte Constitucional del Ecuador.

¹¹ ACKERMAN, John, *op cit.*, p. 50.

constitucionales autónomos nace de la enorme debilidad del Estado Latinoamericano”,¹² así la construcción de órganos de tipo electoral, es un fenómeno de los procesos de transición la democracia de América Latina de finales del siglo XX, frente a los regímenes autoritarios y militares de décadas pasadas, con los que se buscaron transformaciones en los sistemas electorales y democráticos, que entre otras manifestaciones crearon entes que organizaran las elecciones, desligados del poder ejecutivo, otro elemento característico es la existencia de una tendencia más intensa por crear nuevos organismos.

Entonces podríamos decir que son las necesidades tanto de la región y las propias diferencias locales entre países latinoamericanos, como condiciones distintas a las de Europa, las que generan la necesidad de crear nuevos organismos, con objetivos particulares, como el caso mexicano del INEGI, encargado de la generación y recopilación de información y estadística a nivel nacional, como caso particular con autonomía no usual en otros países, generando nuevas lecciones y reflexiones en la academia.

3.1 Rasgos elementales de los organismos constitucionales autónomos en América Latina (México, Ecuador, Venezuela, Bolivia y Colombia)

En América Latina, el principio de la división de poderes tiene una presencia indiscutida, México no es la excepción, sin embargo, la regulación de los organismos constitucionales autónomos con relación a los poderes clásicos tiene características peculiares, se encuentra regulado en el Título Tercero, que se subdivide en 3 capítulos, el 1ero hace referencia a la división de poderes, el 2do al poder legislativo, el 3ero al poder ejecutivo y el 4to al poder judicial, es entonces que el mencionado principio al encontrarse delineado en el capítulo 1ero, su único artículo, el 49 lo delinea de la siguiente manera:

Artículo 49.- El Supremo Poder de la Federación se divide para su ejercicio en Legislativo, Ejecutivo y Judicial.

No podrán reunirse dos o más de estos Poderes en una sola persona o corporación, ni depositarse el Legislativo en un individuo, salvo en el caso de facultades extraordinarias al Ejecutivo de la Unión, conforme a lo dispuesto en el artículo 29. En ningún otro caso, salvo lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 131, se otorgarán facultades extraordinarias para legislar.

Por su parte, los 10 organismos constitucionales autónomos del Estado mexicano, se encuentran dispersos en diferentes apartados de la constitución como se mostrará próximamente y son creados por una determinada ley que en conjunto con la carta magna delinea sus características, a diferencia de los 3 poderes clásicos que cuentan con apartados específicos y una regulación más detallada.

Por otro lado, en la Constitución Política de la República de Ecuador de 2008, la regulación del poder del Estado, se delinea en el título IV, titulado “Participación y Organización del Poder”, apartado dividido en 6 capítulos:

¹² CÁRDENAS, Jaime. Órganos autónomos y elección ciudadana de sus titulares. *op cit.*

- El 1ero titulado “Participación en Democracia” (arts. 95-117);
- El 2do titulado “Función Legislativa” (arts.118-140) regulando el poder legislativo;
- El 3er capítulo titulado “Función Ejecutiva” (arts.141-166) regulando el poder ejecutivo;
- El 4to titulado “Función Judicial y Justicia Indígena” (arts.167-203) haciendo referencia al poder judicial con esta nueva denominación;
- El 5to titulado “Función de Transparencia y Control Social” (arts.204-216) donde se crea un cuarto poder estatal, el cual:

“promoverá e impulsará el control de las entidades y organismos del sector público, y de las personas naturales o jurídicas del sector privado que presten servicios o desarrollen actividades de interés público, para que los realicen con responsabilidad, transparencia y equidad; fomentará e incentivará la participación ciudadana; protegerá el ejercicio y cumplimiento de los derechos; y prevendrá y combatirá la corrupción.”¹³

Esta función se compone por 4 organismos, el Consejo de Participación Ciudadana y Control Social, la Contraloría General del Estado, las Superintendencias, y la Defensoría del Pueblo que “*tendrán personalidad jurídica y autonomía administrativa, financiera, presupuestaria y organizativa*”.¹⁴

• El 6to titulado “Función Electoral”, (arts.217-224), como un 5to poder del Estado, que “*garantizará el ejercicio de los derechos políticos que se expresan a través del sufragio, así como los referentes a la organización política de la ciudadanía*.”¹⁵

Este poder o función, estará compuesto por el Consejo Nacional Electoral y el Tribunal Contencioso Electoral, con “*jurisdicción nacional, autonomías administrativa, financiera y organizativa, y personalidad jurídica propia. Se regirán por principios de autonomía, independencia, publicidad, transparencia, equidad, interculturalidad, paridad de género, celeridad y probidad*.”¹⁶

• El 7tmo titulado “Administración pública” (arts. 225-237), en que las dependencias de la función ejecutiva, legislativa, judicial, electoral y de transparencia y control social comprenden el sector público.

Venezuela es un Estado que en el marco cambios y transformaciones trascendentes ha anunciado el proyecto de creación de una nueva constitución,¹⁷ sin embargo, en la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela de 1999, aún vigente, encontramos una regulación enriquecedora que también invita al debate, ya que además de los 3 poderes clásicos, se crea un 4to poder, el “Poder Ciudadano”, que incluye la Defensoría del pueblo, el Ministerio Público, y la Contraloría General de la República estableciéndose en ese poder, el Consejo Moral Republicano, como órgano de coordinación de los entes

¹³ Artículo 204. *Constitución Política de la República de Ecuador*. Disponible en: <<http://aceproject.org/ero-en/regions/americas/EC/constitucion/ecuador-constitucion-politica-de-la-republica-del/view>>

¹⁴ *Ibid.*

¹⁵ Artículo 217. *Constitución Política de la República de Ecuador*. Disponible en: <<http://aceproject.org/ero-en/regions/americas/EC/constitucion/ecuador-constitucion-politica-de-la-republica-del/view>>

¹⁶ *Ibid.*

¹⁷ CNN Español. *Nueva constitución de Venezuela se aprobará con referendo, dice la Asamblea Nacional Constituyente*. Disponible en: <<https://cnnespanol.cnn.com/2017/08/25/nueva-constitucion-de-venezuela-se-aprobara-con-referendo-dice-la-asamblea-nacional-constituyente/>>

mencionados, y se crea un 5to poder, llamado “Poder electoral”, el que organiza las elecciones y los procesos de participación institucional.

También es importante revisar el caso de la Constitución Política de Bolivia del año 2008, que en el título V de su carta magna, titulado “funciones de control, de defensa de la sociedad y de defensa del Estado”, en que se regulan diferentes figuras relevantes: la Contraloría General del Estado, la Defensoría del Pueblo, el Ministerio Público, la Procuraduría General del Estado, los Servicios Públicos, dice Ackerman haciendo referencia al tópico de la rendición de cuentas y a los poderes del estado, que no se genera un nuevo poder, “*no existe ningún mecanismo de coordinación o liderazgo centralizado entre los varios elementos de este apartado [...] se mezclan organismos, con procesos y mecanismos de consulta y decisión ciudadana*”.¹⁸

Así siguiendo su idea, los niveles de autonomía cambian según el organismo, por ejemplo, el procurador general del Estado de Bolivia es nombrado directamente por el presidente.

Por su parte, la Constitución Política de Colombia, en el título V, denominado “DE LA ORGANIZACIÓN DEL ESTADO”, artículo 113, define como ramas del poder público, la legislativa, la ejecutiva y la judicial, y da apertura a la existencia de otros órganos “*autónomos e independientes, para el cumplimiento de las demás funciones del Estado. Los diferentes órganos del Estado tienen funciones separadas pero colaboran armónicamente para la realización de sus fines*.”¹⁹

Regulando de esa forma en el título VI la rama legislativa, en el VII la ejecutiva, VIII la judicial, y nombrando el título IX “DE LAS ELECCIONES Y DE LA ORGANIZACIÓN ELECTORAL” con el organismo denominado El Consejo Nacional Electoral que “*regulará, inspeccionará, vigilará y controlará toda la actividad electoral de los partidos y movimientos políticos, de los grupos significativos de ciudadanos, de sus representantes legales, directivos y candidatos, garantizando el cumplimiento de los principios y deberes que a ellos corresponden, y gozará de autonomía presupuestal y administrativa*.”²⁰ y el X “DE LOS ORGANISMOS DE CONTROL” en que incluye la Contraloría General de la República, el Ministerio Público y el Defensor del Pueblo.

Es notorio que los entes creados en los títulos IX y X, no son denominados como ramas electorales o la rama de control, por lo que sus legisladores entienden el papel de los órganos con autonomía constitucional de diferente manera al caso de Ecuador y Venezuela que se aproximan a generar nuevos poderes, en estos casos mantiene las 3 ramas o funciones del Estado, pero da apertura a órganos que realizan actividades de forma autónomos e independientes.

4 Caso mexicano

El Estado mexicano, conforme al artículo 39 constitucional dicta que, por voluntad del pueblo, se constituye como una República, representativa, democrática, laica y federal, este Estado, como hemos delineado previamente sigue la tesis de la división

¹⁸ ACKERMAN, John, *op cit.*, p.99.

¹⁹ *Constitución Política de Colombia*. 1991. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>

²⁰ *Ibid.*.

de poderes expresándose a través de las tres funciones clásicas, y dando apertura a organismos constitucionales autónomos dispersos en el ordenamiento constitucional.

Es así que sin ahondar en el debate de si los organismos constitucionales autónomos pueden entrar o no en la administración pública por las características del presente trabajo, queda claro que la administración pública, que históricamente se ha considerado recae en el Poder ejecutivo, y que a través de sus secretarías y las figuras jurídicas de Centralización, Desconcentración y Descentralización administrativa, que crean órganos que con diferentes niveles de autonomía y subordinación realizan actividades de ese poder, ha sufrido cambios importantes, y entre esos cambios relevantes, encontramos un poder ejecutivo y un presidencialismo que se ha limitado y diluido por las transformaciones del sistema económico impuesto²¹ y por la creación de organismos que absorben competencias de los poderes clásicos, en determinadas materias, como la función de la Banca Central, la Protección de los Derechos Humanos o incluso la función Electoral.

México ha sido parte de la tendencia de creación de nuevos organismos constitucionales autónomos, como resultado de presiones externas y de los vicios de su sistema político, ante ello se han configurado los siguientes 10 entes con las siguientes peculiaridades:

(continúa)

Organismo	Función	Regulación Constitucional	Secretaría u órgano previo de pertenencia	Año
1. Banco de México	Procurar la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda nacional.	Art. 28	Secretaría de Hacienda y Crédito Público	1993
2. Instituto Nacional Electoral (INE)	Organización de las elecciones federales	Art.41 fracción V, Apartado A	Secretaría de Gobernación	1999
3. Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH)	Protección de los Derechos humanos, conocerá de quejas en contra de actos u omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público, excepto el poder judicial.	Art. 102, Apartado B	Secretaría de Gobernación	1999
4. Instituto Nacional de para la Evaluación de la Educación	Garantizar la prestación de servicios educativos de calidad, evaluando la calidad, el desempeño y los resultados del sistema educativo nacional en la educación preescolar, primaria, secundaria y media superior.	Art. 3, Fracción IX	Secretaría de la Educación Pública	2002

²¹ Para más información sobre las transformaciones del sistema económico en México, revisar libro México la disputa por la nación de Rolando Cordera y Carlos Tello, editorial siglo XXI.

(conclusão)

Organismo	Función	Regulación Constitucional	Secretaría u órgano previo de partencia	Año
5. Instituto Nacional de Geografía y Estadística	Ser un sistema nacional de información, estadística y geográfica, cuyos datos sean considerados oficiales, con las facultades necesarias para regular la captación, procesamiento y publicación de la información que se genere y proveer a su observancia.	Art. 26, Apartado B	Secretaría de Programación y Presupuesto	2006
6. Comisión Federal de Competencia Económica	Garantizar la libre competencia y concurrencia, así como prevenir, investigar y combatir los monopolios, las prácticas monopólicas, las concentraciones y demás restricciones al funcionamiento eficiente de los mercados.	Art.28	Secretaría de comercio y fomento industrial	2013
7. Instituto Federal de Telecomunicaciones	Regulación, promoción y supervisión del uso, aprovechamiento y explotación del espectro radioeléctrico, las redes y la prestación de los servicios de radiodifusión y telecomunicaciones.	Art. 28	Secretaría de comunicaciones y transportes	2013
8. Instituto Federal de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales	Responsable de garantizar el cumplimiento del derecho de acceso a la información pública y a la protección de datos personales en posesión de los sujetos obligados.	Art. 6, Apartado A, Fracción VIII	Ninguna secretaría en particular	2014
9. Fiscalía General de la República	La procuración de justicia eficaz y eficiente, apegada a los principios de legalidad, certeza jurídica y respeto a los derechos humanos.	Art. 102, Apartado A	Administración Pública Federal	2014
10. Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social	Medición de la pobreza y de la evaluación de los programas, objetivos, metas y acciones de la política de desarrollo social, así como emitir recomendaciones en los términos que disponga la ley.	Art. 26, Apartado C	Secretaría de Desarrollo Social	2014

Tabla 1 Los Organismos Constitucionales Autónomos en México. Elaboración propia.

4.1. Revisión de La Comisión Nacional de los Derechos Humanos

Después de décadas, de un sistema político autoritario, de partido hegemónico y violaciones a los derechos humanos; los procesos de transición a la democracia, de finales del siglo XX, forjados por movimientos sociales y actores nacionales e internacionales, en proe del respeto a los derechos y libertades, abrieron la puerta a transformaciones sociales, políticas y jurídicas, entre las que destaca la construcción de la CNDH.

Aunque el *Ombudsman* tiene raíces históricas enriquecedoras, la CNDH tiene como antecedente la creación de la Dirección General de Derechos Humanos de la secretaría de gobernación, que un año más tarde el 6 de junio de 1990, mediante un decreto presidencial se convirtió en la comisión nacional de derechos humanos como un Organismo desconcentrado adscrito a la mencionada secretaría, en 1992 a través una reforma se transformó en un organismo descentralizado con personalidad jurídica y patrimonio propio, pero fue hasta el 13 de septiembre de 1999, que con otra reforma constitucional, se constituyó con un nivel de autonomía mucho mayor, pudiendo considerarse como organismo constitucional autónomo, con el nombre de Comisión Nacional de los Derechos Humanos.

El fundamento constitucional se encuentra en el artículo Art. 102, Apartado B constitucional, que en su párrafo 4to se precisa, que “*contará con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios*”²² y en la Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, cuyo artículo 2 delinea lo siguiente:

La Comisión Nacional de los Derechos Humanos es un organismo que cuenta con autonomía de gestión y presupuestaria, personalidad jurídica y patrimonio propios, y tiene por objeto esencial la protección, observancia, promoción, estudio y divulgación de los derechos humanos que ampara el orden jurídico mexicano.²³

Estos artículos citados exhiben peculiaridades que distancian administrativamente a dicha institución de los poderes clásicos, ya que se trazan ciertos niveles de autonomía, sobre lo que brevemente mencionamos para efectos del presente trabajo, desde la perspectiva de Ugalde 5 niveles de autonomía, la autonomía Técnica se refiere a las atribuciones en determinada materia específica asignada de un ente, la Orgánica o Administrativa se refiere a que no forma parte ni depende de otro poder y por lo tanto no está sujeto a subordinación, la Normativa hace alusión a la capacidad de regularse mediante el establecimiento de sus normas internas, la Financiera o Presupuestaria como la facultad de definir, disponer de presupuestos así como poder generar ingresos en y para el desempeño de sus fines y por último, el nivel de autonomía de Funcionamiento, como combinación de las otras autonomías con relación a la capacidad de los entes de realizar sus funciones sin intervenciones o impedimentos²⁴

En ese orden de ideas afirma Socorro Apreza, que “*para que las comisiones nacional y estatales de derechos humanos, garanticen y protejan los derechos humanos es necesaria su*

²² *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México: Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

²³ *Ley de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos*, México: Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de 1992.

²⁴ UGALDE, Filiberto, Órganos constitucionales autónomos, México: Revista de la Judicatura Federal, n 29, 2010.

independencia, objetividad y neutralidad, evitando que los órganos de dirección sean dependientes de los dirigismos gubernamentales”,²⁵ agregando el elemento de la necesidad de avanzar en niveles de independencia y neutralidad para garantizar derechos humanos, lo que se logra siguiendo 4 parámetros (Nombramiento, Periodo de mandato, Incompatibilidades y Financiamiento) ligados a los niveles de autonomía mencionados, por lo que ahondaremos en las siguientes características de la Comisión:

- a) **DESIGNACIÓN.** El presidente de la CNDH y los 10 miembros del Consejo Consultivo que la componen, son elegidos por las 2/3 partes del Senado o por la Comisión Permanente del Congreso de la Unión, Sin la participación del poder ejecutivo.

A nivel de las entidades federativas, Socorro Apreza encuentra 3 formas de designación del titular de los organismos, la 1era El ejecutivo no interviene y los congresos estatales deciden al presidente, exigiéndose distintas mayorías, la 2da El ejecutivo presenta una terna al congreso y este elige al titular, y la 3era donde la propuesta de titular surge de la comisión de derechos humanos local, *“unida con los coordinadores de los grupos parlamentarios y un representante de las demás fuerzas políticas que integran el congreso analizan las propuestas y elaboran un dictamen”*²⁶ seleccionando el congreso por sus 2/3 partes.

Otra propuesta que consideramos relevante se evalúe, ante la crisis de legitimidad de los partidos políticos, el discurso de la existencia de una partidocracia y el concepto de representación que en ocasiones es más formal, es que se generen y se creen mecanismos de participación ciudadana deliberativos con importante influencia en la designación y elección del titular, sin la intervención de partidos políticos a fin de fortalecer la democracia y el Estado Constitucional.

- b) **COMPOSICIÓN Y PERIODO DE MANDATO.** El presidente de la Comisión, lo será también del Consejo Consultativo, dura 5 años en el cargo y podrá ser reelecto una sola vez, los 10 consejeros anualmente serán sustituidos escalonadamente los 2 consejeros de mayor antigüedad, salvo que sean ratificados para un segundo periodo.

Sin embargo, la ratificación en momentos de inestabilidad política o momentos donde se trastoquen intereses de determinados partidos, puede fomentar que el titular de la Comisión sea menos crítico frente a determinados grupo en el poder, fundamentalmente en las temporadas en que el Senado debe decidir su ratificación, disminuyendo la defensa de DDHH en esos pedidos, disminuyendo los niveles de autonomía o independencia en ese tema, por lo que se podría quitar la renovación de un segundo periodo, o se podría mantener, cambiando el órgano que lo ratifica del senado

²⁵ APREZA, Socorro; CARMONA, Jorge Ulises. *Algunos alcances sobre la eficacia de los Derechos fundamentales en México*. México: UNAM, n. 248, 2007. Semestral, p.172.

²⁶ APREZA, Socorro; MEZA, Jorge; TAPIA, Sergio. *Enciclopedia Jurídica de la Facultad de Derecho UNAM: Derechos Humanos*. México: Porrúa, 2017.

a otro poder del Estado por ejemplo a la Cámara de Diputados, cuya duración es de 3 años y existe la posibilidad de que otro grupo político sea mayoría en ese periodo, o que la ratificación se sujete a la ejercicios de deliberación y participación, donde la ciudadanía exprese su opinión de forma informativa, representante un voto, donde la ciudadanía elija su ratificación o termino de gestión mediante referéndums por ejemplo.

Introduciendo el elemento de la participación ciudadana, se puede evitar o diluir la intervención de partidos políticos e intereses coyunturales o de grupo, sin embargo, también se pueden correr otros riesgos que se deben blindar ya que no todos los temas de derechos humanos son temas en que exista un consenso por las mayorías.

c) REQUISITOS E INCOMPATIBILIDADES. Sobre la idoneidad y requisitos de elegibilidad de su titular, a nivel constitucional no se establece un requisito especial, por lo que sería relevante que se tomaran en cuenta como elementos a los que se de preferencia o como requisitos, ser expertos en Derechos Humanos con trayectorias en la defensa de derechos humanos y/o en la academia.

Con respecto a las incompatibilidades, la ley de la comisión nacional de los Derechos Humanos, establece la incompatibilidad con cualquier otro cargo, comisión o empleo.

a. REMOCIÓN. La constitución establece que solo podrá ser removido en los términos del título cuarto de la carta magna, ósea al de las responsabilidades de los servidores públicos vinculados con faltas administrativas graves o corrupción.

b. CONTROL. La constitución establece que el presidente de la Comisión presentará anualmente a los Poderes de la Unión un informe, en las Cámaras del Congreso.

5 Análisis y Conclusiones

•El principio de la división de poderes que da apertura a los Organismos Constitucionales Autónomos, sigue siendo fundamental y medular para el Estado moderno, para un ejercicio del poder democrático, con controles, especializado, y que permita la garantía de los derechos humanos, por lo que debe seguirse estudiando, debatiendo y fortaleciendo para la consolidación del Estado Constitucional y la democracia.

•Los ocas, surgen según las necesidades y condiciones políticas, sociales y económicas concretas de cada nación, y conforme a los principios de soberanía, libre autodeterminación de los pueblos y las instituciones contractualitas, es derecho de cada pueblo decidir y establecer la cantidad de ocas y sus características, como entes creados en beneficio de la sociedad, por lo tanto no hay un número mínimo o máximo de ellos, aunque diversos pensadores proponen la creación de determinados.²⁷

²⁷ Revisar texto: CÁRDENAS, Jaime. *Una constitución para la democracia: Propuestas para un nuevo orden constitucional*. 2. ed. México: UNAM, 2012. 299 p.

• Después de la revisión de casos latinoamericanos y el mexicano, es notorio que en este último a nivel federal no están regulados los ocas con claridad,²⁸ ni explícitamente a nivel de la constitución, no se regula la forma en que se crean, sus características, la relación con otros poderes, las vías de participación ciudadana, los procedimientos de reforma o supresión del sistema jurídico, los niveles de autonomía, etc, así existe una gran diversidad de denominaciones²⁹ de los entes con autonomía constitucional, que no genera la certeza jurídica suficiente sobre el actuar, las competencias y jerarquías entre entes del Estado, limitando la posibilidad de un ejercicio del poder que logre los fines del Estado de forma especializada y efectiva, de esta forma “No solo la cantidad y dispersión de los entes autónomos en la Constitución significan un problema, sino también su nomenclatura, uso disímulo y escasa o nula definición en cuanto a su naturaleza, alcances y distinciones”.³⁰

• Los ocas que se encuentran establecidos inmediatamente por la constitución y dispersos en diferentes apartados, no se hace mención de ellos en el artículo 49 constitucional que da pie al principio de la división de poderes, por lo que al no formar parte del “supremo poder de la federación” desde una perspectiva formal serían inconstitucionales³¹ o existiría una antinomia, por lo que sería fructífero desde la ingeniería constitucional, generar un diseño en que se esquematice y sintetice en una sección, el ejercicio del poder del Estado federal mexicano.

• Hace falta la construcción de una teoría de los organismos constitucionales autónomos y la división de poderes que, de respuesta a las interrogantes planteadas en los puntos anteriores, ya que es quizá a partir de la ausencia de esa teoría y la falta de debates y consensos académicos que den sustento, que han florecido regulaciones ambiguas, contradictorias o limitadas que no permiten explotar el potencial de estos entes y lograr el cumplimiento efectivo de los fines del Estado.

• Por lo tanto, aunque diversos pensadores, varios de ellos aquí citados han aportado fértiles propuestas, estos han sido una minoría y se necesita un trabajo más profundo y serio, en general de sectores mayoritarios de la academia a nivel global, que desde la interdisciplinariedad de las ciencias sociales avance en su rediseño y re entendimiento.

• Es necesario forjar un diseño institucional adecuado, que avance hacia las llamadas condiciones de “independencia y naturalidad”, o en el otro calificativo expuesto, hacia mayores niveles de autonomía Técnica, Orgánica, Normativa, Financiera y de Funcionamiento, frente a los poderes públicos y facticos, con espacios para la ciudadanía como se muestra a continuación.

• México inició a finales del siglo XX procesos de transición a la democracia, y comenzó transformaciones de las normas electorales e instituciones para tener mayor

²⁸ Postura en concordancia con diversos autores como José Fabián Ruiz, recomendable revisar: FABIÁN, José. *Los órganos constitucionales autónomos en México: Una visión integradora*, México: Cuestiones Constitucionales, n 37, 2017. Semestral.

²⁹ Por ejemplo, el Instituto Federal de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales que en la constitución es definido como organismo, y en la ley secundaria como órgano.

³⁰ MARTÍNEZ, Marybel. Órganos y organismos constitucionales autónomos: una reforma pendiente ¿fortaleza o debilidad del Estado? México: UAM, *El cotidiano*, n. 190, 2015, p. 124.

³¹ Más información revisar ACKERMAN, Jhon. *Autonomía y constitución: el nuevo estado democrático*. México: IJ UNAM, 2016. 222 p.

certeza en las elecciones, sin embargo, no tenemos aún una democracia consolidada, y aún hay rasgos de autoritarismo y corrupción que se reproducen en el ejercicio del poder de diferentes gobiernos, por lo que tenemos que entender que los ocas teóricamente, “despartidocrizan”³² o intentan “despartidocratizar”, buscando bajo ese esquema blindarse de intereses de grupo o coyunturales como de los partidos políticos, procurando independencia de otros poderes formales o facticos.

- Sin embargo, en la conformación de esos entes y en la designación de sus titulares participan órganos del Estado dominados por los partidos políticos (Poder Ejecutivo y Poder Legislativo), en los que se corre el riesgo de que los ocas se conviertan en extensiones de los partidos políticos u otros poderes que coloquen en riesgo o malversen los objetivos de los ocas, imponiendo, implícita o explícitamente sus intereses coyunturales o de grupo en los titulares designados.

- Ahí surge el debate sobre qué respuesta se debe dar además de la creación de un diseño institucional adecuado para tener organismos que mantengan un mayor nivel de autonomía, el autor Fabián Ruiz³³ sostiene que en casos como la designación de los miembros del Consejo General del IFE en 1996, hubo participación de partidos, pero varios de estos funcionarios impulsaron exitosamente medidas que dieron apertura a cambios en el sistema político, sin embargo, aunque es una apreciación enriquecedora, no en todos los casos ocurre así, y es más probable que haya una búsqueda y reproducción de intereses de partidos con diseños en esos sentidos, sobre el caso del IFE ahora INE, cabría mencionarse que después de estos ejercicios de ciudadanía del Instituto, con el tiempo los partidos presionaron y designaron consejeros que persiguieran sus intereses.

- Los partidos políticos, al repartirse cargos en diversos entes estatales según sus fuerzas electorales, hacen que los ocas puedan caer en esas prácticas y corran el riesgo de ser controlados por intereses distintos a los que les dieron origen y desgastar su legitimidad, pudiendo hundirse en los problemas de los poderes clásicos, por lo que el esquema de designación debe cambiarse a otro que se adapte a las necesidades de la sociedad y permita fomentar una democracia deliberativa y participativa “en donde intervenga la sociedad, preferentemente a través de elecciones por sufragio universal”³⁴ en la designación de los titulares de los ocas, por ejemplo mediante elecciones sin la participación de los partidos políticos, o en ejercicios de rendición de cuentas, evidentemente no se puede seguir exactamente un mismo esquema de designación de titulares de los 10 ocas, por los niveles especialidad, de duración en el cargo, y de funciones que se desempeñan, pero consideramos necesario la participación ciudadana, como una condición medular en el rediseño de los organismos constitucionales autónomos en la construcción de la democracia y la consolidación del Estado Constitucional.

- ¿Acaso Los ocas son la solución a los grandes problemas? ¿O son acaso una muestra de la Debilidad o de la fortaleza del Estado? Consideramos que no se deben vislumbrar como la panacea a los problemas de la sociedad y el Estado, y menos cuando

³² CÁRDENAS, Jaime. Una constitución para la democracia: Propuestas para un nuevo orden constitucional. 2. ed. México: UNAM, 2012. 244 p.

³³ FABIÁN, José. Los órganos constitucionales autónomos en México: Una visión integradora. México: Cuestiones Constitucionales, n 37, 2017. Semestral. P.106.

³⁴ CÁRDENAS, Jaime. Órganos autónomos y elección ciudadana de sus titulares. En: 25 AÑOS DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: BALANCES E IMPACTOS EN LA SOCIEDAD. 2014, Quito: Corte Constitucional del Ecuador.

muchos de ellos surgen como una expresión de incompetencia al combate a la corrupción, o a la transparencia o a una buena gestión, por parte de la administración pública centralizada, como si por crear ocas nuevos, se erradicaran los problemas institucionales, políticos y económicos de la administración que creo los ocas, al crear nuevos ocas aunque se busque que realicen una función del Estado no se están atendiendo los problemas de la administración pública que hizo que se crearan estos organismos, por lo que en ocasiones se convierten en órganos que simulan, y que esconden problemas de fondo que no se atienden. Por lo tanto se deben generar políticas profundas que atiendan los problemas y vicios del de fondo del sistema político mexicano, avanzar hacia el fortalecimiento de la democracia y mirar el sistema político y el sistema económico como áreas en las que también intervenir desde la interdisciplinariedad desde diversos ejercicios.

Referencias

- ACKERMAN, Jhon. *Autonomía y constitución: el nuevo estado democrático*. México: IJ UNAM, 2016. 222 p.
- ACKERMAN, John M. *Organismos autónomos y democracia*. México; Siglo XXI, IJ UNAM, 2007.
- APREZA, Socorro; CARMONA, Jorge Ulises. *Algunos alcances sobre la eficacia de los Derechos fundamentales en México*. México: UNAM, n. 248, 2007. Semestral.
- APREZA, Socorro; MEZA, Jorge; TAPIA, Sergio. *Enciclopedia Jurídica de la Facultad de Derecho UNAM: Derechos Humanos*. México: Porrúa.2017.
- CÁRDENAS, Jaime. *Una constitución para la democracia: Propuestas para un nuevo orden constitucional*. 2. ed. México: UNAM, 2012. 299 p.
- CÁRDENAS, Jaime. Órganos autónomos y elección ciudadana de sus titulares. En: 25 AÑOS DEL NUEVO CONSTITUCIONALISMO LATINOAMERICANO: BALANCES E IMPACTOS EN LA SOCIEDAD. 2014, Quito: Corte Constitucional del Ecuador.
- Constitución de la República Bolivariana de Venezuela*. Disponible en: <http://www.cne.gob.ve/web/normativa_electoral/constitucion/indice.php> Acceso en 28.06.2018.
- Constitución Política de Colombia*. Disponible en: <<http://www.corteconstitucional.gov.co/Inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf>>. Acceso en 28.06.2018.
- Constitución Política de la República de Ecuador*. Disponible en: <<http://aceproject.org/ero-en/regions/americas/EC/constitucion/ecuador-constitucion-politica-de-la-republica-del/view>>. Acceso en 28.06.2018.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. México: Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.
- DELGADILLO, Luis Humberto y LUCERO, Manuel. *Compendio de derecho administrativo*. 6. ed. México: Porrúa, 2003.
- DUVERGER, Maurice. *Instituciones políticas y derecho constitucional*. 5. ed. Barcelona; Ariel, 1996. 639 p.
- FABIÁN, José. *Los órganos constitucionales autónomos en México: Una visión integradora*. México: Cuestiones Constitucionales, n 37, 2017. Semestral.
- GARCÍA, Manuel. *El estatus del tribunal constitucional*. Madrid: Revista española de derecho constitucional, volumen I, n. 1, 1981.
- LASSALLE, Ferdinand. *¿Qué es una constitución?* México; Colofón, 2013.
- Ley Orgánica de la Administración Pública Federal*. México: Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de diciembre de 1976. Disponible en: <http://www.senado.gob.mx/comisiones/desarrollo_social/docs/marco/Ley_OAP.pdf> Acceso en 28.06.2018.

Ley de la Comisión Nacional de Derechos Humanos. México: Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 29 de junio de 1992. Disponible en: <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/normatividad/Ley_CNDH.pdf> Acceso en 28.06.2018.

MÁRQUEZ, Sergio R., *Derecho constitucional en México*. México, 2014. 496 p.

MARTÍNEZ, Marybel. Órganos y organismos constitucionales autónomos: una reforma pendiente ¿fortaleza o debilidad del Estado? México: UAM, El cotidiano, n. 190, 2015.

MONTESQUIEU. *Del espíritu de las leyes*. 17. ed. México: Porrúa, 2007.

NAVA, Alfonso. *Derecho administrativo mexicano*. 3. ed. México: Fondo de Cultura Económica, 2007. 624 p.

PARDO, María del Carmen; M. CEJUDO, Guillermo. (Ed.). *Trayectorias de reformas administrativas en México: Legados y conexiones*. México: El colegio de México, 2016. 529 p.

UALDE, Filiberto. Órganos constitucionales autónomos, México: Revista de la Judicatura Federal, n 29, 2010.

SALAZAR, Pedro. *El Poder ejecutivo en la constitución mexicana: Del metaconstitucionalismo a la constelación de autonomías*. México: Fondo de Cultura Económica, 2017. 197 p.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *La división de poderes, serie grandes temas del constitucionalismo mexicano*. Tomo 2, México: SCJN, 2011. 133 p.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MARTÍNEZ, Issac Roberto. Organismos constitucionales autónomos en América Latina, rediseño y democracia. In: GALLO, William Iván et al. (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 307-322. ISBN 978-85-450-0569-8.

PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR: EL PROBLEMA CHILENO

BERNARDO MUNDACA ARANDA
TOMÁS HUDSON BASSI

I Introducción

El Derecho administrativo general trata las cuestiones comunes a toda relación administrativa entre los individuos y el Estado. Esto trae, dentro de su repertorio, la forma básica del actuar de la Administración, la historia de la rama jurídica, sus fuentes normativas o su actividad formal y material. Dentro de esta última puede hallarse, a su vez, la actividad empresarial y de fomento y, de manera fundamental, la potestad administrativa sancionadora. Si bien la naturaleza del Derecho administrativo sancionador está constituyendo un lugar común dentro de la dogmática comparada, la evolución práctica que ha venido formándose tiene particular relevancia en el entorno chileno. Ello porque, junto con otras secciones de la rama (como la responsabilidad patrimonial del Estado o la nulidad de los actos administrativos) ha debido enfrentarse a numerosos retrasos técnicos y jurídicos provenientes de una encandiladora luz roja producida por una dogmática simplista y conservadora. Y decimos retraso no por cierta postura política o ideológica, sino porque ya en el siglo XIX se reconocían en países como Alemania rasgos propios del poder sancionador del Estado (poder de policía) que en Chile vienen a ser hoy aplastados¹ por un Tribunal Constitucional que ya no presenta ningún tipo de razonabilidad jurídica al momento de emitir decisiones.

Es así como las vicisitudes que han afectado al Derecho administrativo chileno obligan a idear una nueva forma de pensar la regulación sancionatoria desde una perspectiva dogmática seria, esperando que, en *lege ferenda*, tales propuestas sean escuchadas y se logre institucionalizar una serie de principios alternativos a los del Derecho penal² que puedan dar cuenta de la diferencia fundamental que existe entre

¹ Adelantando, tales potestades de la administración se relacionan directamente con su poder de autotutela o ejecución de los actos administrativos (artículo 51 de la Ley de Bases de Procedimiento Administrativo).

² Una buena fuente doctrinal de tal distinción puede hallarse en NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo*

ambas ramas. A continuación, se presentará una breve evolución del pensamiento que gira en torno a la potestad sancionatoria de la Administración, para luego ofrecer una reconstrucción alternativa a partir del razonamiento lógico que se arma desde la legislación efectivamente existente y las directrices básicas de la interpretación jurídica y el razonamiento jurídico.

II Breve crónica del contexto chileno

En 1895, Otto Mayer ya daba cuenta de la diferencia ontológica existente entre jurisdicción y administración.³ Esto, por supuesto, implicaba por mera transitividad que el llamado poder de policía debía diferenciarse de manera diametralmente opuesta a las actividades propias de la jurisdicción. Para Chile, el caso no era tan obvio. Desde mediados de los años 70s comenzó a desarrollarse una dogmática conservadora⁴ que propugnaba por una minimización de la función estatal. En ella, entre otras cosas, se impulsaba una nulidad de Derecho público insubsanable e imprescriptible,⁵ una responsabilidad patrimonial del Estado basada en criterios en exceso objetivos⁶ y, en cuanto a lo que nos convoca, un Derecho administrativo sancionador basado en las garantías *becarianas* del Derecho penal.⁷

Este tipo de razonamiento, impulsado por el administrativista Eduardo Soto Kloss puso en retroceso categorías clásicas que habían venido siendo pensadas por parte de importantes pensadores del Derecho público (quienes, en su mayoría, habían aportado desde la Contraloría General de la República). Inspirado, en parte, por Dicey y por doctrinas tomistas en extremo liberales, propugnaba por un rol subsidiario del Estado, el cual solo tenía el deber de intervenir en aquellas áreas en las cuales los particulares no eran capaces (como la defensa nacional). Así, la primacía de la persona humana era fundamental en la teoría *soteana*. En particular, sus propuestas del Derecho Administrativo sancionador proponen básicamente que el sancionar es una función que compete exclusivamente a los ámbitos jurisdiccionales y como los órganos administrativos, en virtud del principio de separación de poderes, no pueden arrogarse tales potestades, no queda más que deducir, de manera bastante apresurada, que les es imposible emitir sanciones. Esto es “perfectamente” consistente con su tesis de que la Administración debe entrometerse lo menos posible en la vida de los administrados quienes, dado el carácter garantista de los tribunales de justicia, se ven fundamentalmente amparados por ellos. Sin embargo, de poder efectuar sanciones administrativas, estas debiesen caracterizarse por un apego inseparable al Derecho penal, el cual serviría como principio rector al gravar sobre los derechos personales.

sancionador. Madrid: Tecnos, 2005.

³ Véase, en general, MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: De Palma, 1982.

⁴ Para visualizar todo su “esplendor” puede revisarse SOTO KLOSS, Eduardo. *Derecho Administrativo*. Temas fundamentales. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2014

⁵ SOTO KLOSS, Eduardo. *Derecho Administrativo*. Temas fundamentales. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2014, pp. 505 y ss.

⁶ SOTO KLOSS, Eduardo. *Derecho Administrativo*. Temas fundamentales. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2014, pp. 803 y ss.

⁷ SOTO KLOSS, Eduardo. *Derecho Administrativo*. Temas fundamentales. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2014, pp. 481 y ss.

El reconocimiento de esta interpretación se manifestó claramente, una vez regresada la democracia, el día 26 de agosto de 1996, cuando el Tribunal Constitucional declaró que “los principios inspiradores del orden penal contemplados en la Constitución Política de la República han de aplicarse, por regla general, al derecho administrativo sancionador, puesto que ambos son manifestaciones del *ius puniendi* estatal”.⁸ Esta idea clave tardó diez años en ser medianamente superada, cuando el mismo tribunal modificó su construcción jurisprudencial anterior al provocar un impulso aun no superado en materia de Derecho administrativo sancionador. En tal sentencia se advierte que, dado que las sanciones administrativas difieren en algunos aspectos con las penas, ellas “han de estar, en consecuencia, ‘con matices’, sujetas al mismo estatuto constitucional”.⁹ Tal expresión cambió sustancialmente la comprensión que se tenía de la potestad sancionatoria de la Administración. Así, los serios problemas que se generaban frente al ejercicio discrecional del Estado debido a las limitaciones garantistas-penales que tenía (como la exigencia de una tipicidad de rango legal toda vez que la mayoría de las regulaciones de la Administración pública tienen rango inferior a la ley o la necesidad de un juez que declarase la infracción jurídica e hiciera ejecutar la “sentencia”) se vieron reemplazadas por un espacio de aplicación en que las regulaciones administrativas permitían hacer posible el ejercicio sancionatorio. Sin embargo, a pesar de que diversas posturas chilenas han construido tal doctrina basándose en ciertas sentencias y jurisprudencia administrativa relevante,¹⁰ en una especie de interpretación de *lege data*, creemos que existe un mejor razonamiento que apoye los principios básicos sobre los cuales se ha construido el Derecho administrativo moderno desde Europa hasta la actualidad. En virtud de tal reconstrucción esperamos que pueda notarse la gravedad del problema que se presentará a continuación y que ha estado invadiendo el espacio jurídico chileno.

III Chile y el procedimiento administrativo sancionador

La teoría del Derecho (sea teoría de la interpretación jurídica, del razonamiento jurídico o de la ontología de los sistemas jurídicos) ha sido siempre un importante punto de apoyo para la construcción de diversas instituciones jurídicas y orientaciones cognitivas al momento de leer de forma correcta el ordenamiento jurídico. Así, la misma relevancia que se aplica a nivel de teoría del Derecho para las hipótesis y tesis jurídicas tiene irradiación en ramas del sistema positivo. Es por ello que las palabras de Fernando Atria se asoman de manera conveniente para la cuestión que corresponde el día de hoy:

Lo peculiar del Derecho no es que contenga reglas que declaren como “lícita” o “ilícita” alguna conducta, sino que crea órganos, especifica competencias y fija procedimientos. Cuando la pregunta es, por ejemplo, cuál es el interés protegido por las reglas que prohíben usar la fuerza o el engaño para obtener el consentimiento, la respuesta jurídica no está en

⁸ Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile. ROL 244-1996.

⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional de Chile. ROL 479-2006.

¹⁰ Tal construcción puede visualizarse en CORDERO QUINZACARA, Eduardo. *Derecho administrativo sancionador*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2014 y CORDERO VEGA, Luis. *Lecciones de Derecho administrativo*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2015, pp. 494 y ss.

consideraciones generales sobre lo que está bien y lo que está mal, sino en las reglas que especifican qué órgano, bajo qué circunstancias y de acuerdo a qué procedimiento tiene competencia para declarar nulo un contrato por esas razones.¹¹

Lo mismo ocurre en el caso del Derecho administrativo. En virtud de los principios rectores de la actuación de la Administración, consagrada en la Constitución y, principalmente, en la ley de bases de procedimiento administrativo, no existen reglas generales que guíen de cierta forma la conducta de los administradores y administrados con la finalidad de dar cuenta de lo que es el correcto actuar de la Administración, sino que existe una especial fijación de qué órganos con qué procedimiento tiene competencia para manifestar el poder del Estado. En perfecta concordancia con esto se encuentran las lúcidas palabras de Otto Mayer: “el régimen del Derecho (*Rechtstaat*) se perfecciona en virtud del acto administrativo”.¹² Bajo tales luces podemos interpretar de manera coherente ciertas disposiciones de la ley de Bases de Procedimiento Administrativo chilena. En ella se prescribe que los actos administrativos se manifestarán en concordancia con procedimientos administrativos previos que los legitimen. Todo lo anterior es, a su vez, perfectamente consistente con los articulados 7° y 19°, n°3 de la Constitución Política de la República de Chile, que muestran cómo el actuar válido solo se reviste como tal si es reconducible a los órganos investidos previamente como tales con competencia para actuar, adecuándose a un justo y racional procedimiento.

En vista de lo anterior, queda tanto teórica como dogmáticamente claro que el sistema de Derecho administrativo debe basarse en procedimientos que vayan definiendo de manera dinámica su actuar. Sin embargo, la confusión conceptual que otorga un significado unívoco al término “procedimiento” ha llevado a que cierta doctrina chilena entregue razones (para nada serias o convincentes) en pro de una asimilación total entre el Derecho administrativo sancionador y el Derecho penal.

Si bien otros autores más competentes han dado cuenta de los conflictos existentes entre el Derecho penal y el Derecho administrativo¹³ y cómo la actualización del último no puede manifestarse si es que se constituye como una versión matizada del primero. Se puede deducir de manera independiente que la robustez del sistema se ve fortalecido al tomar en consideración los verdaderos principios que han subyacido a la potestad administrativa desde sus inicios.

Por ejemplo, las tesis referidas por Otto Mayer en su obra *Derecho administrativo alemán* se encuentran efectivamente consagradas en la LBPA chilena, particularmente en los artículos 3° y ss. y especialmente en el número 51°, donde se especifica que los actos de la Administración Pública sujetos al Derecho Administrativo causan inmediata ejecutoriedad. Esta justificación de rango legal, junto con la presunción de legalidad y en conformidad con interpretación obligatoria de la Contraloría General de la República se puede deducir que la Administración, al estar actuando en el ámbito que le es propio, no debería manifestarse como una versión completamente análoga al Derecho penal, cumpliendo así con todas las condiciones constitucionales. Todo ello siempre y cuando

¹¹ ATRIA LEMAITRE, Fernando. *La constitución tramposa*. Santiago de Chile: LOM, 2013, pp. 117-118.

¹² MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: De Palma, 1982, pp. 125.

¹³ Dos casos importantes de esta doctrina se pueden analizar en QUEZADA, Flavio. *Procedimiento administrativo sancionador en la ley 19.880*. Santiago de Chile: Librotecnia, 2017 y LETELIER, Raúl. Garantías penales y sanciones administrativas. *Revista Política criminal*, Chile, v. 12, n. 24, pp. 622-689, diciembre 2017.

se satisfaca la especial motivación del acto a la que obligan los resultados de gravamen para el administrado, como exigencia adicional del procedimiento administrativo sancionador (art. 11).

Ahora, el por qué no resulta ser una versión matizada del mismo es más oscuro. Si bien las consideraciones de tipicidad, proporcionalidad y legalidad resultan del todo coherentes, ellas no tienen por qué ser, necesariamente, la única forma de integrar las aparentes lagunas que existen en el Derecho administrativo sancionador.¹⁴ Así, del hecho de que no exista una regulación nominalmente explícita no se deduce que la Administración no esté correctamente justificada para actuar en conformidad a la legislación chilena. Y no solo eso, ocurre que, para que la legitimación del actuar administrativo sea robusta, la justificación no solamente debe ser validada en una versión negativa (nada niega que el Estado pueda manifestarse administrativamente mediante actos sancionatorios), sino que también en una versión positiva que afirme que el Estado está correctamente facultado para sancionar.

3.1 Hacia una justificación teórica del actuar administrativo chileno

Con la finalidad de dar cuenta de la versión positiva de la justificación del actuar sancionatorio, resulta pertinente remitirse a la idea de legitimación democrática. Böckenförde identifica tres formas de legitimación democrática: funcional e institucional, legitimación democrática orgánico-personal y material o de contenido¹⁵

La primera se asocia a la configuración institucional y el modo que se han atribuido funciones a cada poder.¹⁶

La segunda se asocia a la idea de cadena de legitimación, esto quiere decir que la designación del cargo en cuestión pueda retrotraerse al pueblo, la que puede ser directa o indirecta, lo importante es que exista una cadena de legitimación que no pueda ser interrumpida. Un ejemplo de legitimación orgánico-personal directa sería la elección de un presidente. Asimismo, éste participa en el nombramiento del Contralor General de la República, en este último caso podemos ver cómo existiría una cadena sin interrumpir, que legitima el actuar del contralor.

La tercera tiene por objeto conciliar que el ejercicio del poder del Estado derive del pueblo, esto viene a completar la legitimación orgánico-personal. Por tanto, esta categoría busca dotar de legitimidad al contenido y actuar del Estado.¹⁷ Dentro de esta forma, se encuentran dos vías: “Por un lado mediante la atribución de la legislación al Parlamento como órgano de representación del pueblo (...) y la vinculación de todos los otros órganos del Estado a las leyes establecidas de este modo (...) por el otro mediante una responsabilidad sancionada democráticamente, con los controles correspondientes, y adecuada para el tipo de tareas asumidas”¹⁸

¹⁴ Véase, en mayor detalle, el apartado 4.1. de este trabajo.

¹⁵ Véase MARSHALL, Pablo. Notas sobre el contenido del principio de democracia. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Chile, v. 3, n. 1, pp. 9-36, 2011.

¹⁶ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *La democracia como principio constitucional en Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 57

¹⁷ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *La democracia como principio constitucional en Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, pp. 61 y 62.

¹⁸ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *La democracia como principio constitucional en Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 62.

Estas dos últimas vías permitirían comprender la diferenciación entre la legitimación de la jurisdicción y la de la administración. En este sentido, Böckenförde nos indica que, al tratarse de la primera, existiría una estricta vinculación a la ley, por tanto, los mecanismos de responsabilidad serían más tenues,¹⁹ dicha vinculación tiene como correlato su independencia. En cambio, respecto a la segunda, el autor indica que las atribuciones no se encuentran establecidas de manera explícita, solo se estaría estableciendo un marco en el que se debería actuar, esto implicaría que existiría un nivel de responsabilidad elevado acompañado de sanciones (diferenciando el tipo de sanción al tratarse de la orgánico-personal directa o indirecta).²⁰

Para complementar lo anterior, Fernando Atria señala que “mientras la Administración tiene una finalidad genéricamente fijada por la ley (en el art. 3 Ley 18.575), para cuyo cumplimiento sus órganos deben adoptar medidas que sean instrumentalmente adecuadas (con la limitación de que ellas sean compatibles con la ley, conforme al art. 2 Ley 18.575), los tribunales tienen un encargo legalmente delimitado”.²¹ Lo menester e imprescindible de la administración se asocia a la búsqueda del bien común, y esto es concordante con las ideas esgrimidas por Böckenförde, en el sentido que el actuar de ésta descansa en la voluntad del pueblo, por medio de la cadena de legitimación antes señalada.

Dicho lo anterior, se puede dar cuenta del hecho de que la justificación material que se encuentra detrás del actuar estatal es suficiente como para entender, bajo una cálida luz verde, que las instituciones presentes no solo en Chile, sino que en todo Estado moderno, en conjunto con las prácticas jurídico-políticas, son un firme sustento de una Administración que debe desenvolverse con los mejores recursos posibles para llevar a cabo los fines para los cuales se encuentra legitimada.

3.2 Un problema que reclama atención inmediata: derechos del consumidor

La institución de mayor relevancia para la protección de los derechos del consumidor en Chile recibe el nombre de SERNAC (Servicio Nacional del Consumidor) y, de acuerdo a sus propias declaraciones, se define como un servicio público autónomo, descentralizado y desconcentrado regionalmente, que tiene como rol fundamental informar, educar, orientar y proteger a los consumidores. Es tarea primordial del SERNAC difundir los derechos y deberes de los consumidores y velar por el cumplimiento de la Ley de Protección de los Derechos de los Consumidores.²² Se debe presumir que tal servicio, como muchos servicios del sector público, debiese tener las facultades necesarias para satisfacer las exigencias con las que se configura, en particular, potestades necesarias para ejercer funciones de carácter sancionador en contra de los transgresores de los derechos de consumidores. Tal presunción, en el caso chileno, sería del todo errada, puesto que el requerimiento de la ley que iba a declarar tales potestades

¹⁹ Puede revisarse lo prescrito en el artículo 80 de la Constitución Política de la República de Chile.

²⁰ BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *La democracia como principio constitucional en Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, p. 63.

²¹ ATRIA LEMAITRE. *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 191.

²² La definición se encuentra en <<http://www.economia.gob.cl/acerca-de/servicios-dependientes/sernac>>.

estuvo a punto de culminar en el presente año, pero el Tribunal Constitucional esgrimió un ataque ya previsto por algunos²³ que trajo de vuelta el retroceso que durante mucho tiempo estaba intentando ser reprimido.

¿Y por qué esto es relevante? Bueno, las necesidades exigidas por un Estado moderno obligan a que los órganos de la Administración Pública actúen de manera eficiente y esto, por supuesto, no es posible si es que las condiciones generales para una sanción administrativa no se encuentran presentes en el ordenamiento jurídico. Quizás valga la pena analizar con detención el problema invocado en una de las sentencias emanadas por parte del Tribunal Constitucional, el ya mencionado caso SERNAC.

3.3 Un gran terremoto: el Servicio Nacional del Consumidor

En un voto dividido, el Tribunal Constitucional de Chile declaró inconstitucionales diversas normas de un proyecto de ley que tenía por objeto establecer una protección más eficiente de los consumidores, dotando a dicho servicio de determinadas facultades sancionadoras.

Como ya se mencionó, este fallo no ha estado libre de controversias. Un número relevante de académicos y abogados lo han cuestionado, indicando que el tribunal miró con recelo la facultad mencionada y reflejaba un retorno a perspectivas dogmáticas *soteanas*. Por esta razón, resulta clarificador analizar una parte de esta sentencia, con el objeto de retratar la problemática que estaría aquejando el derecho administrativo actualmente.

El voto de mayoría sostuvo que el proyecto de ley estaría uniendo funciones administrativas y jurisdiccionales, separando el régimen actual de separación de funciones, indicando que se estaría vulnerando un “principio básico del derecho público universal” (c.33). Luego de esto, señala que se encuentra arraigada la idea de que la investigación y fiscalización le corresponde a la administración, en cambio, la sanción a los tribunales de justicia (c.34).

Una característica importante que permite identificar la diferencia entre jurisdicción y administración se refleja en el aspecto teleológico de cada una: la primera atiende intereses particulares sometidos a su control y se sirve de la heterotutela; en cambio, la segunda atendería el interés general y podríamos encontrar una situación de autotutela declarativa.²⁴ Es necesario citar el voto de minoría: “Por ello, la acción que busca la indemnización de perjuicios no es conocida por el Servicio, sino que debe interponerse ante los Juzgados de Policía Local competentes (artículo 50 Q). El SERNAC no adjudicará derechos a las partes (consumidor o proveedor), sino que resguardará el interés general imponiendo sanciones ante infracciones legales.”²⁵

Otro aspecto relevante que permitiría reflejar el carácter distintivo de la jurisdicción es el efecto de cosa juzgada, el tribunal consideró inconstitucionales normas de la ley en

²³ Sobre esto véase la columna de Raúl Letelier disponible en: <<http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-retroceso-a-soto-kloss-tribunal-constitucional-y-sanciones-administrativas-en-materia-de-aguas/>>.

²⁴ BORDALÍ, Andrés y FERRADA, Juan Carlos. Las facultades juzgadoras de la Administración: una involución en relación al principio clásico de la división de poderes. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Chile, v. 13, pp. 188-189, 2017.

²⁵ Véase voto de minoría.

comento, producto de que una decisión de la administración tendría este efecto (c.35). La cosa juzgada es uno de los requisitos fundamentales de toda actividad jurisdiccional y que la actuación del derecho objetivo tenga carácter irrevocable.²⁶

Dentro de la ley, existía la posibilidad de entablar acciones de ilegalidad y recursos administrativos. Independiente de lo anterior, es posible remitirse a lo prescrito por el art. 38 de la Constitución Política de la República de Chile: “Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley” y a lo dispuesto en la ley 19.880 que establece las bases de los procedimientos administrativos. Por tanto, aun cuando una ley no contemple estas posibles reclamaciones, la práctica legislativa y jurisprudencial señalan que la competencia sería de los tribunales ordinarios, lo que es concordante con la idea de que el ejercicio de la potestad administrativa sea esencialmente controlable.²⁷

Como ya se señaló, el SERNAC tiene por cometido proteger a los consumidores frente a los proveedores, una de las justificaciones de esto, se debe a que los primeros se encuentran en una posición asimétrica, y poseen un poder de negociación menor frente a los segundos. Todo esto es producto de la masificación de relaciones de esta naturaleza en las sociedades de consumo, por tanto, surge la pregunta: ¿es prudente exigir baja discrecionalidad a una institución de estas características? ¿es posible exigir imparcialidad? Consideramos que la respuesta a dicha incógnita es negativa, dado que el SERNAC debe velar por el interés público, de modo que la discrecionalidad de la administración no debe verse como un déficit o un problema de técnica legislativa, sino como un modo tendiente de cumplir con sus fines.²⁸

El voto minoritario ofreció argumentos que dan cuenta de ciertos problemas de lo esgrimido por la mayoría. La minoría sostuvo que un acto administrativo que puede sancionar no contraviene la constitución ni la jurisprudencia del TC de los últimos años. Por lo contrario, dicho tribunal ha señalado que una sanción administrativa corresponde a un acto de naturaleza administrativa producto de un procedimiento de dicha rama, y por tanto debería descartarse la idea de que se trata del ejercicio de funciones jurisdiccionales (2264-2012). La principal pregunta debiese girar en torno a las garantías de dicho procedimiento más que su existencia.

IV Una argumentación irracional: la teoría interpretativa como (cor)rectora del problema

Como ya se adelantaba, teoría del Derecho siempre ha sido útil al momento de comprender lo que está verdaderamente en juego y los pensamientos que se encuentran detrás de las reflexiones dogmáticas. Uno de los aspectos más importantes es que permite crear un marco metodológico que tiene por objeto ofrecer dicha comprensión. Uno de estos elementos son las teorías de la argumentación jurídica y los modos de

²⁶ BORDALÍ, Andrés y FERRADA, Juan Carlos. Las facultades juzgadoras de la Administración: una involución en relación al principio clásico de la división de poderes. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Chile, v. 13, p. 199, 2017

²⁷ Véase voto de minoría.

²⁸ ATRIA LEMAITRE. *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016, p. 201.

entender la función judicial. Dentro de los problemas que aquejan a estos últimos son los relacionados con la adjudicación, que podrían dividirse en las denominadas antinomias y lagunas. En esta sección, utilizaremos estas últimas dos con el objeto de manifestar los errores del Tribunal Constitucional, detallando cómo las interpretaciones por parte de la doctrina más progresista se ajustan mejor al ordenamiento jurídico chileno y el derecho comparado.

4.1 Lagunas en el Derecho

Desde el espléndido trabajo de Alchourrón y Bulygin que la idea de laguna normativa puede entenderse como un “caso al que no se le aplica ninguna solución normativa” o “calificación normativa”.²⁹ En el caso del Derecho administrativo sancionador, la propuesta de estas lagunas se basa en el hecho de que no existe ninguna regulación *explícita* que especifique el modo mediante el cual deben resolverse los problemas relativos a infracciones administrativas. Así, la implementación teórica a la que acudió el Tribunal Constitucional chileno se basó en mostrar cómo es que, al no existir una regla directa que regulase el problema a subsanar, se debe aplicar directamente la Constitución, tomando una decisión en extremo política. Una extraordinaria revisión crítica de esta creencia se da por parte de Raúl Letelier, quien afirma que “en tanto la sanción administrativa es por sobre todo un acto administrativo ello implica que se le aplique (...) la regulación (...) sobre bases de los procedimientos administrativos”.³⁰ Esto implica que la manera mediante la cual debe tomarse en consideración la aplicación sancionatoria ante una infracción se basa, principalmente, en procedimientos administrativos y no en procesos penales. Además, destaca que las lagunas se estarían fabricando en virtud de pensamientos políticos que constituyan la verdadera razón para hacer aparecer tales problemas interpretativos, toda vez que solo consideran su existencia aquellos autores que consideran como parte esencial del Derecho administrativo sancionador los límites que podría entregar el Derecho penal en virtud de la *potestas puniendi* estatal.

4.2 Antinomias aparentes

Estamos frente a una antinomia cuando frente a un caso tenemos más de una solución normativa que resultan inconsistentes entre sí. Así, otra consideración que se realiza de manera inconsciente por parte de la jurisprudencia constitucional se basa precisamente en el hecho de que aunque exista una regulación, esta es inconstitucional por ir en contra de los preceptos establecidos por la Carta Fundamental, creándose una antinomia cuya única solución estaría en aplicar el principio de *lex superior derogat inferiori*, en desmedro de la técnica *lex specialis derogat legi generalis*. Por supuesto, no recuerdan que el mismo Norberto Bobbio afirmaba que al encontrarnos frente a una antinomia en que pugnan los dos principios previamente enunciados se vuelve imposible

²⁹ Véase, en general ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Sistemas Normativos*. Segunda edición. Buenos Aires: Astrea, 1974, y PRIETO, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trotta, 2005, pp. 123 y ss.

³⁰ LETELIER, Raúl. Garantías penales y sanciones administrativas. *Revista Política criminal*, Chile, v. 12, n. 24, p. 628, diciembre 2017.

la resolución, encontrándonos frente a una antinomia real.³¹ Sin embargo, la antinomia es solo aparente puesto que, como ya se mencionó, la aplicación de la ley se encuentra manifestada de forma perfectamente consistente con los mandatos constitucionales que obligan a un justo y racional procedimiento. Por otro lado, del hecho de que las leyes de procedimiento administrativo reconozcan la ejecutoriedad de los actos administrativos y el poder de imperio de la administración dan cuenta de un hecho particularmente relevante: la existencia de tales normas revela que son perfectamente consistentes con el texto constitucional o, de lo contrario, jamás habrían pasado a ser parte de la vida jurídica. Por lo demás, el problema de aplicar el criterio de jerarquía por sobre el de especialidad va en contra de todo Estado de Derecho, en que nos regimos principalmente por normas de rango inferior al legal.

V Conclusiones

El respaldo chileno que ha sido entregado al Derecho administrativo en general ha sido tenue e, incluso, nulo. Y no porque no haya existido un desarrollo de la rama por parte de diversas instituciones gubernamentales (como la Contraloría General de la República de Chile) o académicas (como las universidades chilenas), sino por el hecho de que el Derecho administrativo como tal (el que se entiende como un milagro), depende de manera necesaria de una comprensión política sobre el bien común. Esto es especialmente importante en épocas como las actuales, en las cuales el devenir del Derecho y de las demás instituciones sociales se encuentra absorbida por concepciones económicas y liberales de lo que cuenta como Derecho.

En virtud de lo anterior, podríamos señalar que Chile tuvo una evolución tormentosa del derecho administrativo sancionador, el proceso no ha tenido la misma celeridad que en el derecho comparado, pero las últimas décadas arrojaban una luz de esperanza en torno a esto, tanto a nivel doctrinario como jurisprudencial. Empero, todos estos esfuerzos fueron truncados por un fallo que marcó un precedente desolador para efectos de actualizar la legislación en el correcto desempeño de un Derecho administrativo sancionador contemporáneo, esto podría significar un retorno a una tesis pre-moderna y un regreso a teorías *soteanas*. Sin perjuicio de ello, se espera que la racionalidad se restaure y, eventualmente, una comprensión del Estado necesaria para el desempeño de la vida cotidiana sea aceptado.

Referencias

ALCHOURRÓN, Carlos y BULYGIN, Eugenio. *Sistemas Normativos*. Segunda edición. Buenos Aires: Astrea, 1974.

ATRIA LEMAITRE, Fernando. *La constitución tramposa*. Santiago de Chile: LOM, 2013.

_____. *La forma del derecho*. Madrid: Marcial Pons, 2016.

BOBBIO, Norberto. *Teoría general del Derecho*. Bogotá: Temis, 1992.

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang. *La democracia como principio constitucional en Estudios sobre el Estado de Derecho y la democracia*. Madrid: Trotta, 2000, pp. 47-131.

³¹ BOBBIO, Norberto. *Teoría general del Derecho*. Bogotá: Temis, 1992, pp. 177 y ss.

BORDALÍ, Andrés y FERRADA, Juan Carlos. Las facultades juzgadoras de la Administración: una involución en relación al principio clásico de la división de poderes. *Revista de Derecho de la Universidad Austral de Chile*, Chile, v. 13, pp. 187-205, 2002.

CORDERO VEGA, Luis. *Lecciones de Derecho administrativo*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2015.

CORDERO QUINZACARA, Eduardo. *Derecho administrativo sancionador*. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2014.

LETELIER, Raúl. Garantías penales y sanciones administrativas. *Revista Política criminal*, Chile, v. 12, n. 24, pp. 622-689, diciembre 2017.

_____. *El retroceso a Soto Kloss*. Tribunal Constitucional y sanciones administrativas en materia de aguas. 2018. Disponible en: <<http://www.diarioconstitucional.cl/articulos/el-retroceso-a-soto-kloss-tribunal-constitucional-y-sanciones-administrativas-en-materia-de-aguas/>>.

MARSHALL, Pablo. Notas sobre el contenido del principio de democracia. *Revista Chilena de Derecho y Ciencia Política*, Chile, v. 3, n. 1, pp. 9-36, 2011.

MAYER, Otto. *Derecho administrativo alemán*. Buenos Aires: De Palma, 1982.

NIETO, Alejandro. *Derecho administrativo sancionador*. Madrid: Tecnos, 2005.

PRIETO, Luis. *Apuntes de teoría del derecho*. Madrid: Trotta, 2005.

QUEZADA, Flavio. *Procedimiento administrativo sancionador en la ley 19.880*. Santiago de Chile: Librotecnia, 2017.

SOTO KLOSS, Eduardo. *Derecho Administrativo*. Temas fundamentales. Santiago de Chile: Legal Publishing, 2014.

Jurisprudencia citada.

CHILE. Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia ROL 244-1996 de 26 de agosto de 1996.

CHILE. Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia ROL 479-2006 de 8 de agosto de 2006.

CHILE. Tribunal Constitucional de Chile. Sentencia ROL 4012-2017 de 18 de enero de 2018.

Legislación.

CHILE. Constitución Política de la República de Chile de 1980. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=242302>>.

CHILE. Ley 18.575 de 5 de diciembre de 1986. Ley orgánica constitucional de bases generales de la Administración del Estado. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=29967>>.

CHILE. Ley 19.496 de 7 de marzo de 1997. Establece normas sobre protección de los derechos de los consumidores. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=61438>>.

CHILE. Ley 19.880 de 29 de mayo de 2003. Establece bases de los procedimientos administrativos que rigen los actos de los órganos de la Administración del Estado. Disponible en: <<https://www.leychile.cl/Navegar?idNorma=210676>>.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MUNDACA, Bernardo; HUDSON, Tomás. Procedimiento administrativo sancionador chileno: El problema. In: GALLO, William Iván et al. (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 323-333. ISBN 978-85-450-0569-8.

EL REGIMEN JURIDICO DEL SISTEMA NACIONAL ANTICORRUPCIÓN EN EL ESTADO MEXICANO

FRANCISCO JAVIER MARTÍNEZ CASTAÑEDA

I Introducción

La corrupción en México, es un grave problema que atañe a toda la sociedad por las afectaciones que de manera directa e indirecta genera en el ejercicio de la función pública, que a su vez repercuten, en la actividad económica que desarrolla el Estado para el cumplimiento de uno de sus objetivos que es brindar al ciudadano la imagen de un buen gobierno y una buena administración pública; circunstancia que obliga a ampliar estudios académicos a efecto de conocer el hecho generador de este cáncer y que tipo de medidas se pueden llevar a cabo para prevenir, y en su caso, sancionar al servidor público que cometa irregularidades en el desarrollo de sus funciones; como lo son la rendición de cuentas, la declaración patrimonial y la fiscalización de los recursos públicos.

Dado al incremento de este problema, resultó necesario transformar desde el punto de vista jurídico, todo el sistema de responsabilidades de los servidores públicos; dichas transformaciones derivadas de la reforma constitucional, dieron lugar al Sistema Nacional Anticorrupción, que comprende la Ley General de Responsabilidades Administrativas, donde se busca a través de ella, una disminución en los actos de corrupción, transparentar el gasto público e informar de manera eficiente todas las actuaciones que realiza la administración pública en sus tres niveles de gobierno.

Estos medios de control administrativo permitirán llevar a cabo, un diagnóstico sobre los cambios implementados a partir de la reforma del 2015, donde se crea el Sistema Nacional Anticorrupción, teniendo como principal objetivo, coordinar los entes de gobierno y así hacer frente a este mal que ha dejado pérdidas humanas y monetarias. Para ello, es necesario conocer las principales teorías jurídicas y practicas relacionadas con el derecho disciplinario, para obtener las recomendaciones necesarias que permitan obtener como resultado, un México libre de estos actos y ponerlo a la vanguardia en el combate de este mal.

Ante la actual situación económica en que se encuentra nuestro país y la notable desconfianza que vive la administración pública, ya sea por procedimientos “burocráticos

innecesarios” o la falta de “conocimiento de las leyes” los servidores públicos en México enfrentan a diario retos muy complejos, por lo que resulta trascendente y necesario promover desde el punto de vista práctico y jurídico un mejor ejercicio de la función pública, con personas realmente capacitadas, fortaleciendo la profesionalización y la sensibilidad administrativa para solucionar las exigencias de la población que cada vez esta más alejada de los intereses colectivos.

Esta evolución del quehacer público, trae consigo una mayor exigencia por parte de los gobernados, demandando mayor preparación y mayor eficacia en los resultados obtenidos a través de la gestión pública, sin embargo, es de recordar que los actos que se realizan deben estar establecidos en la norma, y el incumplimiento a la misma, de manera general se origina por la falta de conocimiento, por la nula preparación del servidor público, o bien, por el conocimiento de los huecos legales en las disposiciones que regulan el quehacer público, los cuales son aprovechados para propiciar actos de corrupción, lesionando el buen desarrollo administrativo; es por ello que ante estos retos, es de suma exigibilidad contar con una visión nueva, innovadora y joven que permita dar soluciones a los problemas que atañe tanto al sector público como al privado.

Por ese motivo, el objeto de este trabajo se centra en analizar la posibilidad y alcance de erradicar estos actos de corrupción dentro del orden del Estado y en consecuencia, que tipo de medidas se han de llevar a cabo, para tener un procedimiento eficiente y libre de los poderes que someten a las instituciones, que en consecuencia, conllevan consigo mismas, resultados positivos como lo son: el cumplimiento de los objetivos institucionales, la reincorporación de la confianza ciudadana y la transparencia en cada uno de los actos de gobierno, a reserva de los considerados como seguridad nacional.

Para el cumplimiento de este punto en general, es indispensable tomar en cuenta que el combate a la corrupción conlleva una carga moral por si misma, educacional, profesionalismo en los puestos de la administración pública, capacitación constante en todos los grados, profesionalización del servidor público, incentivos de carácter económico, entre otros aspectos a considerar.

Con la presente investigación y el análisis relacionado sobre los medios de control administrativo para el combate a la corrupción, se pretende:

- A) Lograr la autonomía de la Secretaría de la Función Pública, así como de la designación de su titular.
- B) Generar en la Ley General de Responsabilidades Administrativas una mayor transparencia y eficiencia, comenzando con la obtención del voto del órgano interno de control en los comités que establecen los procesos de licitación pública.
- C) Obtener una Ley General de Adquisiciones Arrendamientos y Servicios del Sector Público, trayendo consigo consecuencias favorables, que es la disminución de la corrupción en los tres niveles de gobierno.
- D) Retomar el servicio profesional de carrera, así podrá llevarse a cabo la profesionalización del cargo, obteniendo mayor rendimiento y eficiencia en el puesto asignado.

Ante estas propuestas, pretendo demostrar que si dotamos de autonomía a la Secretaría de la Función Pública, se tendrá mayor control de todos los procedimientos que son nicho de corrupción en la Administración Pública, así como obtener una transparencia en las licitaciones gubernamentales, dado a que en el último sexenio, las

Entidades Federativas y Municipios han incrementado su deuda exponencialmente; si se logra obtener esta Ley General de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, la partida presupuestaria que se tiene para adquirir bienes y servicios podrá ser eficiente, reduciendo cabalmente en gran cantidad de los gastos empleados a la corrupción.

II El control interno y externo en la administración pública

Desde la formación del Estado en México y, a partir del primer sistema de gobierno presidencial, el presidente ha sido el encargado de vigilar el cumplimiento de los objetivos que se establecen en el Plan Nacional de Desarrollo, así como de dotar de medios y herramientas para intervenir en los sistemas económicos, políticos y sociales, atendiendo y satisfaciendo las necesidades de la sociedad, mediante órganos o instituciones que, dentro de lo establecido, podrán actuar buscando siempre un control en la gestión pública. Dado el vínculo que debe existir entre el gobernado y el Estado, existe la obligación de implementar medios de control, en el que derive la rendición de cuentas y la transparencia en el ejercicio del poder público, entendido este como “un sistema que obliga, por una parte, al servidor público a reportar detalladamente sus actos y los resultados de los mismos, y, por otra parte, dota a la ciudadanía de mecanismos para monitorear el desempeño del servidor público”.¹

Según Guillermo O'Donnell, podemos hacer una distinción entre la rendición de cuentas vertical y una horizontal.

- A) Vertical: se da en el marco de la democracia con elecciones libres, justas y competitivas, donde los gobiernos están obligados a rendir cuentas y los ciudadanos mediante el voto lo aprueban o sancionan.
- B) Horizontal: Este control se da por los tres poderes de la Unión y los órdenes de gobierno.²

En este tenor es loable considerar que, tratándose de la Administración Pública, es necesario llevar a cabo una gestión en la que se implique el control interno y externo, debiendo en todo momento registrarse por la Constitución Política y las leyes reglamentarias que de ella deriven, dado a la definición que se presenta, el único destinatario de la rendición de cuentas es la población, la cual desde el punto de vista teórico y legal es la poseedora del poder supremo. Derivado de ello, se advierte que el control interno y externo son herramientas para apoyar el quehacer público de las instituciones gubernamentales, que tienen como finalidad la prestación de servicios públicos y la administración de recursos públicos, como lo son, los bienes nacionales; buscando en todo momento la eficiencia y equidad presupuestaria.³

En México, se ha buscado instrumentar diversos tipos de control, uno de ellos es la Auditoría Superior de la Federación, de la que dentro de sus antecedentes encontramos

¹ HOFBAUERY Helena; CEPEDA Juan Antonio. *Transparencia y rendición de cuentas*. 1 ed. Ciudad de México, México, 2016. Disponible <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2303/7.pdf>>. Acceso en: 26 de junio de 2018.

² 2 SCOTT, Alan. *Nuevos escritos críticos en sociología política*. 1 Ed. Londres, England: Editora Routledge, 2009 pp. 34-51

³ MANKING, Gregory N. *Principios de economía*. 1 ed. Madrid, España: Editora Mc Graw Hill, 1998, p4

que, en 2006 se emitieron las primeras normas generales de control interno, hasta que en 2010 cambia a Disposiciones en Materia de Control Interno y dado que la sociedad esta en constante cambio, se reforma en 2014, con el objeto de “vigilar el cumplimiento de las obligaciones relacionada con la rendición de cuentas, lo cual incluye supervisar, en general, que la Administración diseñe, implemente y opere un control apropiado, con el apoyo, en su caso, de unidades especializadas y establecidas para tal efecto”.⁴

Como ejemplo, tomamos la cuenta pública de 2013, donde la Auditoría Superior de la Federación señalo respecto del control que “las administraciones estatales y, sobre todo, las municipales, no disponen de sistemas eficientes de control interno, situación que afecta los fondos y programas financiados con el gasto federalizado. Esto sucede a pesar de que en 22 entidades federativas se han publicado, oficialmente, las normas generales de control interno para la administración pública estatal, alineadas a las normas de control del gobierno federal”.⁵

Dada la necesidad de implementar un control interno y externo, el gobierno federal a partir de ese año (2014), comienza las reformas constitucionales en el ámbito del combate a la corrupción y la transparencia, buscando más servidores públicos honestos y que los actores de la población civil intervengan en este sistema, cabe mencionar que las dos instituciones mas afectadas en este cambio fueron la Secretaría de la Función Pública y la Auditoría Superior de la Federación.

III La corrupción y el nacer de un nuevo sistema

La corrupción es un problema que se ha convertido en un cáncer que afecta a los tres elementos del Estado, de tal manera que no es difícil escuchar a diario en las noticias ilícitos cometidos por servidores públicos, situación que ha generado la preocupación de los diversos niveles de gobierno que ha originado se busque establecer mecanismos que permitan proponer e implementar acciones de gobierno para dar las soluciones a estos problemas que atañen a la Administración Pública, llámese Federal, Estatal o Municipal.

Para poder definir la palabra corrupción, es necesario traer a la mente, la imagen de un servidor público recibiendo o pidiendo una dádiva por un servicio o un producto que no se debió dar en ese momento en razón de que para realizar ese trámite o brindar ese servicio el servidor público recibe una remuneración del estado; es por ello, que el gran maestro Max Kaiser en su libro “El combate a la corrupción, la gran tarea pendiente en México”⁶ menciona que este hecho no es definible, ya que al tener tantos elementos que generen este ilícito, no logra apuntar a un significado exacto e inequívoco en este tema, sin embargo derivado de la investigación hecha en campo y experiencia personal, considero que la corrupción es: aquella malversación de facultades realizada por

⁴ AUDITORIA SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN, Marco Integrado de Control Interno 1 ed. Ciudad de México, México, 2014. Disponible <https://www.asf.gob.mx/uploads/176_Marco_Integrado_de_Control/Marco_Integrado_de_Cont_Int_leyen.pdf>. Acceso en: 26 de junio de 2018. p14

⁵ AUDITORÍA SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN, Informe General Cuenta Pública 2013. 1 Ed. Ciudad de México, México, 2013 Disponible < http://www.asf.gob.mx/uploads/55_Informes_de_auditoria/Informe_General_CP_2013.pdf>. p.50

⁶ KAISER, Max. *El combate a la corrupción, la gran tarea pendiente en México*, Ciudad de México, México: Maporrúa. 2014

servidores públicos, personas físicas o morales, con el objetivo de obtener un beneficio indebido, en la realización de actos presentes, o con promesa de realizarlos a futuro.

Teniendo en consideración este aspecto, debemos mencionar que México es considerado como uno de los países más corruptos en toda América Latina y uno de los países con mayores índices negativos en todo el mundo; según los índices de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE),⁷ la cual ha dicho que la corrupción es la segunda situación que preocupa a los ciudadanos, solo debajo de la seguridad y crimen, teniendo así, un gran costo económico para el país, representando en estadísticas del Instituto Mexicano para la Competitividad, hasta un 5% del Producto Interno Bruto (PIB) lo que nos hace recordar a Mauricio Merino en su obra “La desigualdad de trato en el diseño del gasto público federal mexicano”⁸ donde hace referencia a que tenemos la gran costumbre de resolver problemas asignando partidas presupuestales altas a aquello que nos aqueja, cuando en verdad se deben ocupar y preocupar por la falta de una buena fiscalización y control de los recursos, donde no solo la rendición de cuentas sea la piedra angular del sistema, sino la transparencia como nexa a todas las actividades que realizan los tres poderes de la unión, es por ello, que en esta investigación daré las posibles soluciones a este mal, que ha generado mayor endeudamiento en los tres niveles de gobierno -municipal, estatal y federal- un incremento de procedimientos de responsabilidades administrativas y penales en contra de servidores públicos, así como, a particulares que se han visto relacionados en cohecho, peculado, soborno, tráfico de influencia, etc.

Con estos antecedentes la Secretaría de la Función Pública, reconoce la existencia de tres tipos de corrupción, que son:

- a) Corrupción de gran escala: Actos cometidos en los niveles más altos de gobierno.
- b) Actos de corrupción menores: Abuso cotidiano de poder por servidores públicos de mediano y bajo rango.
- c) Corrupción Política: Manipulación de políticas, Instituciones y normas de procedimiento en la asignación de recursos y financiamiento.⁹

Advertido ya, la lucha contra este mal que atañe a todos los órganos de la administración pública, podemos observar que esta relacionado con los controles internos y externos de la gestión pública, y es por ello, que es necesario considerar estos aspectos para llevar a cabo un sistema efectivo, que permita transparentar la actuación gubernamental y el gasto público en todas las entidades federativas.

No solo es necesario tener el control ni el procedimiento en contra de la corrupción, sino contar con un sistema de rendición de cuentas y un ente autónomo, donde ninguno de los poderes de la unión tenga injerencia, pero si un vínculo para llevar el proceso en caso de irregularidad en sus funciones de sus servidores públicos.

Para el combate de la corrupción es indispensable dotar a la sociedad de uno de los poderes más importantes: el acceso a la información, que genera y obtiene del Estado,

⁷ ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. *Adoptando una política firme contra la corrupción*. 1 ed. Ciudad de México, México, 2018. Disponible: <<https://www.oecd.org/ethics/estudio-integridad-mexico-aspectos-claves.pdf>>. p. 3

⁸ MERINO, Mauricio. *La desigualdad de trato en el diseño del gasto público federal mexicano* 1 ed. Ciudad de México, México, Editora CONAPRED 2014

⁹ SECRETARIA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. *Definición de corrupción* 1 Ed. Ciudad de México, México, 2013. Disponible: <<https://www.gob.mx/sfp/documentos/definicion-de-corrupcion>>. acceso en 26 de junio de 2018

para conocer si todas las actividades que realiza son apegadas a derecho y en caso de no serlo, solicitar a la autoridad correspondiente se lleve a cabo el procedimiento de responsabilidad ya sea administrativa, penal, política o civil.

Actualmente en la legislación mexicana el acceso a la información pública se considera un derecho humano, consagrado en la constitución en su artículo sexto, que a la letra refiere “La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, la vida privada o los derechos de terceros, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley. El derecho a la información será garantizado por el Estado”.¹⁰

Por todo ello, definimos que el control administrativo es “la acción de naturaleza preventiva y de verificación que garantiza la correcta administración de recursos humanos, materiales, financieros y la obtención de resultados adecuados de gestión”.¹¹

Teniendo como sujetos primordialmente a la autoridad u órganos administrativos, que se verán en todo momento, obligados a rendir cuentas, si se dio o no cumplimiento a todos los actos emanados, así como el control de cada uno de los recursos públicos que tienen en su poder; buscando siempre como finalidad, el correcto funcionamiento de su administración, tratando de llevar en todo momento el equilibrio de los recursos materiales, humanos y financieros que son necesarios para la satisfacción de las necesidades de la colectividad.

Derivado de este análisis, en el año de 2015, la cámara de Senadores consideró importante crear un ente que coordine y busque obtener mayor transparencia, con controles eficientes en la fiscalización del gasto público y así dotar de facultades al órgano interno de control para fincar responsabilidades no graves y en su caso llevarlo hasta el Tribunal Federal de Justicia Administrativa en el caso de faltas graves. -el Sistema Nacional Anticorrupción. (SNA).¹²

IV El sistema nacional anticorrupción -el fortalecimiento de la secretaría de la función pública y la auditoría superior de la federación-

La reforma que da el nacimiento al Sistema Nacional Anticorrupción se da en el título cuarto de la Constitución Suprema, donde en su artículo 113 sustenta el cambio de toda la estructura de responsabilidades; disposición normativa que en razón de tener diversas lagunas, propició que su publicación fuera en el año de 2016 y el inicio de su vigencia hasta mayo de 2017, previendo la creación de cuatro leyes secundarias, es decir, la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, la Ley General de Responsabilidades Administrativas, la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa y la

¹⁰ CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (1917) Ciudad de México, México, Editora Gallardo, 2018, p. 32

¹¹ CÁRDENAS LANZ, Marco jurídico y administrativo del control en la administración Pública Federal, Revista de Administración Pública, Ciudad de México México: Editora Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984 pp 57-58

¹² SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Sistema Nacional Anticorrupción (SNA). 1 Ed. Ciudad de México, 2016 Disponible: <<https://www.gob.mx/sfp/acciones-y-programas/sistema-nacional-anticorrupcion-64289?idiom=es>>. acceso en 26 de junio de 2018

Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación, así como, la reforma a otras tres leyes, la Ley Orgánica de la Procuraduría General de la República, el Código Penal Federal y la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, disposiciones normativas que desde el momento de su creación o a partir de las reformas aprobadas, han tenido impacto inmediato en la sociedad, debido a que se ha difundido que estas siete leyes, constituyen los ejes rectores para una “buena administración pública y un buen gobierno”, de tal suerte que entes como la Auditoría Superior de la Federación (ASF), la Secretaría de la Función Pública (SFP), el Consejo de la Judicatura Federal, el Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección de Datos Personales (INAI) y la creación de la figura de Fiscal Anticorrupción, ha generado un parteaguas que a partir de su entrada en vigor permitió la renovación del procedimiento administrativo disciplinario de responsabilidades ante el Órgano Interno de Control, que derivado de la separación de las áreas de quejas, ahora con calidad de autoridad investigadora, y por otra parte, el área de responsabilidades, como autoridad substanciadora, garantizan al servidor público en primer lugar, investigado y de ser el caso, sujeto a procedimiento, que tanto la etapa de investigación como la de procedimiento sancionador serán llevadas a cabo por autoridades distintas, es decir, con la imparcialidad necesaria para garantizarle un adecuado proceso, cuando se trate de conductas consideradas por la Ley General de Responsabilidades Administrativas como conductas no graves, y en el caso, de que la conducta cometida sea considerada grave y en consecuencia, de la competencia del Tribunal Federal de Justicia Administrativa, prevalezca la imparcialidad y se privilegie la presunción de inocencia, siendo importante destacar que, no obstante los beneficios que se otorgan al servidor público sujeto a investigación o procedimiento, en la Ley General de Responsabilidades Administrativas se consideran como conductas graves, delitos ya contemplados en el Código Penal Federal.

El fenómeno de la corrupción, no solo daña a las instituciones, sino también a la economía y la democracia mexicana, por ello, a través del Sistema Nacional Anticorrupción, se busca establecer los mecanismos de coordinación entre las autoridades federales y locales, a fin de perseguir, sancionar y a través de las sanciones impuestas a los servidores públicos involucrados en actos de corrupción, como medidas ejemplares, establecer los mecanismos de coordinación con los gobiernos federales, estatales y municipales haciendo un frente común a este mal.

Por estos motivos, es que se integra el Comité Coordinador del Sistema Nacional Anticorrupción, un Comité de Participación Ciudadana, el Comité Rector del Sistema Nacional de Fiscalización y los Sistemas Locales Anticorrupción; con el principal objetivo de lograr la reivindicación de las instituciones del estado con la ciudadanía y por con ello recuperar la confianza de los ciudadanos en las instituciones de gobierno.

La institución de la administración pública a la que le repercute de manera directa esta reforma es a la Secretaría de la Función Pública (SFP), instancia dependiente del Ejecutivo Federal, debido a que su titular es nombrado por el presidente de la República, hecho que a mi parecer es contradictorio con la nueva reforma que se menciona. Ejemplo de ello es que la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE)¹³

¹³ ORTEGA, Eduardo. Sistema Nacional Anticorrupción “eficaz, solo si se tiene autonomía” El Financiero Ciudad de México, México, 28 de noviembre de 2016 Disponible <://www.elfinanciero.com.mx/nacional/sistema-nacional-anticorrupcion-eficaz-solo-si-tiene-autonomia>. Acceso el 26 de junio de 2018

ha dicho que es esencial de dotar de autonomía e independencia las instituciones que conforman el SNA, ya que sino se garantiza este principio, jamás abra imparcialidad y objetividad, dañando así a las instituciones de gobierno, cabe recalcar como ejemplo “La casa Blanca” del Presidente Enrique Peña Nieto, donde al ex titular Virgilio Andrade, llevo el procedimiento de investigación y salió exonerado; ante estos hechos hay un conflicto de intereses, ya que su designación corre a través del presidente, por lo que si tuviera autonomía la SFP, las investigaciones hubieran sido sin temor a que pudiera haber un cargo en contra de su persona, mismo hecho que no solo ha lastimado a México, sino a toda América Latina, muestra de ello es lo acontecido en Brasil, con el ex Ministro del Ministerio de Transparencia, Fiscalización y Control de Brasil, Fabiano Silveira, dado a que fueron encontradas varias grabaciones con el Expresidente de Transpetro, donde recomendaba estrategias para evitar la Operación Lava Jato.¹⁴

Si queremos que funcione este nuevo modelo, se debe buscar la autonomía de sus instituciones, es decir que no haya injerencia directa de los tres poderes públicos.

Es de señalarse que, las funciones que se modifican o nacen como resultado de esta reforma, por cuanto hacen a la Secretaría de la Función Pública, órgano auxiliar del poder ejecutivo que tiene a cargo el vigilar el cumplimiento de la legalidad de los servidores públicos, la cual dentro de sus funciones, está la de establecer y coordinar los procesos de control y fiscalización del gasto público en el gobierno federal, ser la encargada de dirigir y determinar las políticas de compras públicas de la federación a través de (COMPRANET), en apego en todo momento a la Ley de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público, entre otras muchas.

Facultades las anteriores, que se encuentran establecidas en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal en su artículo 37,¹⁵ de las cuales es indispensable recalcar sus tres aspectos principales para poder comprender el inicio de un procedimiento sancionador y en su caso llevarlo ante los tribunales administrativos.

I.- Organizar y coordinar el sistema de control interno y la evaluación de la gestión gubernamental; inspeccionar el ejercicio del gasto público federal y su congruencia con los presupuestos de egresos...

II.- Conocer e investigar las conductas de los servidores públicos de la Administración Pública Federal que puedan constituir responsabilidades administrativas, así como substanciar los procedimientos correspondientes conforme a lo establecido en la Ley General de Responsabilidades Administrativas

III.- Realizar, por sí o a solicitud de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público o la coordinadora de sector correspondiente, auditorías, revisiones y evaluaciones a las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal.

Las Facultades anteriores, que a mi consideración son los más importantes, en razón de que de ellas se desprende el hecho de que no solo tiene a cargo la investigación y la imposición de sanciones, sino también y no menos importante, la

¹⁴ SECO, Raquel. *Brasil dimite por criticar la investigación del caso Petrobras* El país, Sao Paulo, Brasil, 31 de mayo de 2016. Disponible: <https://elpais.com/internacional/2016/05/31/actualidad/1464648522_899672.html> acceso en 26 de junio de 2018

¹⁵ MÉXICO, Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, 24 de abril de 2018, artículo 37

supervisión y vigilancia del buen funcionamiento de las dependencias y entidades de la Administración Pública Federal, específicamente en lo que se refiere al ejercicio y gasto de los recursos públicos, facultad la anterior, que también tiene ahora la Auditoría Superior de la Federación, por lo que, con estas reformas se fortalecieron los mecanismos de coordinación entre ambas instituciones del Estado, por lo que ahora más que nunca, deberán trabajar en coordinación para homologar trabajos y poner en marcha el Sistema Nacional Anticorrupción y al Sistema Nacional de Fiscalización.

Sin embargo, en el quehacer público cotidiano, se ha comprobado que los temas relacionados con Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios, son el nicho de corrupción en los tres niveles de gobierno, lo que ha propiciado que la misma Auditoría Superior de la Federación en su informe del resultado de fiscalización superior de la cuenta pública 2014, indicara que pese al cumplimiento de las disposiciones normativas, los contratos que se celebran no implican beneficio para el Estado¹⁶ es decir en otras palabras, se ha visto coludido el servidor público con el particular para realizar actos indebidos como lo son el cohecho para obtener un beneficio a costa del detrimento del Estado, teniendo como pilar principal la adjudicación directa, donde este acto administrativo se ha convertido en una de las principales fuentes de corrupción; otro aspecto es la increíble inflación de los precios de los productos que compra el Estado, para dotar de herramienta a sus servidores públicos donde podemos mencionar en investigación del Instituto Mexicano para la Competitividad (IMCO)¹⁷ el 71 por ciento de los contratos han sido por adjudicación directa, dando como riesgo de corrupción la falta de competencia, de transparencia dado a que solo el 22% de los contratos asignados fue licitado públicamente y la existencia de anomalías diversas, como ejemplo tomamos al Instituto Mexicano del Seguro Social, a la Comisión Federal de Electricidad y al Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, ya que estas tres instituciones públicas concentran el 56 por ciento del gasto público federal en procedimientos de contratación; lo que ha generado que una cierta cantidad de recursos públicos sean mal gastados por la corrupción.

Ante estos hechos, si se unifica y crea una Ley General de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público y se elimina la adjudicación directa, se tendrá mayor control del recurso que es perdido por estas prácticas que dañan a los gobernados, hecho que el mismo IMCO avala en su plataforma, porque a pesar de que, con el SNA, debe haber un representante social, es bien decir que en la mayoría de las licitaciones la participación de estos miembros es nula.

Otro Organismo internacional que respalda esta idea es la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en su representación como Oficina de las Naciones Unidas contra la Droga y el Delito (UNODC) donde a dicho que en el ámbito de contrataciones públicas, según el Índice de Fuentes de Soborno por Países (IFSP), México ocupa el lugar 26 de 28 países, donde se establece que el gran problema de la corrupción se da desde la licitación, con el pago de sobornos a servidores públicos por parte de empresas con

¹⁶ ROSALES, Eliseo. *Compras Públicas y corrupción*. El Economista, Ciudad de México, México, 27 de marzo de 2016. Disponible: <<https://www.economista.com.mx/opinion/Compras-publicas-y-corrupcion-20160327-0122.html>> acceso en 26 de junio de 2018.

¹⁷ IMCO Índice de Riesgos de Corrupción: El sistema mexicano en contrataciones públicas. 1Ed. Ciudad de México, México 2018. Disponible en: <https://imco.org.mx/articulo_es/indice-riesgos-corrupcion-sistema-mexicano-contrataciones-publicas/>. Acceso en 26 de junio de 2018.

el fin de conseguir adjudicación de las licitaciones, hecho que se ve incrementado por los Estados y Municipios de la República Mexicana generando mayor deuda pública.¹⁸

Prácticas que dan pie a la corrupción, debido a la falta de voto en los casos que se someten a la aprobación de los comités de Adquisiciones por parte del órgano interno de control, es decir, al solo verificar que los procedimientos de contratación se lleven a cabo con la aprobación del comité y a través de licitaciones, al no tener voto, y solo fungir como asesor, y al no ser tomadas en cuenta sus recomendaciones, no podrá hacer nada hasta que el acto se consuma, generando que esta figura sea sancionadora en vez de prevenir el acto, dando como resultado la ineficiencia del gasto público y el daño a una buena administración pública, por lo que si tuviera voto, pero de calidad, se podría mandar el mensaje a la población de que ya hay seguridad de que se realice este proceso.

De ser, así las cosas, la población mexicana volvería de nuevo a tener la confianza en las instituciones y disminuiría cabalmente la deuda pública en los tres niveles de gobierno.

En este mismo orden de ideas, tenemos que la Auditoría Superior de la Federación¹⁹ de conformidad con lo que establece la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, es el “órgano técnico especializado de la Cámara de Diputados, dotado de autonomía técnica y de gestión, se encarga de fiscalizar el uso de los recursos públicos federales en los tres Poderes de la Unión; los órganos constitucionales autónomos; los estados y municipios; y en general cualquier entidad, persona física o moral, pública o privada que haya captado, recaudado, administrado, manejado o ejercido recursos públicos federales ...” este órgano para México, se encarga de obtener toda la información de los recursos públicos que ejercen las Dependencias y Entidades de la Federación, y en su caso, imponer sanciones, a efecto de garantizar el control, administración, manejo, custodia y aplicación de los ingresos, egresos y fondos provenientes del Estado, cuyos resultados da a conocer de forma anual, mediante el informe de la cuenta pública, en el que se precisa el gasto ejercido por el Gobierno por Dependencia y/o Entidad, el monto de las observaciones generadas, las que fueron atendidas y las que se encuentran pendientes de atención, destacando por su importancia las que tengan mayor impacto económico para el Estado, así como, la conducta de los servidores públicos, que hubieran generado desvíos de recursos, así como, el incremento de la deuda pública.

No omito mencionar que, Entidades Federativas como Coahuila, Veracruz, Chihuahua, Chiapas y Nuevo León, según los resultados de la Auditoría Superior de la Federación, siguen teniendo un nivel de endeudamiento importante que se ve reflejado en la asignación de su gasto.²⁰

¹⁸ OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. 1 Ed. *Transparencia, Objetividad y Competencia en las Contrataciones Públicas*, Ciudad de México, México, 2013. Disponible <https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Transparencia_Publicas.pdf>. Acceso en 26 de junio de 2018.

¹⁹ ALBOR Roberto SANCHEZ E, RANGEL A, ORTEGA R, RAMÓN C & SERRANO J. “Guía para correlacionar la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación con el Sistema Nacional Anticorrupción” 1 Ed. Ciudad de México, México: Editora Cámara de Diputados, 2016. p. 5-8

²⁰ SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Estadísticas Oportunas de Finanzas Públicas. 1 Ed. Ciudad de México, México, 2018 Disponible: <http://www.shcp.gob.mx/POLITICAFINANCIERA/FINANZASPUBLICAS/Estadísticas_Oportunas_Finanzas_Publicas/Paginas/unica2.aspx> acceso en: 26 de junio de 2018

Las principales facultades de la Auditoría Superior de la Federación son:

- A) La fiscalización de los ingresos y egresos.
- B) La inspección, vigilancia, supervisión y evaluación.
- C) La imposición de responsabilidades resarcitorias en caso de daño al patrimonio del Estado.
- D) La rendición de cuentas de la cuenta pública.

En estas cuatro funciones, recae la responsabilidad de que sean detectadas en tiempo y sancionados a su vez, los servidores públicos que a través de conductas y omisiones propiciaron el ejercicio indebido del gasto público, erogaciones sin justificación, desvío de recursos públicos, en perjuicio del patrimonio del Estado.

Como se desprende de lo anteriormente señalado, estas dos instituciones que fungen como ejes rectores de una buena administración pública, deben ser dotadas y en verdad respaldadas con autonomía, un servicio profesional de carrera, donde con exámenes de conocimientos generales y específicos se puedan nombrar los cargos que podrían obtener estos servidores públicos, dando así la eficiencia del puesto, dado que la mayoría de designaciones laborales son “amigos del jefe” o bien son empleados para saltar a un cargo de elección popular, si se realiza como lo menciona Mauricio Merino en su artículo “La Captura de los Puestos públicos”²¹ donde importe más los méritos probados y el conocimiento, se podrá lograr una institución sólida, confiable, honesta, transparente y de alta calidad; dotando a la administración pública de un cuerpo eficaz de servidores públicos, garantizando los proyectos y programas de gobierno.

Lo que sería un golpe terrible a la corrupción, pero un incremento de confianza a las instituciones de gobierno, generando mayor credibilidad y profesionalización de los cargos que se den y en caso de que se lleven a cabo en la SFP y ASF, estaríamos hablando de entes eficaces, transparentes y llenos de verdad al momento de sus dictámenes.

Bajo este contexto, el procedimiento de responsabilidades administrativas de servidores públicos se unifica con la abrogación de la Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos y la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas de los Servidores Públicos, en todos los niveles de gobierno, es decir, en el gobierno federal, en el estatal y en el municipal, de tal suerte que, en cualquiera de esos niveles de gobierno en los que un servidor público cometa una irregularidad, el procedimiento al que sea sujeto primero en fase de investigación y de ser el caso, en procedimiento de responsabilidad, se sigan las mismas etapas con iguales formalidades, pero sobre todo, privilegiando la presunción de inocencia, dejando la carga de la prueba a la autoridad que denuncia el hecho o conducta irregular, o bien al ciudadano que se encuentra en esa postura, por tanto favoreciendo y protegiendo los derechos de los servidores públicos presuntos responsables, garantizando además la protección a sus derechos humanos.

El procedimiento Administrativo Disciplinario tiene como finalidad reducir los índices de corrupción e irregularidades en el quehacer público es ahí que, la aplicación de este, para la determinación de la existencia de las responsabilidades administrativas cometidas por servidores públicos durante el desempeño en un empleo, cargo o comisión, es un procedimiento llevado a cabo ante un órgano fiscalizador cuya función en el caso de

²¹ MERINO, Mauricio. La captura de los puestos públicos. *Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales* Ciudad de México, México, 2013 Disponible: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-19182013000300006>. Acceso el 26 de junio de 2018.

que sea cometida alguna irregularidad y a consecuencia de la investigación que realice, se cuente con elementos suficientes y competentes para acreditar la existencia y comisión de la irregularidad por el servidor público involucrado, atendiendo a la gravedad de la conducta, ésta podrá ser calificada como no grave y por tanto, del conocimiento del mismo órgano fiscalizador, a través de su área de responsabilidades quien conozca de los hechos y desahogadas las pruebas emita la sanción correspondiente, tomando en consideración para ello, la antigüedad en el servicio, el nivel académico, su percepción monetaria, si cuenta con un antecedente de sanción administrativa previa, entre otros aspectos a considerar; en el caso de ser una conducta consideraba como grave, la intervención del área de responsabilidades será hasta el desahogo de las pruebas, poniendo del conocimiento del Tribunal Federal de Justicia Administrativa la imposición de la sanción al servidor público sujeto a procedimiento de responsabilidad.

Para la administración pública es importante que sus servidores públicos conozcan las obligaciones que al efecto les impone la Ley General de Responsabilidades Administrativas, La Ley General de Transparencia y Acceso a la Información, a consecuencia del nombramiento por el cual se les confiere el cargo, a fin de que durante el desempeño de sus funciones no incurran en conductas que afecten al patrimonio del estado, o atenten contra las obligaciones que también les impone el Código de Ética y el Código de Conducta de la Administración Pública Federal.

Resulta necesario precisar el régimen de responsabilidad de los servidores públicos, detallando la responsabilidad administrativa y el porque se le tiene que dar voto al órgano interno de control para lograr prevenir un acto de corrupción y no solamente sancionar.

La responsabilidad que asume cualquier servidor público cuando incumple las disposiciones normativas tanto generales como particulares, que con motivo del ejercicio de su empleo, cargo o comisión, se encuentra obligado a cumplir, como son la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos²² las leyes federales aplicables al ejercicio de su encargo público que desempeña, los reglamentos internos y manuales de organización, de cada dependencia o entidad pública; de acuerdo con el Título Cuarto de la Constitución reformado por el Sistema Nacional Anticorrupción en sus artículos 108 al 114, el sistema de responsabilidades de los servidores públicos se conforma por cuatro vertientes, la responsabilidad política, penal, civil y administrativa.

La responsabilidad política es la aplicable a “Senadores, Diputados al congreso de la Unión, ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación...” por la comisión de actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho, por lo que solo será aplicable a ciertos servidores públicos, tal y como textualmente lo define²³Riva Palacio, cuando menciona que “Es la comisión de actos u omisiones que redunden en perjuicio de los intereses públicos fundamentales o de su buen despacho” cometidos por servidores públicos ya antes señalados, en cuyos casos serán sujetos del juicio político establecidos en el artículo 110 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Cualquier ciudadano mexicano podrá denunciar ante la Cámara de Diputados, cualquier conducta que constituyan una responsabilidad.

²² CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (1917) Ciudad de México, México, México, Editora Gallardo, 2018, p. 183

²³ RIVA, Antonio. *Juicio Político, Servidores públicos y sus nuevas responsabilidades*, 1 Ed- Ciudad de México, México. Editorial INAP, 1984, pág. 82.

La responsabilidad penal, es aquella cometida por los servidores públicos que incurren en un delito, a través de un acto u omisión constitutivo de conducta que se encuentra sancionada por el Código Penal Federal, cabe señalar, que, debido a la reforma de 2015, a la que he hecho mención en líneas anteriores, se generaron conductas que son parecidas y tomadas como faltas administrativas graves, a pesar de tener un origen administrativo, y por tanto, una naturaleza jurídica distintas de estas.

Las sanciones del Código Penal a los servidores públicos que cometen estos ilícitos, se encuentran establecidas en los artículos 212 al 224 y consideran como penalidad La privación de la libertad, la reparación del daño (sanción económica), destitución e inhabilitación para desempeñar empleos, cargos o comisiones públicos, decomiso de bienes cuya procedencia no se logra acreditar.

Este tipo de responsabilidad es de las más comunes en las que un servidor público incurre en el desempeño de un empleo, cargo o comisión de cualquier naturaleza, sin embargo, una de las más difíciles de actualizar toda vez que es el Ministerio Público Federal el que se encarga de recabar aquellas pruebas para acreditar el tipo penal y estas a veces por su naturaleza son complicadas de engranar al acto cometido por el servidor público.

La responsabilidad civil²⁴ es entendida como aquella acción cometida en el ámbito de los servidores públicos que se produce por hechos o actos realizados en el ejercicio de sus funciones, que causen daño a los particulares, a consecuencia de la violación de un derecho ajeno, y que por lo tanto debe afrontar la obligación jurídica de no dañar a nadie, es decir pagar los daños causados, en este tipo de responsabilidad se fincará cuando por negligencia, descuido, irresponsabilidad o engaño, se ocasionan daños o perjuicios a los intereses patrimoniales de los particulares o del Estado, y en tal caso deben ser resarcidos o indemnizados de los bienes o derechos dañados, de conformidad con que al efecto regula la Ley Federal de Responsabilidad Patrimonial del Estado.

El daño que pueden causar los servidores públicos a los particulares, cuando obran en el ejercicio de sus funciones pueden ser de dos maneras: A) Económico que consiste en la pérdida o menoscabo sufrido en el patrimonio agraviado. B) De carácter moral, este debe entenderse como la afectación que sufre una persona física en sus sentimientos, afectos, creencias, decoro, honor, reputación o en su vida privada.

En este contexto, se podrá hacer mención que hay tres tipos de responsabilidad patrimonial del estado, que son: A) Contractual que surge de la violación a una obligación derivada de un acuerdo de voluntades; B) Extracontractual que deriva de la actividad de los órganos del Estado, impuesta a los gobernados de manera unilateral doctrinalmente, pueden ser por actos legislativos, jurisdiccionales o administrativos; C) Causal, cuando el Estado, al actuar en razón a los intereses de la colectividad causa una lesión legítima, ya que los particulares no tienen por qué soportarla.

Y por último la responsabilidad administrativa se constituirá a través de las conductas que lleven a cabo los servidores públicos, en las que falten a la legalidad, honradez, lealtad, imparcialidad y eficiencia en el desempeño de su empleo, cargo o comisión, de cuya comisión, a encargada de investigar y en su caso sancionar el incumplimiento es la SFP, a través de sus Órganos Internos de Control, específicamente

²⁴ MARTÍNEZ, Morales Rafael. *Derecho Administrativo Segundo Curso*, 6 Ed. Ciudad de México, México, Editorial Oxford 2015 p.393

a través de sus áreas de quejas y/o responsabilidades, en el marco de actuación de cada una de las etapas que les corresponden.

En ese sentido el artículo 49 de la Ley General de Responsabilidades Administrativas (LGRA)²⁵ hace referencia a las faltas administrativas consideradas como no graves cuya investigación y sanción podrá ser llevada a través de las áreas de quejas y de responsabilidades de los Órganos Interno de Control en cada una de las Dependencias, Entidades, Empresas Productivas del Estado.

De lo antes señalado, se hace evidente que a partir de la entrada en vigor de la Ley Federal de Responsabilidades Administrativas, en el artículo 51 de la LGRA,²⁶ se hace mención de una lista de las conductas que serán consideradas como faltas graves, considerando como faltas administrativas, conductas que constituyen delitos ya regulados en el Código Penal Federal, agregando como innovación, el hecho de que se incluya aquellas conductas cometidas por particulares, como por ejemplo, las empresas que participan en procedimientos de contratación con el Gobierno, así como, aquellas cometidas por particulares a los que denomina en situación especial, dentro de los que se considera a los Líderes Sindicales, pero limitando la responsabilidad a actos que guarden relación con actos de campaña entre otros, conductas por las que el particular, ahora podrá ser sujeto de procedimiento de responsabilidad administrativa y sancionado por el Tribunal Federal de Justicia Administrativa, cambio importante en la lucha emprendida contra la corrupción, pero sobre todo, en la imparcialidad y objetividad con la que se impondrán las sanciones, en razón de que ya no será el OIC el encargado de imponer sanciones, ahora será el Magistrado encargado de imponerla transparentando el procedimiento sancionador.

Finalmente, considerando que el objetivo de la reforma puesta en marcha con la implementación del Sistema Nacional Anticorrupción en México, es buscar los mecanismos necesarios que permitan combatir la corrupción y cambiar la percepción que tiene la ciudadanía de las instituciones de gobierno y de sus servidores públicos, vale la pena recordar al gran Jurista y excelente presidente de México, Don Pablo Benito Juárez García, quien respecto de la austeridad en la que deben vivir los servidores públicos refería “No se puede gobernar a base de impulsos de una voluntad caprichosa, sino con sujeción a las leyes No se pueden improvisar fortunas, ni entregarse al ocio y a la disipación, sino consagrarse asiduamente al trabajo, disponiéndose a vivir, en la honrada medianía que proporciona la retribución que la ley señala”

Conociendo ya los medios de control actuales como son la rendición de cuentas, la transparencia y un régimen de responsabilidades de servidores públicos mas eficiente, puedo concluir que:

V Conclusiones

- A) El control interno y externo es necesario para poder llevar a cabo una buena administración pública y un buen gobierno, a falta de uno de ellos, solamente crearía mayor corrupción y mayor desconfianza en las instituciones de gobierno.

²⁵ MÉXICO, Ley General de Responsabilidades Administrativas, 18 de Julio de 2016, Artículo 49

²⁶ MÉXICO, Ley General de Responsabilidades Administrativas, 18 de Julio de 2016, Artículo 51

- B) La estructura del sistema nacional anticorrupción debe ser autónoma, dado que la falta de esta puede llevar a la mal versión del gasto público y la ineficiencia del servidor público
- C) Los órganos internos de control deben de tener voz y voto en la celebración de todos los comités, con la finalidad de dar mayor credibilidad en todos los actos de la administración pública en los tres niveles de gobierno.
- D) Obtener una Ley General de Adquisiciones, Arrendamientos y Servicios del Sector Público dará mayor confianza y ahorro a la población, potencializando los bienes y servicios con los que se dota el Estado y disminuyendo cabalmente la deuda pública de las Entidades Federativas.
- E) Si se fortalece de nuevo el servicio profesional de carrera, se tendría como resultado la transparencia y la eficacia de todas las instituciones de gobierno.
- F) Es necesario recuperar y fortalecer la participación ciudadana en este nuevo sistema, ya que a pesar de que hace mención de un comité de participación ciudadana, este carece de credibilidad en la mayoría de sus ámbitos.
- G) La Auditoría Superior de la Federación con la Secretaría de la Función Pública son los entes de mayor importancia en este sistema, por lo que debe estar formado de gente basta de conocimiento de la materia, así como buscar proteger sus decisiones fuera de los tres entes de poder.

Referencias

ALBOR Roberto SANCHEZ E, RANGEL A, ORTEGA R, RAMÓN C & SERRANO J. "Guía para correlacionar la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación con el Sistema Nacional Anticorrupción" 1 Ed. Ciudad de México, México: Editora Cámara de Diputados, 2016.

AUDITORÍA SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN, Informe General Cuenta Pública 2013. 1 Ed. Ciudad de México, México, 2013 Disponible <http://www.asf.gob.mx/uploads/55_Informes_de_auditoria/Informe_General_CP_2013.pdf>

AUDITORIA SUPERIOR DE LA FEDERACIÓN, Marco Integrado de Control Interno 1 ed. Ciudad de México, México, 2014. Disponible <https://www.asf.gob.mx/uploads/176_Marco_Integrado_de_Control/Marco_Integrado_de_Cont_Int_leyen.pdf> acceso en: 26 de junio de 2018.

CÁRDENAS LANZ, Marco jurídico y administrativo del control en la administración Pública Federal, Revista de Administración Pública, Ciudad de México México: Editora Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1984.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS (1917) Ciudad de México, México, Editora Gallardo, 2018.

HOFBAUERY Helena CEPEDA Juan Antonio. Transparencia y rendición de cuentas. 1 ed. Ciudad de México, México, 2016. Disponible <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/5/2303/7.pdf>>

IMCO Índice de Riesgos de Corrupción: El sistema mexicano en contrataciones públicas. 1Ed. Ciudad de México, México 2018. Disponible <https://imco.org.mx/articulo_es/indice-riesgos-corrupcion-sistema-mexicano-contrataciones-publicas/> acceso en 26 de junio de 2018

KAISER, Max, El combate a la corrupción, la gran tarea pendiente en México, Ciudad de México, México, Maporrua. 2014

MANKING Gregory N. Principios de economía. 1 ed. Madrid, España: Editora Mc Graw Hill, 1998.

MARTÍNEZ Morales Rafael, Derecho Administrativo Segundo Curso, 6 Ed. Ciudad de México, México, Editorial Oxford 2015.

MERINO, Mauricio. La captura de los puestos públicos Revista Mexicana de Ciencias Políticas y Sociales Ciudad de México, México, 2013 Disponible: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-19182013000300006>.

MERINO, Mauricio. La desigualdad de trato en el diseño del gasto público federal mexicano 1 Ed. Ciudad de México, México, Editora CONAPRED 2014

MÉXICO, Ley General de Responsabilidades Administrativas, 18 de Julio de 2016

MÉXICO, Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, 24 de abril de 2018.

OFICINA DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA DROGA Y EL DELITO. 1 Ed. Transparencia, Objetividad y Competencia en las Contrataciones Públicas, Ciudad de México, México, 2013. Disponible <https://www.unodc.org/documents/mexicoandcentralamerica/publications/Transparencia_Publicas.pdf>

ORGANIZACIÓN PARA LA COOPERACIÓN Y EL DESARROLLO ECONÓMICOS. Adoptando una política firme contra la corrupción. 1 ed. Ciudad de México, México, 2018. Disponible: <<https://www.oecd.org/gov/ethics/estudio-integridad-mexico-aspectos-claves.pdf> > p. 3

ORTEGA, Eduardo. Sistema Nacional Anticorrupción “eficaz, solo si se tiene autonomía” El Financiero Ciudad de México, México, 28 de noviembre de 2016 Disponible :<<http://www.elfinanciero.com.mx/nacional/sistema-nacional-anticorrupcion-eficaz-solo-si-tiene-autonomia>>

RIVA, Antonio, Juicio Político, Servidores públicos y sus nuevas responsabilidades, 1 Ed- Ciudad de México, México. Editorial INAP, 1984.

ROSALES, Eliseo. Compras Públicas y corrupción. El Economista, Ciudad de México, México, 27 de marzo de 2016. Disponible: <<https://www.economista.com.mx/opinion/Compras-publicas-y-corrupcion-20160327-0122.html>>

SCOTT Alan. Nuevos escritos críticos en sociología política 1 Ed. Londres, England: Editora Routledge, 2009.

SECO, Raquel. Brasil dimite por criticar la investigación del caso Petrobras. El país, Sao Paulo, Brasil, 31 de mayo de 2016. Disponible: <https://elpais.com/internacional/2016/05/31/actualidad/1464648522_899672.html>

SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Definición de corrupción 1 Ed. Ciudad de México, México ,2013. Disponible: <<https://www.gob.mx/sfp/documentos/definicion-de-corrupcion>>

SECRETARÍA DE HACIENDA Y CRÉDITO PÚBLICO. Estadísticas Oportunas de Finanzas Públicas. 1 Ed. Ciudad de México, México, 2018 Disponible: <http://www.shcp.gob.mx/POLITICAFINANCIERA/FINANZASPUBLICAS/Estadísticas_Oportunas_Finanzas_Publicas/Paginas/unica2.aspx>

SECRETARÍA DE LA FUNCIÓN PÚBLICA. Sistema Nacional Anticorrupción (SNA). 1 Ed. Ciudad de México, 2016 Disponible: <<https://www.gob.mx/sfp/acciones-y-programas/sistema-nacional-anticorrupcion-64289?idiom=es> >

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MARTÍNEZ, Francisco Javier. El regimen juridico del sistema nacional anticorrupción en el estado mexicano. In: GALLO, William Iván et al. (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 335-350. ISBN 978-85-450-0569-8.

LOS EFECTOS DE LA PENA EN EL RÉGIMEN ADMINISTRATIVO DE LOS FUNCIONARIOS PÚBLICOS EN CHILE

IGNACIO PAVÓN VERDUGO

Introducción

A lo largo de la historia han existido ciertas instituciones y principios que se han entendido como parte fundante de todo ordenamiento jurídico, tales como la autonomía de la voluntad en sede civil o el principio de culpabilidad en sede penal, por nombrar algunos. Es en este sentido que existe un principio basal, con un amplio alcance y que, a medida que pasan los años, se sigue extendiendo: El principio de responsabilidad.

Se suele hablar, básicamente, de cuatro clases de responsabilidades: La civil, la penal, la administrativa y la política. No obstante la importancia de conceptualizar cada una de estas, mi intención es abordar algunas cuestiones con tremenda importancia práctica y que no han sido tratadas profundamente por la doctrina nacional, por lo que urge una revisión detallada de las mismas. En concreto, como reza el título del presente trabajo, pretendo avocarme al estudio de los efectos que generan las sanciones penales en el régimen administrativo de los funcionarios públicos.

Es de suma importancia entender que la responsabilidad civil, penal y administrativa son independientes entre sí, por lo que a pesar que un mismo hecho pueda, en abstracto, ser generador de las tres clases de responsabilidades, en concreto puede ser que el funcionario público sólo responda por una o dos de ellas, no existiendo un correlato necesario a la hora de juzgar los hechos, como consagra el artículo 115 de la ley N° 18.834.

Ahora bien, se pueden plantear algunas interrogantes en torno a lo central del presente trabajo: ¿Qué ocurre cuando el funcionario es condenado y cuando es absuelto?, ¿Existe alguna diferencia tratándose de un cumplimiento efectivo de la pena o si opta a alguna pena sustitutiva de la ley 18.216?

Como queda claro de lo precedentemente expuesto, este trabajo abordará cuestiones de especial relevancia tanto en sede administrativa como de derecho penal sustantivo. Básicamente mi intención es lograr sistematizar y exponer qué ocurre en la práctica –principalmente qué ha señalado la Contraloría General de la República– tratándose de algunos de los casos que expuse más arriba, ya que es imposible obviar que,

más allá de la independencia de responsabilidades, existen una serie de consecuencias para un funcionario público que figura como imputado –y, por ende, posible condenado– en un proceso penal, cuestión que ha sido dejado de lado en la doctrina y, que en mi opinión, requieren de una revisión pormenorizada.

1 Del concepto de responsabilidad, sus clases y el principio de independencia de responsabilidades

1.1 Concepto de responsabilidad

Diversos son los conceptos que se han formulado para aludir a la idea de responsabilidad. Así, en palabras del profesor Francisco Zúñiga:

Responsabilidad es una expresión que, genéricamente, indica la obligación de aquel a quien, por cualquier título, incumben las consecuencias de un hecho dañoso o, en otros términos, dice relación con la posición del sujeto a cuyo cargo pone la ley las consecuencias de un hecho lesivo de un interés o voluntad protegidos.¹

El profesor Silva Cimma lo grafica de la siguiente forma:

No olvidemos lo que hemos dicho ya tantas veces: La función pública y la Administración encargada de materializarla no constituyen otra cosa que medios para la consecución del bien común. De allí que cuando ese bien común se pierde de vista y cuando el actuar del funcionario prescinde de respetar principios básicos que son consustanciales a un Estado Social de Derecho, se genera a su respecto una responsabilidad y, por lo tanto, se torna en sujeto pasivo de ella.²

En tanto, el diccionario de la lengua española de la Real Academia Española nos da cuatro posibles acepciones para el término en estudio:

1. f. Cualidad de responsable.
2. f. Deuda, obligación de reparar satisfacer, sí por otra persona, a consecuencia de un delito, de una culpa o de otra causa legal.
3. f. Cargo u obligación moral que resulta para alguien del posible yerro en cosa o asunto determinado.
4. f. Der. Capacidad existente en todo sujeto activo de derecho para reconocer y aceptar las consecuencias de un hecho realizado libremente.³

En síntesis, podemos señalar que la responsabilidad consiste en asumir las consecuencias de una determinada conducta –activa o pasiva–, y los efectos que deriven

¹ ZÚÑIGA, Francisco. La acción de indemnización por error judicial. Reforma constitucional. Regulación infraconstitucional y jurisprudencia [de] *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, v.6, n.2, jul. 2008, p. 17-18.

² SILVA, Enrique. La Función Pública. In: *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1993, p. 75.

³ Diccionario de la lengua española, Real Academia Española. Disponible en: <<http://dle.rae.es/?id=WCqQQIf>>. Acceso en: 26 de junio. 2018.

de ella.⁴ Ahora bien, más allá de la mera conceptualización teórica precedentemente expuesta, es menester señalar que en el caso chileno, el principio de responsabilidad se extrae de los incisos finales de los artículos 6,⁵ 7⁶ y 38⁷ de la Constitución Política de la República de Chile de 1980.

Por ende, podemos afirmar que partiendo de la base de un Estado de Derecho es inescindible la presencia del principio de responsabilidad y que el mismo, tiene consagración expresa en nuestro ordenamiento jurídico. Ahora bien, a nivel administrativo existen dos normas que consagran la responsabilidad de los funcionarios públicos: El artículo 15 de la ley orgánica constitucional N° 18.575 de bases generales de la administración del Estado de 1986⁸ y el artículo 114 de la ley N° 18.834 de Estatuto Administrativo de 1989.⁹

1.2 Responsabilidad Civil

Se dice que el funcionario incurre en una responsabilidad civil cuando con su actuar, sus omisiones o sus hechos produce un daño en un patrimonio. Ese daño puede afectar ya al patrimonio público genéricamente considerado o aun al patrimonio privado de una persona.¹⁰

No obstante, hay algunos autores que conceptualizan la responsabilidad civil del funcionario público sólo como aquella en que el perjudicado es el patrimonio estatal.¹¹

⁴ BARRA, Nancy; CELIS, Gabriel. Manual de Responsabilidad Administrativa, Santiago, Ed. Thomson Reuters Puntotex, 2009, p. 3.

⁵ "Los órganos del Estado deben someter su acción a la Constitución y a las normas dictadas conforme a ella, y garantizar el orden institucional de la República. Los preceptos de esta Constitución obligan tanto a los titulares o integrantes de dichos órganos como a toda persona, institución o grupo. La infracción de esta norma generará las responsabilidades y sanciones que determine la ley".

⁶ "Los órganos del Estado actúan válidamente previa investidura regular de sus integrantes, dentro de su competencia y en la forma que prescriba la ley. Ninguna magistratura, ninguna persona ni grupo de personas pueden atribuirse, ni aun a pretexto de circunstancias extraordinarias, otra autoridad o derechos que los que expresamente se les hayan conferido en virtud de la Constitución o las leyes. Todo acto en contravención a este artículo es nulo y originará las responsabilidades y sanciones que la ley señale".

⁷ "Una ley orgánica constitucional determinará la organización básica de la Administración Pública, garantizará la carrera funcionaria y los principios de carácter técnico y profesional en que deba fundarse, y asegurará tanto la igualdad de oportunidades de ingreso a ella como la capacitación y el perfeccionamiento de sus integrantes. Cualquier persona que sea lesionada en sus derechos por la Administración del Estado, de sus organismos o de las municipalidades, podrá reclamar ante los tribunales que determine la ley, sin perjuicio de la responsabilidad que pudiere afectar al funcionario que hubiere causado el daño".

⁸ "El personal de la Administración del Estado estará sujeto a responsabilidad administrativa, sin perjuicio de la responsabilidad civil y penal que pueda afectarles. En el ejercicio de la potestad disciplinaria se asegurará el derecho a un racional y justo procedimiento".

⁹ "El empleado que infringiere sus obligaciones o deberes funcionarios podrá ser objeto de anotaciones de demérito en su hoja de vida o de medidas disciplinarias. Los funcionarios incurrirán en responsabilidad administrativa cuando la infracción a sus deberes y Obligaciones fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, la que deberá ser acreditada mediante investigación sumaria o sumario administrativo".

¹⁰ SILVA, Enrique. La Función Pública. In: *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1993, p. 76.

¹¹ LATORRE, Patricio. Responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos. In: *Probidad y Transparencia para la Administración*, V Versión Seminario, Contraloría General de la República, 2012, p.1. Disponible en: <http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Sitios/Capacitacion/Cursos/2012/Gestion_Tecnica_OOPP/2_Patricio_Latorre.pdf>. Acceso en: 26 de junio. 2018. Quien dispone:

Tratándose del ámbito funcional, hay que realizar dos distinciones en esta materia: En primer término, si el daño causado por el funcionario es a un tercero o al patrimonio estatal; y, en este último caso, si el funcionario tenía a su cargo o custodia bienes o fondos del servicio público respectivo o no.

Así, tratándose de los daños causados por los funcionarios públicos a terceros, la vía será recurrir a la justicia ordinaria, aduciendo las normas de la responsabilidad extracontractual. Ahora bien, cuando el perjudicado por el actuar del funcionario sea el patrimonio estatal, la vía para conseguir la reparación podrá ser la del Juicio de Cuentas o la justicia ordinaria.

Pedro Pierry distingue tres situaciones en este ámbito, que vienen a aclarar un poco el panorama en torno a la responsabilidad civil de los funcionarios públicos:

1. Si se trata de funcionarios públicos que tienen a su cargo o custodia bienes o fondos de los servicios públicos: La vía para hacer efectiva su responsabilidad será mediante el Juicio de Cuentas, cuestión regulada en la Ley Orgánica Constitucional N° 10.336 de organización y atribuciones de la Contraloría General de la República.

2. Si se trata de la responsabilidad de un funcionario público por daños ocasionados al servicio público: Acá se podrá ir tanto por el Juicio de Cuentas –a partir de las conclusiones de un Sumario Administrativo- como por un Juicio Ordinario en sede civil.

3. Aquella que deriva de lo que el Estado o ente público haya debido pagar a terceros por daños cometidos por funcionarios públicos: Es decir, la responsabilidad civil del funcionario frente al Estado cuando ha tenido lugar la responsabilidad de éste frente a los particulares.¹²

A pesar de lo señalado por el profesor Pierry, hay algunos autores que en el estudio de la responsabilidad civil de los funcionarios públicos sólo se refieren a los dos primeros casos o, inclusive, algunos sólo incluyen el primer tipo de responsabilidad -correspondiente a la clasificación antedicha, claro está-: Aquella que proviene de los daños irrogados a la administración por funcionarios que tienen a su cargo o custodia fondos o bienes de los servicios públicos. En efecto, en opinión de Montero Cartes:

“es aquella en que incurre un funcionario público cuando en el ejercicio o con ocasión del desempeño de una función pública, lleva a cabo una acción u omisión dolosa o culposa que produce un daño al patrimonio de la Administración del Estado.”¹³

1.3 Responsabilidad Penal

Se dice que incurre en responsabilidad penal el funcionario público que en el ejercicio de su cargo realiza un acto o incurre en una omisión que en la ley positiva están

“es aquella en que incurre un funcionario público cuando en el ejercicio o con ocasión del desempeño de una función pública, lleva a cabo una acción u omisión dolosa o culposa que produce un daño al patrimonio de la Administración del Estado”.

¹² PIERRY, Pedro. Repetición del Estado contra el Funcionario [de] *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, v. 16, 1995, p. 349.

¹³ MONTERO, Cristian. La responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos: un estudio introductorio [de] *Revista de Derecho Público*. Santiago, v. 82, n. 1, jun. 2015, p.124.

tipificados como delito.¹⁴ En esta materia, el concepto que suele utilizarse es el de “delitos funcionarios”, los cuales, en opinión de Sanhueza Romero, “corresponden a aquellos que pueden ser cometidos por los funcionarios públicos en el ejercicio de sus cargos”.¹⁵

Ahora bien, el concepto de funcionario público –para efectos penales– está definido en nuestra legislación en el artículo 260 del Código Penal en los siguientes términos:

“Para los efectos de este Título y del Párrafo IV del Título III, se reputa empleado todo el que desempeñe un cargo o función pública, sea en la Administración Central o en instituciones o empresas semifiscales, municipales, autónomas u organismos creados por el Estado o dependientes de él, aunque no sean del nombramiento del Jefe de la República ni reciban sueldos del Estado. No obstará a esta calificación el que el cargo sea de elección popular”.

En base a este concepto, en opinión de Mayer y Vera¹⁶ se pueden extraer algunas importantes conclusiones para efectos de delimitar el ámbito de aplicación de estos delitos:

1. El concepto de funcionario público previsto en dicha disposición es autónomo, por lo que no corresponde al que existe en sede administrativa.
2. El artículo 260 hace sinónimas las expresiones empleado y funcionario público, a diferencia de la discusión existente en el particular en materia administrativa.¹⁷
3. Lo esencial para encuadrar a un delito como uno “funcionario” para nuestra legislación, es el desempeño de una función pública.^{18 19}

Así, como puede apreciarse a la luz del artículo 260 del código penal, la noción de empleado público repara en la función pública, mientras que en la ley 18.834 lo fundante para calificar a alguien como funcionario, es el hecho de que el sujeto revista el cargo en cuestión. Por ende, en sede penal existe un concepto funcional, mientras que en sede administrativa es de carácter orgánico.

El problema de entender dicho concepto en los términos que lo hace el Código Penal, es la amplitud del mismo, ya que, eventualmente, podría pensarse que dichos delitos se aplican a particulares, como a los concesionarios, por ejemplo (*v. gr.* El concesionario de una planta de revisión técnica). Una novedad en este ámbito es que es indubitado que para efectos penales el funcionario a honorarios sí sería empleado público y, por lo mismo, está sujeto a responsabilidad penal por delitos funcionarios, a pesar de no estar sujeto a responsabilidad administrativa.

¹⁴ SILVA, Enrique. La Función Pública. In: *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1993, p. 78

¹⁵ SANHUEZA, Juana. *El funcionario público ante el Derecho Penal* [citada por] PÉREZ, Iván. Principio de Independencia de las Responsabilidades de los Funcionarios Públicos de la Administración del Estado: Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales, Concepción, Universidad de Concepción, 2003, p. 43.

¹⁶ MAYER, Laura; VERA, Jaime. *Apuntes delitos contra intereses supraindividuales*, Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2017, p. 4.

¹⁷ Esto permite que incluso el Presidente de la República sea considerado empleado público para estos efectos, al igual que los Parlamentarios, los miembros del Poder Judicial, etc...

¹⁸ Siempre que ello ocurra en un órgano de la administración central, en empresas semifiscales, municipales o estatales; o en organismos creados por el Estado o dependientes de él

¹⁹ El código penal no define lo que debe entenderse por función pública, pero sí lo hace la Convención Interamericana contra la Corrupción, de 1996, que en su artículo primero define función pública como “toda actividad temporal o permanente, remunerada u honoraria, realizada por una persona natural en nombre del Estado o de sus entidades, en cualquiera de los niveles jerárquicos”

Ahora bien, en cuanto a la clasificación de los delitos funcionarios, me parece muy atingente remitirme a lo dispuesto por Pérez Contreras, quien los clasifica de la siguiente manera:²⁰

1. Delitos reglamentarios o de carácter formal
2. Delitos que consisten en infracciones a los deberes del cargo
3. Delitos que consisten en falta de probidad
4. Otras figuras tipificadas en el Código Penal
5. Delitos Funcionarios en leyes especiales

Como corolario de la clasificación precedentemente expuesta y, pensando en la óptica del artículo 260 del Código Penal, me parece preciso concluir que los delitos funcionarios, por regla generalísima, castigan conductas en las que un funcionario abusa de su posición y actúa en beneficio propio.

En la doctrina también son relevantes las discusiones en torno al bien jurídico protegido por estos delitos y en cuanto a la comunicabilidad de las situaciones personales del autor del mismo; cuestiones que no serán tratadas, ya que no son relevantes para la presente investigación.

1.4 Responsabilidad Administrativa

Para Silva Cimma:

Es aquella que se suscita cuando en el ejercicio de su cargo, o con ocasión de su función, el funcionario incurre en un acto o en una omisión o, en fin, en un hecho, que llegue a constituir una contravención al orden administrativo; vale decir, al régimen de deberes –obligaciones y prohibiciones– que se encuentra jurídica y estatutariamente establecido.²¹

Para Aldunate Ramos, en cambio, la responsabilidad administrativa:

Es personal e imputable a un tipo especial de persona, denominada funcionario público, quien se ve en la obligación de responder por los efectos que causen sus actos como tal, cuando estos se han verificado en infracción de los deberes que le impone el Estatuto Funcionario.²²

Para Santamaría Pastor, es “la que se ocasiona por la vulneración de las obligaciones propias del status funcional y que es exigida y sancionada por la propia Administración de que depende el funcionario”.²³

²⁰ PÉREZ, Iván. *Principio de Independencia de las Responsabilidades de los Funcionarios Públicos de la Administración del Estado: Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*, Concepción, Universidad de Concepción, 2003, p. 47-50. No entraré en el detalle de los delitos que pertenecen a cada clase, ya que exceden la pretensión de este trabajo.

²¹ SILVA, Enrique. La Función Pública. In: *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1993, p. 79

²² ALDUNATE, Francisco. *La Responsabilidad Administrativa y los Procedimientos Disciplinarios*, Santiago, Ed. Thomson Reuters Puntotex, 2011, p. 22.

²³ SANTAMARÍA, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*, reimpresión, Madrid, Ed. Iustel, 2006, p. 803.

En este trabajo ocuparé de forma indistinta los términos responsabilidad administrativa y responsabilidad disciplinaria, aunque hay autores, como Hugo Caldera, que señala que son disímiles.²⁴

Ahora bien, como salta fácilmente a la vista, existe un elemento común que podemos extraer de los diversos conceptos de responsabilidad administrativa precedentemente dados: El hecho que la misma proviene de una infracción a las obligaciones, prohibiciones y, en general, deberes, que la ley 18.834 le impone al funcionario público.

En palabras de Montero Cartes:

En otros términos, atendida la impersonalidad del Estado, el obrar de los funcionarios públicos por la relación orgánica que se genera se considera como una actuación de la Administración del Estado, siendo menester entonces que el proceder de ellos deba sujetarse rigurosamente al régimen de obligaciones, deberes y prohibiciones que les impone el estatuto laboral al que se hallen vinculados la entidad pública de que se trate.²⁵

En efecto, dicha característica tiene expresa consagración legal, en el artículo 114 de la ley 18.834.²⁶

Ahora bien, de la preceptiva recientemente citada, puedo concluir que la infracción a dichas obligaciones y deberes podría dar lugar, por una parte, a anotaciones de demérito en la hoja de vida del funcionario o, por otra, a la imposición de medidas disciplinarias al mismo. Al respecto, la Contraloría General de la República ha mantenido una jurisprudencia estable en el tiempo y que queda de manifiesto en el dictamen N° 16.312 de 1996:

“Según el inciso 1° del artículo 119 del Estatuto Administrativo, el empleado que infringe sus obligaciones o deberes funcionarios puede ser objeto de anotaciones de demérito en su hoja de vida y además ser sancionado con una media disciplinaria.

Ello, por cuanto la anotación de demérito opera dentro del proceso calificadorio y la sanción administrativa dentro del proceso disciplinario”.²⁷

²⁴ CALDERA, Hugo. *Tratado de Derecho Administrativo*, Santiago, Ed. Parlamento Limitada, 2001, p. 438. En efecto, el autor señala que la responsabilidad administrativa sería, realmente, responsabilidad funcionaria, ya que se trataría de un tipo de responsabilidad personal en que incurren los empleados públicos. En cambio, para él, la responsabilidad administrativa *per se* es:

“Una relación jurídico directa que existe entre el Estado-Fisco y alguno de sus órganos públicos personificados con la víctima de un perjuicio a consecuencia de actuaciones u omisiones irregulares imputables a los órganos administrativos”. Hay otros autores que señalan que más bien se trata de una relación de género a especie: SILVA, Enrique. *La Función Pública*. In: *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1993, p. 79:

“Nuestro interés, fundamentalmente, es analizar con más extensión las llamadas responsabilidades administrativa y disciplinaria. Ya hemos dicho que esta última no es para nosotros más que una especie de la concepción genérica de responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos: un estudio introductorio [de] *Revista de Derecho Público*. Santiago, v. 82, n. 1, jun. 2015. p. 128.

²⁵ MONTERO, Cristian. La responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos: un estudio introductorio [de] *Revista de Derecho Público*. Santiago, v. 82, n. 1, jun. 2015. p. 128.

²⁶ “El empleado que infringiere sus obligaciones o deberes funcionarios podrá ser objeto de anotaciones de demérito en su hoja de vida o de medidas disciplinarias. Los funcionarios incurrirán en responsabilidad administrativa cuando la infracción a sus deberes y Obligaciones fuere susceptible de la aplicación de una medida disciplinaria, la que deberá ser acreditada mediante investigación sumaria o sumario administrativo”.

²⁷ CHILE. *Contraloría General de la República*. Dictamen N° 16.312, de 20 de mayo de 1996. Dispone sobre anotación de demérito y medidas disciplinarias.

Por otro lado, como bien señala el inciso II del mismo artículo, sólo podremos hablar de responsabilidad administrativa cuando la misma provenga de una medida disciplinaria,²⁸ las cuales sólo pueden ser aplicadas previo sumario administrativo o investigación sumaria. En efecto, las antedichas medidas están mencionadas en el artículo 116 de la ley 18.834 y pueden ser:

a) Censura: “La censura consiste en la reprensión por escrito que se hace al funcionario, de la cual se dejará constancia en su hoja de vida, mediante una anotación de demérito de dos puntos en el factor de calificación correspondiente”.²⁹

b) Multa: “La multa consiste en la privación de un porcentaje de la remuneración mensual, la que no podrá ser inferior a un cinco por ciento ni superior a un veinte por ciento de ésta. El funcionario en todo caso mantendrá su obligación de servir el cargo”.³⁰

c) Suspensión del empleo desde treinta días a tres meses:

La suspensión consiste en la privación temporal del empleo con goce de un cincuenta a un setenta por ciento de las remuneraciones y sin poder hacer uso de los derechos y prerrogativas inherentes al cargo.

Se dejará constancia de ella en la hoja de vida del funcionario mediante una anotación de demérito de seis puntos en el factor correspondiente.³¹

d) Destitución: “La destitución es la decisión de la autoridad facultada para hacer el nombramiento de poner término a los servicios de un funcionario”.³²

Como muy bien señala Cristian Montero:

En esencia, los procesos disciplinarios persiguen, en primer lugar, investigar los hechos denunciados a fin de determinar si tales hechos se verificaron, o no. En segundo lugar,

²⁸ BARRA, Nancy; CELIS, Gabriel. *Manual de Responsabilidad Administrativa*, Santiago, Ed. Thomson Reuters Puntotex, 2009, p.22, definen las medidas disciplinarias como: “Los medios que la ley contempla para sancionar al funcionario que infringe su régimen de obligaciones, entre las cuales la autoridad con potestad sancionadora puede optar al término de un proceso formal destinado a establecer su responsabilidad administrativa”.

²⁹ Artículo 117 ley 18.834.

³⁰ Artículo 118 ley 18.834. Continuación del artículo:

“Se dejará constancia en la hoja de vida del funcionario de la multa impuesta, mediante una anotación de demérito en el factor de calificación correspondiente, de acuerdo a la siguiente escala:

a) Si la multa no excede del diez por ciento de la remuneración mensual, la anotación será de dos puntos;
b) Si la multa es superior al diez por ciento y no excede del quince por ciento de la remuneración mensual, la anotación será de tres puntos, y
c) Si la multa es superior al quince por ciento de la remuneración mensual, la anotación será de cuatro puntos”.

³¹ Artículo 118 A de la ley 18.834.

³² Artículo 119 de la ley 18.834. Continuación del artículo:

“La medida disciplinaria de destitución procederá sólo cuando los hechos constitutivos de la infracción vulneren gravemente el principio de probidad administrativa, y en los siguientes casos:

a) Ausentarse de la institución por más de tres días consecutivos, sin causa justificada;
b) Infringir la disposiciones de las letras i), j) y
k) del artículo 78 de este Estatuto;
c) Infringir lo dispuesto en la letra l) del artículo 78; Art. 2º b)
d) Condena por crimen o simple delito, y
e) En los demás casos contemplados en este Estatuto o leyes especiales”.

intentar individualizar al o a los funcionarios que hubieren podido participar en los hechos y, finalmente, determinar si los hechos comprobados constituyen o no, infracción a alguna/s obligación/es administrativa/s.³³

Así, se entiende que tanto la investigación sumaria como el sumario administrativo son verdaderas garantías para el funcionario público, ya que como la Administración está en ejercicio de su potestad disciplinaria, debe controlarse la misma y evitar que se les sancione de forma discrecional y/o arbitraria. Es por esto mismo que tanto en la doctrina como en la jurisprudencia administrativa se han señalado una serie de principios que corresponderían aplicar a los procedimientos disciplinarios, tomando como base, en muchos casos, los principios existentes en sede penal, ya que para parte de la doctrina deben extrapolarse al Derecho Administrativo Sancionador.³⁴

En conclusión, podemos señalar que la noción de responsabilidad está arraigada hace muchos años (y con justa razón) en nuestro sistema, y en el caso del Derecho Administrativo, no existe excepción. Al contrario, partiendo de la base del principio de legalidad es imprescindible que el Estado, como persona jurídica y, los funcionarios públicos, en su representación, responda por los daños que causa. Así, entendemos que los funcionarios pueden incurrir en responsabilidad administrativa, civil, penal y política. Pero, ¿qué pasa si un mismo hecho da lugar a más de una de ellas? Eso es lo que corresponde tratar en el próximo acápite.

1.5 El principio de independencia de responsabilidades de los funcionarios públicos

Como señalé de forma previa, las responsabilidades en las cuales puede incurrir un funcionario público son múltiples. No obstante, en esta materia existe un principio clave: El principio de independencia de responsabilidades. Vale decir, si bien un mismo hecho en el cual tomó parte un funcionario público podría, en abstracto, generar responsabilidad civil, administrativa y penal, al momento de juzgar su conducta y las eventuales consecuencias que pesarán sobre él, no se puede tomar como parámetro lo que ocurrió en otra sede, sino que solamente se debe ceñir al concreto tipo de responsabilidad de que se trate. Así, la Contraloría General de la República ha señalado expresamente que:

Según este principio, la autoridad administrativa puede y debe aplicar una medida disciplinaria al margen de lo que ocurra en el proceso penal que paralelamente esté instruyendo la justicia ordinaria,³⁵ y aun cuando en ese proceso no se hubiere dictado sentencia.³⁶

³³ MONTERO, Cristian. La responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos: un estudio introductorio [de] *Revista de Derecho Público*. Santiago, v. 82, n. 1, jun. 2015. p. 129.

³⁴ Existe discusión en torno a la naturaleza jurídica del procedimiento disciplinario, ya que para muchos es, efectivamente, parte del Derecho Administrativo Sancionador. No obstante, no tocaré este tema en el presente trabajo, ya que excede las pretensiones del mismo.

³⁵ CHILE. *Contraloría General de la República*. Dictamen N° 2.182 de 25 de enero de 1990. Dispone sobre responsabilidad administrativa y reincorporación.

³⁶ CHILE. *Contraloría General de la República*. Dictamen N° 12.243 de 24 de abril de 1990. Dispone sobre delito ministerial.

El profesor Silva Cimma nos da un ejemplo muy claro para graficar lo dicho:

Si un funcionario público se apropia de los fondos que se encuentran bajo su administración, se originan a su respecto las siguientes responsabilidades:

Responsabilidad administrativa, porque con su conducta infringe las obligaciones funcionarias a que se encuentra afecto en su calidad de empleado público; en la especie, la obligación de observar el principio de probidad administrativa (ley N° 18.834, art. 55, letra g).

Responsabilidad penal, porque su conducta configura un delito, el de malversación de caudales públicos, sancionado por el artículo N° 233 del Código Penal; y

Responsabilidad civil o pecuniaria, porque con su conducta el infractor causa un daño pecuniario al Fisco y estará obligado a reintegrar los fondos fiscales apropiados.³⁷

Este principio tiene expresa acogida en nuestro sistema en el artículo 115 de la ley 18.834.³⁸ Así, el inciso I consagra de forma clara el antedicho principio. Por ende, *a priori*, no obstante que una conducta del empleado público pueda originar los tres tipos de responsabilidad, el mérito y la finalidad de las mismas es distinta, por lo que deben analizarse separadamente, como señaló la Contraloría General de la República en el dictamen 15.587 de 1999.³⁹

Sin embargo, la misma disposición señala dos excepciones, que paso a explicar a continuación:

1. Absolución o sobreseimiento definitivo por no constituir delito los hechos denunciados cuando la destitución hubiere sido exclusivamente por hechos que revistieren caracteres de delito: Este caso básicamente implica que si al funcionario en cuestión se le instruye un sumario administrativo y en el mismo se le destituye exclusivamente por constituir delito los hechos en cuestión y éste es absuelto o sobreseído

³⁷ SILVA, Enrique. La Función Pública. In: *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*, Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1993, p. 82.

³⁸ “La sanción administrativa es independiente de la responsabilidad civil y penal y, en consecuencia, las actuaciones o resoluciones referidas a ésta, tales como el archivo provisional, la aplicación del principio de oportunidad, la suspensión condicional del procedimiento, los acuerdos reparatorios, la condena, el sobreseimiento o la absolución judicial no excluyen la posibilidad de aplicar al funcionario una medida disciplinaria en razón de los mismos hechos. Si se le sancionare con la medida de destitución como consecuencia exclusiva de hechos que revisten caracteres de delito y en el proceso criminal hubiere sido absuelto o sobreseído definitivamente por no constituir delito los hechos denunciados, el funcionario deberá ser reincorporado a la institución en el cargo que desempeñaba a la fecha de la destitución o en otro de igual jerarquía. En este caso conservará todos sus derechos y beneficios legales y previsionales, como si hubiere estado en actividad. En los demás casos de sobreseimiento definitivo o sentencia absolutoria, podrá pedir la reapertura del sumario administrativo y, si en éste también se le absolviera, procederá la reincorporación en los términos antes señalados. Si no fuese posible llevar a la práctica la reincorporación en el plazo de seis meses, contado desde la absolución administrativa, el empleado tendrá derecho a exigir, como única indemnización por los daños y perjuicios que la medida disciplinaria le hubiere irrogado, el pago de la remuneración que le habría correspondido percibir en su cargo durante el tiempo que hubiere permanecido alejado de la Administración, hasta un máximo de tres años. La suma que corresponda deberá pagarse en un solo acto y reajustada conforme a la variación del índice de precios al consumidor, desde la fecha de cese de funciones hasta el mes anterior al de pago efectivo”.

³⁹ CHILE. *Contraloría General de la República*. Dictamen N° 15.587 de 03 de mayo de 1999. Dispone sobre prescripción acción administrativa y responsabilidad. “Las motivaciones y propósitos son distintos según el tipo de responsabilidad: en la responsabilidad civil, es el perjuicio e indemnización del daño; en la penal, la concurrencia de un acto u omisión que la ley configura como delito y lo sanciona; en la responsabilidad administrativa, una infracción a las obligaciones funcionarias que involucra un castigo aplicado por la Administración en interés público”.

definitivamente con posterioridad por no constituir delito los hechos denunciados, deberá ser reincorporado al servicio.

Es decir, si es que en el sumario administrativo también se aducían infracciones propiamente administrativas, adicionales al delito en cuestión, no daría lugar a la reincorporación. Tampoco ocurriría si, a pesar de que la destitución se debió exclusivamente a hechos con caracteres de delitos, el funcionario fue sobreseído definitivamente por una causal distinta a la de no constituir delito los hechos denunciados.

2. Absolución o sobreseimiento definitivo por causales distintas a no constituir delito los hechos denunciados: Este supuesto amplía un poco más el margen de la reincorporación, ya que permite que la misma proceda si es que el funcionario es absuelto o sobreseído definitivamente por causales distintas a la de no constituir delito de los hechos denunciados. Pero para que esto suceda, el funcionario debe solicitar la reapertura del sumario y, en el evento que la Administración lo acoja y lo absuelva en el mismo, el funcionario deberá ser reincorporado.

Ahora bien, estos dos supuestos excepcionales al principio de independencia de responsabilidades de los funcionarios públicos le dan derecho al mismo a ser reincorporado al servicio dentro de los seis meses siguientes. Sin embargo, si dentro de dicho plazo la Administración no logra reincorporarlo, el funcionario tendrá derecho a percibir, como única indemnización por los daños y perjuicios que la medida disciplinaria le hubiere irrogado, el pago de la remuneración que le hubiere correspondido durante el tiempo que permaneció alejado del servicio, hasta por un plazo máximo de tres años.

Estas serían, *a priori*, las únicas excepciones al antedicho principio. No obstante, hay que tomar en consideración que lo ya dicho dice relación con la destitución de funcionarios públicos mientras se sustancia el proceso penal. Esto, tenemos que contraponerlo a la causal de destitución de los funcionarios públicos por condena por crimen o simple delito, ya que no realiza distingo alguno en torno a la naturaleza de los mismos, por lo que es dable asumir que en ese supuesto estaríamos ante una excepción aparente al principio de independencia de responsabilidades si el empleado público es condenado por cualquier tipo de delito: Excepción, porque sí influye en su régimen administrativo lo resuelto en sede penal; pero aparente, porque la independencia *per se* juega su rol estelar tratándose de los delitos funcionarios

No puedo pasar por alto el artículo 20 del Código Penal, que también consagra una regla muy atingente a esta materia y que vendría a reforzar el principio de independencia de responsabilidades de los funcionarios públicos:

No se reputan penas, la restricción o privación de libertad de los detenidos o sometidos a prisión preventiva u otras medidas cautelares personales, la separación de los empleos públicos acordada por las autoridades en uso de sus atribuciones o por el tribunal durante el proceso o para instruirlo, ni las multas y demás correcciones que los superiores impongan a sus subordinados y administrados en uso de su jurisdicción disciplinal o atribuciones gubernativas.

A este respecto, cabe citar al célebre penalista Enrique Cury:⁴⁰ “el empleo del verbo reputar en el encabezamiento de la norma subraya el carácter artificioso de la distinción,

⁴⁰ CURY, Enrique. *Derecho penal*: Parte general, 8, Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 2005, p. 107.

pues significa que no se las tendrá por penas no obstante que naturalmente lo son”. Por ende, la separación de un empleado público es, naturalmente, una pena, pero el código penal señala que no se reputa como tal. Esto, lógicamente, viene a acentuar el principio de independencia de responsabilidades, ya que dicha decisión de orden administrativo no es coincidente, para la legislación chilena, con una sanción penal, a pesar de que puedan provenir de un mismo hecho.

A pesar de todo lo ya dicho; en mi opinión, en el ámbito práctico existen una serie de situaciones que sí vendrían a constituir, en los hechos, una excepción a la independencia de responsabilidades de los empleados públicos. Es decir, a pesar de que el tenor del artículo 115 sea bastante claro, las distintas etapas del proceso penal y, por ende, las muchísimas actuaciones que podrían tener lugar en él, de algún u otro modo sí generan consecuencias para el régimen administrativo de los funcionarios públicos. Estas cuestiones son de primera trascendencia y han sido dejadas de lado por la doctrina, por lo que pertenecen a lo medular de mi trabajo y serán abordadas en los acápite siguientes.

2 Absolución del funcionario público en el proceso penal

El tema de la absolución penal del funcionario público tiene expresa solución legislativa en el artículo 115 de la ley 18.834 tratándose de su destitución vía sumario administrativo de manera exclusiva por revestir el carácter de delito los hechos denunciados. Así, ésta viene a ser una de las dos excepciones expresas a la independencia de responsabilidades en nuestro sistema.

2.1 La reincorporación del funcionario público al servicio

Existen dos supuestos en que la absolución en sede penal podría incidir en sede administrativa y, por ende, dar lugar a la reincorporación del empleado público. El primer supuesto, es que la destitución del mismo se haya debido de manera exclusiva a hechos que revistan el carácter de delito y, consiguientemente, el funcionario resulte absuelto (o sobreseído definitivamente por no configurar delito los hechos en cuestión), por lo que al caer el supuesto basal de dicha destitución, la ley 18.834 ordena su reincorporación.

El segundo supuesto, es tratándose de los demás casos de sobreseimiento definitivo o absolución del funcionario, donde se puede solicitar la reapertura del sumario administrativo, y si también resulta absuelto en dicha sede, el empleado debe ser reincorporado.

Ahora bien, lo que dispone el artículo 115 de la ley 18.834 es que: “En este caso conservará todos sus derechos y beneficios legales y previsionales, como si hubiere estado en actividad”.

Como puede advertirse, el alcance del precepto es bastante acotado, ya que no es habitual que un sumario administrativo tenga como único fundamento el eventual carácter delictivo de los hechos imputados al funcionario, sino que en la práctica suelen imputársele infracciones propiamente administrativas. Por lo mismo es que, en mi opinión, las excepciones legales al principio de independencia de responsabilidades son tenues, ya que donde realmente se aprecian los efectos de las decisiones penales en

el régimen administrativo es en las demás etapas del proceso penal, cuestión que, de todos modos, excede las pretensiones del presente trabajo de investigación.

2.2 La indemnización por años de servicio ante la imposibilidad de ser reincorporado

No obstante lo ya dicho respecto a la reincorporación del funcionario público, el inciso final del artículo 115 contiene una norma muy particular, ya que contempla la posibilidad de que el funcionario en cuestión reciba una indemnización por años de servicio (cuestión que, como se sabe, es excepcionalísima en materia administrativa).

El precepto enuncia dicha regla de la siguiente manera:

“Si no fuese posible llevar a la práctica la reincorporación en el plazo de seis meses, contado desde la absolución administrativa, el empleado tendrá derecho a exigir, como única indemnización por los daños y perjuicios que la medida disciplinaria le hubiere irrogado, el pago de la remuneración que le habría correspondido percibir en su cargo durante el tiempo que hubiere permanecido alejado de la Administración, hasta un máximo de tres años. La suma que corresponda deberá pagarse en un solo acto y reajustada conforme a la variación del índice de precios al consumidor, desde la fecha de cese de funciones hasta el mes anterior al de pago efectivo”.

Así, si un empleado público se encuadra en alguno de los supuestos de reincorporación a su cargo tras haber sido destituido por revestir el carácter de delito los hechos denunciados, el servicio en cuestión donde se desempeñaba cuenta con un plazo de seis meses para llevar cabo la antedicha reincorporación. Y si no es posible, el funcionario tendrá derecho a recibir una indemnización por los daños y perjuicios que le causó la destitución, la que equivaldrá al pago de la remuneración que hubiere percibido si siguiera en el cargo, con un tope de tres años.

Así, no sólo el alcance de la indemnización es excepcional (no sólo por tener un alcance reducido, sino porque los supuestos que dan lugar a la reincorporación son pocos), sino que su monto también es precario, por lo que podría darse el caso que un funcionario fuere destituido, debiere ser reincorporado, no se pudiera y se le irrogaran perjuicios que no alcanzan a ser reparados con el tope de tres años de la indemnización por años de servicio. Con esto queda en evidencia la precariedad del régimen administrativo de los funcionarios públicos en Chile cuando los mismos están sometidos a un proceso penal.

3 Condena del funcionario público

3.1 Cumplimiento efectivo de la pena

El artículo 119 de la ley 18.834 contiene las causales para destituir a los funcionarios públicos –previo sumario administrativo, claro está- y, en su letra d), consagra la condena por crimen o simple delito. Así, acá nos encontramos con la más clara excepción –aunque aparente, al no acotarlo a los delitos funcionarios, sino que permitirlo para cualquier tipo de delito- al principio de independencia de responsabilidades en nuestro sistema,

donde el legislador abierta y expresamente dispone que si un funcionario público es condenado por crimen o simple delito, debe ser destituido. Esta solución legislativa está en directa relación con lo que dispone el artículo 11 letra f) del mismo cuerpo legal, ya que dentro de los requisitos para acceder a la Administración del Estado se encuentra el hecho de no haber sido condenado por crimen o simple delito.

Así, cuando un funcionario público fuere condenado por crimen o simple delito durante el ejercicio de sus funciones, se generaría a su respecto una inhabilidad sobreviniente, lo que justifica el hecho de que estemos ante una causal de destitución del mismo. Esto hay que vincularlo con lo dispuesto en el artículo 56 letra c) de la ley 18.575, donde se consagra como una inhabilidad para acceder a la Administración del Estado el hecho de haber sido condenado previamente por crimen o simple delito; en tanto, el artículo 66 del mismo cuerpo legal dispone que el empleado público que se encuentre en una causal de inhabilidad sobreviniente deberá informarlo dentro de los 10 días siguientes a su superior jerárquico y presentar la renuncia al cargo; pero si no lo hace, estará sujeto a la medida disciplinaria de destitución. Como se puede ver, existe una armonía en la regulación de esta materia tanto en la ley 18.834 como en la 18.575.

Ahora bien, llama la atención el hecho que el legislador no distinguiera qué tipo de delito pudiera traer aparejada esta consecuencia, ya que la lógica de la responsabilidad administrativa de los funcionarios y los efectos penales en la misma, suelen derivar de delitos en el ejercicio de sus funciones (delitos funcionarios o ministeriales). Esto queda de manifiesto en el entendido que la mayoría de las excepciones –en los hechos-, a la independencia de responsabilidades, y que facultan a destituir a los funcionarios públicos, es porque son delitos funcionarios que, *a priori*, no debieran generar consecuencias en el régimen administrativo de dichos funcionarios. No obstante, por la naturaleza propia de los antedichos ilícitos, en muchas ocasiones también generan responsabilidad administrativa y, por lo mismo, se entiende que pueda dar lugar a su destitución.

El *quid* de la cuestión es que en el artículo 119 no se distingue y, por lo tanto, un funcionario público condenado por un crimen o simple delito “personal” debería ser destituido, siendo que puede no estar vulnerando alguna disposición de orden administrativa. Claramente lo que busca el legislador es una suerte de “idoneidad moral” de quien ejerce una función pública, y, sobretodo, me parece lamentable que pueda destituirse a funcionarios por ilícitos que, en muchas ocasiones, pueden no revestir una real gravedad material, sino que sólo formal, por la pena asignada al mismo.

3.2 Las penas sustitutivas de la ley 18.216

El tema de las penas sustitutivas ha sido uno de los que ha concitado un mayor grado de problemáticas, ya que por la naturaleza de las mismas vienen a alterar sustancialmente todo este juego de la independencia de responsabilidades y las relaciones entre la responsabilidad penal y administrativa de los funcionarios públicos.

Las figuras reguladas en la ley 18.216 que establece penas que indica como sustitutivas a las penas privativas o restrictivas de libertad de 1983, vienen a constituir una forma de cumplimiento alternativo de la pena, por lo que su efecto natural es la extinción de la responsabilidad penal. No obstante, en esta materia han existido un gran

número de pronunciamientos de la Contraloría General de la República, principalmente a partir de lo dispuesto en el artículo 38.⁴¹

¿Qué efecto concita la omisión de los antecedentes prontuarios (o la eliminación definitiva de los mismos) por la aplicación de una pena sustitutiva? El dictamen 77.312 del 2016 de la Contraloría General de la República viene a consagrar la solución en esta materia:

Luego, cabe hacer presente que la jurisprudencia administrativa contenida, entre otros en los dictámenes N 28.719, de 1995, 20.003, de 2003 y 15.025, de 2009, de este origen y anteriores a la recién anotada modificación legal, ha señalado que quien ha sido favorecido por sentencia ejecutoriada con alguno de los beneficios contemplados en la ley N° 18.216, y no ha sido condenado previamente por crimen o simple delito, goza del beneficio de la omisión de antecedentes penales, por lo que debe ser considerado, para todos los efectos legales y administrativos, como si no hubiese sufrido condena alguna.

Por ello, las personas o empleados de las entidades de la Administración que han sido favorecidos con la ‘omisión de antecedentes penales’ se consideran como si no hubiesen sufrido condena alguna en lo referente al cumplimiento de los requisitos de ingreso y permanencia en los organismos de la Administración del Estado, respectivamente.⁴²

Así, no cabe la menor duda que cuando a un funcionario público se le concede alguna pena sustitutiva de la ley 18.216 no deberá ser destituido de su cargo, ya que dicha condena será omitida en sus antecedentes penales. O, si es que se tratara de alguien que quisiera entrar a la Administración del Estado, podría optar a la eliminación definitiva de sus antecedentes penales, por lo que tampoco tendría problemas para ejercer algún cargo público.

Ahora bien, los principales problemas en esta materia provienen del inciso final del artículo 38, ya que allí se excluye, expresamente, a los funcionarios de Fuerzas Armadas, de Orden y Seguridad Públicas y de Gendarmería de Chile. Por ende, a pesar de que dichos funcionarios pudieran optar a alguna pena de la ley 18.216, ello no generaría la omisión de dicha condena en sus antecedentes penales y, por lo tanto, deberían ser destituidos de su cargo. No obstante, tal solución que parece lógica y apegada al marco de la legalidad, ha sufrido un importante vuelco en la jurisprudencia administrativa de la Contraloría en los últimos años. En efecto, el dictamen 14.601 del 2010 dispone expresamente que:

⁴¹ “La imposición por sentencia ejecutoriada de alguna de las penas sustitutivas establecidas en esta ley a quienes no hubieren sido condenados anteriormente por crimen o simple delito tendrá mérito suficiente para la omisión, en los certificados de antecedentes, de las anotaciones a que diere origen la sentencia condenatoria. El tribunal competente deberá oficiar al Servicio de Registro Civil e Identificación al efecto. Para los efectos previstos en el inciso precedente no se considerarán las condenas por crimen o simple delito cumplidas, respectivamente, diez o cinco años antes de la comisión del nuevo ilícito. El cumplimiento satisfactorio de las penas sustitutivas que prevé el artículo 1 de esta ley por personas que no hubieren sido condenadas anteriormente por crimen o simple delito, en los términos que señala el inciso primero, tendrá mérito suficiente para la eliminación definitiva, para todos los efectos legales y administrativos, de tales antecedentes prontuarios. El tribunal que declare cumplida la respectiva pena sustitutiva deberá oficiar al Servicio de Registro Civil e Identificación, el que practicará la eliminación.

Exceptúanse de las normas de los incisos anteriores los certificados que se otorguen para el ingreso a las Fuerzas Armadas, a las Fuerzas de Orden y Seguridad Pública y a Gendarmería de Chile, y los que se requieran para su agregación a un proceso criminal”.

⁴² CHILE. *Contraloría General de la República*. Dictamen N° 77.312 de 20 de octubre de 2016. Dispone sobre omisión de antecedentes penales, Servicio de Registro Civil e Identificación, funciones y atribuciones.

“Precisado lo anterior, es dable recordar que este Ente de Fiscalización, en su dictamen N° 7.426, de 14 de febrero de 2008, concluyó que el otorgamiento de la remisión condicional de la pena o la reclusión nocturna a los funcionarios de las Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública o de Gendarmería de Chile que hubieren sido condenados por crimen o simple delito, les permite ser considerados como si nunca hubiesen sido condenados y, por consiguiente, no se encuentran obligados a cesar en funciones”.⁴³

El oficio 7.426 del año 2008 es el que explica este cambio jurisprudencial que experimentó el Órgano Contralor, especificando que si el artículo 13 de la ley 18.216 da la posibilidad de concederle penas sustitutivas al personal de Fuerzas Armadas y de Orden y Seguridad Pública, es del todo lógico que se les hagan extensivos los efectos de las mismas. Es más, si así no fuera, se les estarían conculcando las garantías del artículo 19 N°s 2, 16 y 17 de la Constitución Política de la República⁴⁴.

Precht Pizarro⁴⁵ alaba el cambio jurisprudencial de la Contraloría y lo defiende, adicionalmente, por los siguientes motivos:

- a) En materia de penas y sanciones siempre las interpretaciones deben ser estrictas y no extensivas o por analogía. El adagio latino es “*Odiosa sunt restringenda*”
- b) Por el principio “*pro reo*” debe interpretarse la norma más bien en lo que beneficia al administrado o funcionario, privilegiándola sobre la interpretación que lo perjudica.
- c) La ley 18.216 no solo fue establecida para desahogar las cárceles, sino sobre todo para beneficiar a los condenados. Si se mantuviera una interpretación que separa del servicio al funcionario, este no gozaría de los beneficios de la ley mencionada.
- d) A mi juicio, si la ley 18.216 (ley especial) no se aplicase en caso de inhabilidad sobreviniente, se violaría el principio “*non bis in idem*”
- e) Si existiere la obligación de separar del servicio, debió haber texto expreso legal ya que se trata de “derecho sancionatorio” y puesto que se afecta derechos constitucionales debe tenerse en cuenta además el artículo 19 N° 26 de la Constitución.
- f) De seguirse la interpretación que obliga al funcionario a presentar su renuncia o ser destituido, se produciría el resultado absurdo que el mismo funcionario puede de nuevo ingresar a la Administración porque no existe inhabilidad de origen.

Puestas así las cosas, hoy en día la Contraloría General de la República ha estimado que el artículo 38 de la ley 18.216 tiene un alcance amplio y, por lo mismo, cualquier funcionario público que cumpliera con los requisitos para optar a una pena sustitutiva podría seguir ejerciendo sus funciones (o ingresar a la Administración, si aún no lo estuviera), exceptuando de esta manera lo dispuesto tanto en la ley 18.575 como en la ley 18.834, donde se consagra como una inhabilidad para desempeñar funciones públicas el hecho de ser condenado por crimen o simple delito.

⁴³ CHILE. *Contraloría General de la República*. Dictamen N° 14.601 de 18 de marzo de 2010. Dispone sobre ejército, retiro temporal, remisión condicional de la pena, inhabilidades sobrevinientes.

⁴⁴ CHILE. *Contraloría General de la República*. Dictamen N° 77.469 de 13 de diciembre de 2012. Dispone sobre libertad vigilada, licenciamiento, facultades carabineros, funcionario condenado, condena crimen simple delito, fuerzas armadas, medidas alternativas cumplimiento de condenas, antecedentes prontuarios, independencia, responsabilidad administrativa, responsabilidad penal.

⁴⁵ PRECHT, Jorge. Un cambio de jurisprudencia administrativa sobre el artículo 54 letra c) de la ley 18.575 [de] *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 37, n. 2, agosto 2010, p. 1-2.

En otro orden de ideas, cabe precisar que la ley 18.216 reglamentaba, antiguamente, “medidas alternativas”, cuestión que la ley 20.603 del año 2012 modificó y vino a denominar “penas sustitutivas”. Para entender los alcances del mismo es menester hacer mención a la historia de la ley, como consta en las actas del Congreso Nacional. En efecto, en la indicación sustitutiva del 18 de agosto del 2010 presentada por el Ejecutivo se señala expresamente que:

“Recogiendo las corrientes doctrinarias tanto extranjeras como nacionales, se modifica la denominación de esta ley, la que pasa a regular “penas sustitutivas” en vez de “medidas alternativas”. Esto, con el objeto de precisar que no se está frente a un “beneficio” otorgado al condenado, si no que frente a una sanción, que a su vez se impone en forma sustitutiva a la pena privativa de la libertad originalmente impuesta, pudiendo ser revocada en el evento ser incumplida”.⁴⁶

Ante dicho escenario, si las penas sustitutivas son, justamente, penas, ¿el funcionario público que goza de una de ellas debe ser destituido? Dicha interrogante es relevante, ya que la ley 18.834 y la ley 18.575 no distinguen, señalando que el empleado público condenado por crimen o simple delito debe ser destituido. A este respecto, cabe señalar que a pesar del cambio de denominación, la jurisprudencia del Órgano Contralor no ha variado. En efecto, el año 2015 lo estableció de manera muy clara, en un dictamen que vino a aplicar una serie de pronunciamientos anteriores sobre la materia, gozando así de un alcance mucho más amplio que para el caso concreto sobre el que pretendía pronunciarse.⁴⁷

Como salta fácilmente a la vista, a pesar de estar ante verdaderas “penas”, la Contraloría sigue insistiendo en que el funcionario puede seguir desempeñando sus funciones. Si bien en sus dictámenes no se refiere al cambio de denominación que sufrió la ley 18.216, dicho razonamiento proviene del ya citado artículo 38, que permite omitir las anotaciones a que diere lugar la sentencia condenatoria, debiendo informarse esto al Registro Civil. Si se relaciona dicho precepto con el artículo 12 de la ley 18.834, donde se dispone que la forma de verificar que el funcionario en cuestión no posee condenas por crimen o simple delito es mediante una consulta, justamente, al Servicio de Registro Civil e Identificación, es dable entender el razonamiento de la Contraloría.

En síntesis, a pesar de que la ley 18.834 disponga como causal de destitución la condena por crimen o simple delito, la concesión de una pena sustitutiva de la ley 18.216 permite al empleado público en cuestión permanecer en su cargo, ya que la omisión de dichos antecedentes impide que, justamente, se incurra en la causal de inhabilidad que contempla la ley 18.834, ya que la forma legal de realizarlo es mediante consulta al

⁴⁶ Historia de la Ley N°20.603: Modifica la Ley N°18.216, que establece medidas alternativas a las penas privativas o restrictivas de libertad, Valparaíso, Biblioteca del Congreso Nacional de Chile, 2012, p. 21

⁴⁷ CHILE. Contraloría General de la República. Dictamen N° 50.353 de 23 de junio de 2015. Dispone sobre beneficios ley 18.216. “En ese sentido, es necesario hacer presente, de acuerdo a lo informado en los dictámenes Nos 6.939, de 2011, 38.776, de 2012 y 37.906, de 2013, de esta Institución Fiscalizadora, que el otorgamiento de alguno de los beneficios previstos en la ley N° 18.216, supone considerar al favorecido como si no hubiese sufrido condena alguna en lo referente al cumplimiento de los requisitos de ingreso o permanencia en la Administración. Así, y atendido que, en ambos casos, al señor Sanhueza Vivanco se le otorgó alguno de los beneficios a que aludía, a la época de su concesión, la ley N° 18.216, no le resulta aplicable la inhabilidad establecida en el artículo 54, letra c), de la ley N° 18.575, criterio que, por lo demás, es concordante con los fines garantistas y de reinserción social a que aspira la ley N° 18.216, según lo declarado por el dictamen N° 15.025, de 2009, de esta procedencia”.

Servicio de Registro Civil e Identificación, el cual señalará que no existen antecedentes de una condena por crimen o simple delito, ya que el artículo 38 de la ley 18.216 ordena informarle a dicho órgano la omisión en cuestión.

Conclusión

Mediante el presente trabajo mi objetivo era adentrarme en el estudio de las sanciones penales y las consecuencias que las mismas generan para los funcionarios públicos. En efecto, partiendo de la base del principio de independencia de responsabilidades pareciera ser bastante excepcional dicha circunstancia, pero en los hechos no es tan así.

Para el estudio de este tema se genera el problema de las fuentes del mismo, ya que por una parte, el ordenamiento jurídico es insatisfactorio a la hora de regular estas situaciones, por lo que existen varios “casos grises” que generan la incertidumbre de cómo deberían solucionarse; y, por otro lado, la labor de la doctrina ha sido bastante precaria, existiendo muy pocos autores que hayan tratado el tema y, quienes lo han hecho, ha sido con un enfoque bastante restringido.

En base a lo recientemente expuesto, es que intenté a lo largo de esta investigación lograr una sistematización de los posibles criterios a aplicar para determinar los efectos que generan las situaciones en sede penal para un funcionario público al que se le imputa un delito. Debo señalar que la Contraloría General de la República ha jugado un papel importantísimo en esta materia, ya que ha sido mediante sus dictámenes que he podido comprender cómo se estructura, en los hechos, este complejo sistema de corresponsabilidad penal y administrativa de los empleados públicos. No obstante, en algunos temas he recurrido a ciertos razonamientos propios, ya que, o bien no existen mayores pronunciamientos en la práctica, o dichos pronunciamientos son, en mi opinión, errados.

En fin. A modo de síntesis cabe señalar que además de las propias excepciones contempladas en el artículo 115 de la ley 18.834 al principio de independencia de responsabilidades, existen más, que se coligen de la interrelación entre los cuerpos normativos que son parte del presente estudio:

1. Si el funcionario público es condenado por crimen o simple delito –fuere este en el ejercicio de sus funciones o no- se genera una inhabilidad sobreviniente y, por ende, debe ser destituido de su cargo. Ahora bien, si se le concede alguna pena sustitutiva de la ley 18.216, puede omitirse dicha condena en sus antecedentes prontuarios, por lo que puede permanecer en la Administración del Estado, como ha informado de manera más o menos uniforme la Contraloría General de la República.

2. La absolución del funcionario público es el otro supuesto excepcional que contempla el artículo 115 de la ley 18.834, donde podría derivar en la reincorporación del funcionario público. Cabe acotar que si la misma no es posible, procede, de forma excepcionalísima, indemnización por años de servicio para el funcionario por el daño irrogado a su persona.

Como fluye de las consecuencias particulares esbozadas, la presente investigación implicó un esfuerzo importante para poder sistematizar los criterios y las soluciones, además de recurrir al criterio jurídico para solucionar vacíos y lagunas evidentes –incluso en temas de importancia medular–.

Por ende, no cabe sino concluir que el régimen administrativo de los funcionarios públicos coexiste de manera muy próxima a la responsabilidad penal de los empleados públicos, ya que el principio de independencia de responsabilidades ha sido superado por las complejidades prácticas y, por ende, se ha visto desplazado por un entramado de normas respecto a las cuales la doctrina ha dejado mucho que desear y donde el rol de la Contraloría General de la República ha sido fundamental.

Referencias

- ALDUNATE, Francisco. *La Responsabilidad Administrativa y los Procedimientos Disciplinarios*. Santiago, Ed. Thomson Reuters Puntotex, 2011.
- BARRA, Nancy; CELIS, Gabriel. *Manual de Responsabilidad Administrativa*. Santiago, Ed. Thomson Reuters Puntotex, 2009.
- CALDERA, Hugo. *Tratado de Derecho Administrativo*. Santiago, Ed. Parlamento Limitada, 2001.
- CURY, Enrique. *Derecho penal: Parte general*, 8, Santiago, Ed. Universidad Católica de Chile, 2005.
- LATORRE, Patricio. Responsabilidad administrativa de los funcionarios públicos. In: *Probidad y Transparencia para la Administración*, V Versión Seminario, Contraloría General de la República, 2012, p.1. Disponible en: <http://www.contraloria.cl/NewPortal2/portal2/ShowProperty/BEA%20Repository/Sitios/Capacitacion/Cursos/2012/Gestion_Tecnica_OOPP/2_Patricio_Latorre.pdf>. Acceso en: 26 de junio. 2018.
- MAYER, Laura; VERA, Jaime. *Apuntes delitos contra intereses supraindividuales*. Pontificia Universidad Católica de Valparaíso, 2017.
- MONTERO, Cristian. *La responsabilidad disciplinaria de los funcionarios públicos: un estudio introductorio* [de] *Revista de Derecho Público*. Santiago, v. 82, n. 1, jun. 2015.
- PÉREZ, Iván. *Principio de Independencia de las Responsabilidades de los Funcionarios Públicos de la Administración del Estado: Memoria de Prueba para optar al grado de Licenciado en Ciencias Jurídicas y Sociales*, Concepción, Universidad de Concepción, 2003.
- PIERRY, Pedro. Repetición del Estado contra el Funcionario [de] *Revista de Derecho de la Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, v. 16, 1995.
- PRECHT, Jorge. Un cambio de jurisprudencia administrativa sobre el artículo 54 letra c) de la ley 18.575 [de] *Revista Chilena de Derecho*, Santiago, v. 37, n. 2, ago. 2010.
- SANTAMARÍA, Juan Alfonso. *Principios de Derecho Administrativo General*. reimpresión, Madrid, Ed. Iustel, 2006.
- SILVA, Enrique. La Función Pública. In: *Derecho Administrativo Chileno y Comparado*. Santiago, Ed. Jurídica de Chile, 1993.
- ZÚÑIGA, Francisco. La acción de indemnización por error judicial. Reforma constitucional. Regulación infraconstitucional y jurisprudencia [de] *Revista Estudios Constitucionales*, Talca, v.6, n.2, p. 17-18, jul. 2008.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

PAVÓN, Ignacio. Los efectos de la pena en el régimen administrativo de los funcionarios públicos en Chile. In: GALLO, William Iván et al. (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 351-369. ISBN 978-85-450-0569-8.

LA DEFENSA EN EL RÉGIMEN DISCIPLINARIO DE LA FUNCIÓN JUDICIAL

PAÚL ALEJANDRO CENTENO MALDONADO

I Introducción

El régimen disciplinario es un área de estudio de alta complejidad en la Administración del Talento Humano, puesto que, al ser el ejercicio de la potestad de imperio del Estado, se constituye en un proceso contradictorio donde se debería poner en manifiesto con claridad los derechos y principios del debido proceso consagrados en la Constitución y los Derechos Humanos.

La objetividad de la actuación pública sancionadora se ve afectada por la existencia de procesos especiales que se crean por acto normativo de rango infralegal que incluso en el caso de la Función Judicial en Ecuador, se crea un código de ética de carácter vinculante que sirve de sustento para el procedimiento disciplinario. Se realizará una revisión del procedimiento y la identificación de las vicisitudes del régimen administrativo sancionador de la Función Judicial.

II Desarrollo

2.1 Normativa pertinente

Analizar el proceso disciplinario sancionador de la Función Judicial es introducirse a un régimen especial de normatividad, pues se debe partir de la comprensión de que los servidores y las servidoras de la Función Judicial se encuentran excluidos de la carrera del servicio público según lo establece el literal d) del Art.- 83 de la Ley Orgánica de Servicio Público,¹ por lo tanto la Administración del Talento Humano del sector judicial

¹ Art. 83.- Servidoras y servidores públicos excluidos de la carrera del servicio público.- Exclúyase del sistema de la carrera del servicio público, a: (...) d) Las o los servidores en todas sus clasificaciones que pertenecen a la Carrera Judicial, los Fiscales que pertenecen a la Carrera Fiscal, los Defensores Públicos que pertenecen a la Carrera de la Defensoría, las vocales y los vocales del Consejo de la Judicatura y sus suplentes, las Juezas y Jueces de la Corte Nacional de Justicia, la Fiscal o el Fiscal General del Estado, la Defensora Pública General o el Defensor Público

tiene su propio régimen en base al mandato legal, es decir que el Consejo de la Judicatura al gozar de facultad reglamentaria² emite normativa delegada.

El procedimiento para que los servidores y las servidoras de la Función Judicial sean sancionados en los casos de inobservancia, incumplimiento, indisciplina, desacato, o cualquier acto que vincule a la determinación de responsabilidad administrativa en el ejercicio de sus funciones, especialmente por falta grave (JARAMILLO ORDOÑEZ e JARAMILLO LUZURIAGA, 2014, p. 37) no se ventilará según lo estipulado en la Ley Orgánica del Servicio Público sino por el Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura.³

La codificación del Reglamento fue expedido el 25 de febrero de 2015, en la Administración del Dr. Gustavo Jalkh Röben, en calidad de Presidente del Consejo Nacional de la Judicatura, mediante resolución N° 029-2015. Considerando además que en base al principio de legalidad tal normativa no desarrolla la imposición de sanciones así como tampoco la determinación de la conducta sancionada, por el contrario se *limita* a establecer el procedimiento a seguir a fin de obtener una resolución que confirme la situación de inocencia del servidor o servidora judicial o a su vez la imposición de responsabilidad.

Existe también como normativa para la fijación de responsabilidades administrativas en contra de los servidores y servidoras judiciales, el Código de Ética de Servidores y Trabajadores de la Función Judicial, emitido mediante Resolución del Consejo Nacional de la Judicatura N° 363-2015, y publicado en el Registro Oficial Suplemento N° 630 de 18 de noviembre 2015. Este cuerpo normativo a diferencia del anterior, establece que: “La inobservancia de los principios y valores éticos *establecidos en este código*, será sancionada de acuerdo a lo estipulado en el ordenamiento legal vigente y en su conjunto, será parte de la evaluación de desempeño de los servidores de la Función Judicial”.⁴

Por tanto dispone normas de conducta que deben observarse de forma obligatoria en el ejercicio de las funciones de los servidores y trabajadores de la Función Judicial.⁵ Es decir que para la gestión administrativa sancionadora se aplica como base legal según el Orden Jerárquico:

- 1) Constitución de la República
- 2) Código Orgánico de la Función Judicial
- 3) Ley de Prevención, Detección y Erradicación de Lavado de Activos y Financiamiento de Delitos.
- 4) Codificación del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura.
- 5) Código de Ética de Servidores y Trabajadores de la Función Judicial.

General, la Procuradora General del Estado o el Procurador General del Estado y la Contralora(sic) General del Estado o el Contralor General del Estado, las Notarías y Notarios; y, quienes presten sus servicios en las notarías;

² Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial, Título IV, “Órganos Administrativos”, Art.- 264 numeral 19 ([Quito]: Asamblea Nacional, 2009): 70.

³ Emitido mediante Resolución Consejo Nacional de la Judicatura N° 184-2013, del 14 de noviembre de 2013.

⁴ Ecuador, Código de Ética de Servidores y Trabajadores de la Función Judicial, Capítulo I, “Generalidades”, Art.- 5 ([Quito]: Consejo de la Judicatura, 2015): 3.

⁵ Ecuador, Código de Ética de Servidores y Trabajadores de la Función Judicial, Capítulo I, “Generalidades”, Art.- 1 ([Quito]: Consejo de la Judicatura, 2015): 3.

- 6) Normativa específica según el caso disciplinario. (Contratación Pública, Normativa de administración de bienes, normas de control interno, protocolos del manejo de expedientes, etc.)

Que deben ser considerados tanto por la autoridad sancionadora, la comisión de investigación, el servidor o servidora procesada y sus respectivos procuradores.

2.2 Procedimiento

Dentro del término establecido en el Art. 28 del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo De la Judicatura, la autoridad competente abrirá un expediente para investigación y dispondrá para que se realicen las indagaciones necesarias sobre los hechos presumiblemente constitutivos de infracción disciplinaria.

La investigación no podrá mantenerse abierta por más de *quince días*. Una vez transcurrido este término se expedirá informe motivado para conocimiento de la autoridad competente, recomendando para que proceda a la instrucción del sumario disciplinario o al archivo definitivo del expediente investigativo.

Acciones Previas. Previa a la instrucción del sumario disciplinario la Coordinadora o el Coordinador Provincial de Control Disciplinario competente realizará el examen de admisibilidad de la denuncia o queja a fin de verificar que la misma haya sido presentada dentro de los plazos previstos en el Código Orgánico de la Función Judicial así como el cumplimiento de los requisitos establecidos en el Art. 113 del mismo cuerpo legal y el Art. 22 del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo De la Judicatura

Análisis de forma. Si del análisis de forma se llegare a determinar que la denuncia o queja no cumple con los requisitos establecidos en el Código Orgánico de la Función Judicial no se admitirá a trámite.

Análisis de fondo. Si la denuncia cumple con los requisitos de forma la Coordinadora o el Coordinador Provincial Disciplinario examinará el contenido de la denuncia o queja y verificará que los hechos que constan como fundamento de la misma no se encuentren dentro de aquellos casos señalados en el Art. 115 del Código Orgánico de la Función Judicial.

Si se verifica que la denuncia o queja se encuentra dentro de los casos señalados en el Art. 115 del Código Orgánico de la Función Judicial, al Directora o el Director Provincial no admitirá a trámite la misma.

Si por el contrario, se verifica que los hechos narrados en la denuncia o queja se encuentran dentro de los casos tipificados como infracciones en el ordenamiento jurídico vigente dispondrá el inicio del sumario administrativo.

Resuelta la inadmisibilidad se entenderá como no presentada la denuncia o queja.

Inicio del Sumario Disciplinario. El sumario disciplinario, de oficio o mediante denuncia o queja se inicia desde que la autoridad competente dicta el auto de apertura del sumario disciplinario que contendrá:

- a. Identidad de la sumariada o sumariado.
- b. La relación de los hechos materia del sumario disciplinario.
- c. Tipificación de la presunta infracción disciplinaria que se investiga.
- d. Los medios de prueba que se disponga y la solicitud de la práctica de las dirigencias que se requieran para demostrar sus afirmaciones.

- e. La advertencia de la obligación que tiene el sumariado de contestar en el término de cinco días, anunciar y solicitar la práctica de sus pruebas, y señalar domicilio para futuras notificaciones; y,
- f. Disponer la obtención de copias certificadas de la acción de personal con referencia al cargo que ostenta u ostentó la persona sumariada, su situación laboral actual y la certificación de las sanciones disciplinarias que hubiere sido impuestas.

De la notificación. El auto de llamamiento a sumario disciplinario será notificado alternativamente en persona mediante una sola boleta dejada en su lugar de trabajo o en la dirección electrónica señalada en el expediente de la servidora o servidor.

Si el servidor o servidora se negare a recibir la notificación, se sentará la respectiva razón por parte del funcionario respectivo.

De la contestación. Recibida la notificación la o el servidor, en el término de 5 días, contestará al auto de apertura del sumario contados desde la fecha en la que se efectuó la notificación, debiendo adjuntar las pruebas de descargo y acompañará los documentos y cualquier información que posea en defensa de sus derechos.

Del término de prueba. - Una vez vencido el término establecido en el artículo anterior, con la contestación de la o el servidor o en rebeldía, se procederá a la apertura del término de prueba por el término de 5 días, en el cual la o el servidor podrá solicitar se practiquen las pruebas que considere pertinente a excepción de la confesión y de la inspección.

De la Resolución. - Concluida la etapa de prueba la autoridad competente, en el término de 15 días expedirá de manera motivada la resolución o el informe que corresponda en el ámbito de sus competencias, resolución que será notificada a la o el servidor sumariado, de haber señalado domicilio legal para el efecto, o, mediante una única boleta en su domicilio o lugar de residencia que conste del expediente personal.

Del informe motivado. - Se remitirá inmediatamente el expediente adjuntando el informe motivado, cuando la autoridad fuere incompetente para imponer la sanción disciplinaria de acuerdo las siguientes reglas:

- a. El informe motivado se dirigirá a la Directora o Director General del Consejo de la Judicatura en los casos de que se presuma el cometimiento de algunas de las infracciones disciplinarias sancionadas con suspensión sin remuneración; y,
- b. El informe motivado se dirigirá al Pleno del Consejo de la Judicatura en los casos que se presuma el cometimiento de algunas de las infracciones sancionadoras con destitución.

El informe motivado deberá contener la siguiente información:

- a. La identidad de la sumariada o sumariado.
- b. Los hechos que se le imputan a la sumariada o sumariado.
- c. Las pruebas aportadas al expediente.
- d. La tipificación de la presunta infracción disciplinaria; y,
- e. La recomendación sobre el tipo de sanción que a criterio de la autoridad informante deberá imponerse al sumariado.

Ejecución de las resoluciones. Las resoluciones dictadas dentro de los sumarios disciplinarios serán ejecutadas por las Direcciones Provinciales, la Subdirección Nacional de Control Disciplinario y las demás instancias administrativas del Consejo de la Judicatura.

Recursos. El recurso de apelación procede únicamente contra las decisiones finales, expedidas por las Directoras o Directores Generales del Consejo de la Judicatura. También procede en contra de las decisiones que inadmiten a trámite la denuncia.

Las resoluciones dictadas por las Directoras o Directores Provinciales y por la Directora o Director Generales del Consejo de la Judicatura serán apelables ante el Pleno del Consejo de la Judicatura dentro del término de 3 días contados desde la notificación.

El Pleno del Consejo de la Judicatura resolverá el recurso de apelación en base a la información que conste en el expediente, sin perjuicio de que pueda ordenar de oficio la práctica de prueba que estime pertinente. De esta decisión no cabrá recurso alguno.

2.3 Derecho a la defensa

Pese a que cada una de las etapas del procedimiento, incluidas las acciones previas, deben cumplir con las garantías del debido proceso establecido en el Art.- 76 de la Constitución de la República, es importante hacer énfasis en la etapa probatoria de la cual se desprende a decir del Art.- 37 de la Codificación del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura: “A cada sujeto de[l] procedimiento le corresponde *obtener y remitir* los elementos probatorios a la servidora o servidor judicial competente para que sean incorporadas al expediente”.

Tal disposición afecta el principio de igualdad de condiciones, existiendo un trato diferenciado arbitrario, injusto que impone una desventaja (CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR, 2016, p. 36) al servidor judicial, pues la naturaleza de la relación Administración – Administrado es evidentemente desigual debido a la potestad de imperio de la Administración Pública (MORALES TOBAR, 2011).

El Estado en ejercicio monopólico de todo un conjunto de potestades tanto normadas como discrecionales como el de auto tutela, impugnación reactiva, presunción de legitimidad, confianza legítima, toma la iniciativa para sancionar al administrado que tiene de su parte únicamente el derecho de petición y las instancias jurisdiccionales una vez emitido un acto administrativo sancionador, que como se apreciará al final del presente análisis tampoco constituye una garantía real.

El Art.- 37 de la Codificación del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura establece que “...se abrirá la causa a prueba por un término de cinco días” tiempo en el cual se deben incorporar instrumentos que permitan demostrar al procesado la falsedad o inexactitud de las imputaciones realizadas en su contra (JARAMILLO ORDOÑEZ e JARAMILLO LUZURIAGA, 2014, p. 45).

Así mismo concede al sumariado el término de cinco días⁶ para que emita su contestación al auto de inicio de sumario, en el cual deberá anunciar la prueba que se practique en el momento oportuno, es decir un total de *diez días* para ejercer su defensa.

⁶ Ecuador, Codificación del Reglamento para el Ejercicio de la Potestad Disciplinaria del Consejo de la Judicatura, Sección IV, “Contestación”, Art.- 35 ([Quito]: Consejo de la Judicatura, 2015): 12.

No se ha explicado de manera técnica las razones por las cuales la regulación especial del Consejo de la Judicatura establece un término tan reducido, pues si se toma como referencia otros cuerpos normativos como el Código Orgánico Administrativo⁷ los términos para la contestación llegan incluso al doble en comparación con lo ordenado en la función Judicial.

Ahora bien, la prueba de excelencia para este tipo de procesos es instrumental, de cuya guarda se encuentra encargada la misma administración, reglada para su acceso según las disposiciones de la Ley de Modernización del Estado y la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Al momento que el sumariado realiza una solicitud de documentación [en caso de haber formulado la petición de forma correcta] la administración deberá resolverla en un término no mayor a *quince días*, contados a partir de la fecha de su presentación,⁸ o de *diez días* si se trata de información dentro del ámbito de transparencia e información pública.⁹

En cualquiera de los casos el sumariado no cuenta con el tiempo y con los medios adecuados para la preparación de su defensa,¹⁰ pues la denegación tacita del acceso a la información pública es el resultado de un procedimiento administrativo previo que puede ser accionando mediante una acción de garantía constitucional,¹¹ periodo de tiempo en el cual se vence el termino probatorio en el proceso administrativo sancionador.

En la practicidad la persona sumariada, pese a su velo de inocencia constitucional, es tratada como culpable, se evidencia tratos discriminatorios entre compañeros de trabajo y ante las autoridades, que en ciertos casos inciden en retardo de entrega de documentación que servirá de prueba en el proceso,¹² tomando en cuenta además que la comunicación formal se la realiza por vías administrativas y en horarios de oficina,¹³ tiempo en la persona sumariada desempeña sus actividades laborales, teniendo como prohibición ausentarse de su lugar de trabajo sin autorización previa.¹⁴

Tomado en cuenta lo mencionado sobre el tiempo total de 10 días para elaborar la contestación al auto de inicio de sumario y adjuntar la prueba anunciada se suma un elemento adicional, la *tipificación de la infracción* por la cual se lleva a cabo el procedimiento administrativo sancionador.

Únicamente desde la notificación y citación que el sumariado recibe del auto de inicio del sumario, el sumariado puede formular reactivos argumentativos en su defensa, tomado en cuenta que al existir acciones previas investigativas, no es sino hasta la emisión

⁷ El Código Orgánico Administrativo entrará en vigencia el 07 de julio de 2018.

⁸ Ecuador, Ley de Modernización del Estado. Capítulo III, “De la Racionalización y Eficiencia Administrativa”, Art.- 28 ([Quito]: Congreso Nacional, 1993): 9.

⁹ Ecuador, Ley Orgánica de Transparencia y Acceso a la Información Pública, Título II, “De la Información Pública y su Difusión”, Art.- 9 ([Quito]: Congreso Nacional, 2004): 5.

¹⁰ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, Capítulo VII “Derechos de Protección”, Art.- 76 numeral 7) literal b) ([Montecristi]: Asamblea Nacional Constituyente, 2008): 37.

¹¹ Porras Velasco, A., & Romero Larco, J. La acción de acceso a la información pública. En J. Montaña Pinto, & A. Porras Velasco (Edits.), *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional* (Vol. 2, págs. 193-223). Quito: CEDEC. 2012

¹² Estas afirmaciones tienen como base la entrevista realizada a la Dra. Mireya Vera, funcionaria a quien se le realizó un proceso administrativo sancionador.

¹³ Ecuador, Ampliar los Horarios de Atención al Público en las Unidades Judiciales y Judicaturas a Nivel Nacional, Art.- 1 ([Quito]: Consejo de la Judicatura, 2013): 1.

¹⁴ Ecuador, Código Orgánico de la Función Judicial, Capítulo VII “Prohibiciones y Régimen Disciplinario”, Art.- 103 ([Quito]: Asamblea Nacional, 2009): 40.

del auto que se logra obtener precisión en la causal por la cual será imputado y por ende para preparar su defensa, es así que a diferencia de la Administración, la persona sumariada no puede ejecutar acciones previas que le permitan recopilar elementos probatorios para presentarlo oportunamente en su defensa.

Ahora bien, para continuar con la comprensión de las limitaciones al derecho a la defensa, es necesario enfatizar sobre la diferencia entre la carrera judicial y la carrera de servicio público que se anunció al inicio del presente trabajo. El Art.- 42 del Código Orgánico de la Función Judicial indica:

Las servidoras y servidores de la Función Judicial pertenecen a la carrera judicial, de acuerdo a la siguiente clasificación:

1. Quienes prestan sus servicios como juezas y jueces pertenecen a la carrera judicial jurisdiccional;
2. Las demás servidoras y servidores judiciales pertenecen a la carrera judicial administrativa;
3. Quienes prestan sus servicios como fiscales pertenecen a la carrera fiscal;
4. Las demás servidoras y servidores de la Fiscalía pertenecen a la carrera fiscal administrativa;
5. Quienes prestan sus servicios como defensores públicos pertenecen a la carrera de la defensoría; y,
6. Las demás servidoras y servidores de la Defensoría Pública pertenecen a la carrera defensorial administrativa.

Cuando una servidora o servidor que pertenece a una carrera administrativa ingrese a las carreras judicial jurisdiccional, fiscal o de la defensoría, tendrá derecho a que se reconozca el tiempo que haya prestado servicios como servidora o servidor de carrera administrativa, de manera que se cuente ese tiempo como años de ejercicio profesional desde la obtención de su título profesional.

Las vocales y los vocales del Consejo de la Judicatura y sus suplentes, las juezas y los jueces de la Corte Nacional de Justicia y las conjuetas y conjuetes, la Fiscal o el Fiscal General del Estado, la Defensora Pública o el Defensor Público General, las notarias y notarios y quienes prestan sus servicios en las notarías, así como las servidoras y servidores que desempeñan labores en que prima el esfuerzo físico sobre el intelectual, no pertenecen a ninguna de estas carreras.

En concordancia con el literal d) del Art.- 83 de la Ley Orgánica del servicio Público, que excluye del sistema de la carrera del servicio público, a las o los servidores en todas sus clasificaciones que pertenecen a la Carrera Judicial, los Fiscales que pertenecen a la Carrera Fiscal, los Defensores Públicos que pertenecen a la Carrera de la Defensoría, las vocales y los vocales del Consejo de la Judicatura y sus suplentes, las Juezas y Jueces de la Corte Nacional de Justicia, la Fiscal o el Fiscal General del Estado, la Defensora Pública General o el Defensor Público General, la Procuradora General del Estado o el Procurador General del Estado y la Contralora General del Estado o el Contralor General del Estado, las Notarias y Notarios; y, quienes presten sus servicios en las notarías.

Esto quiere decir que las reglas del procedimiento del sumario administrativo de una entidad de la Función Judicial difieren con la contemplada en la Ley del Sector Público, de forma particular no se contempla la etapa de contradicción de la prueba mediante audiencia oral y pública, es más no existe el momento procesal para judicializar, valorar, evaluar la procedibilidad, conducencia, y pertinencia de la prueba.

De tal manera que desde una aparente celeridad se mantiene un sistema escrito que afecta disposiciones constitucionales, debido a que la oralidad es una exigencia establecida en el Art.- 168 numeral 6 de la Constitución. Tal es su importancia y necesidad de implementar en los procedimientos administrativos sancionadores pues se concretizan principios básicos del debido proceso como inmediación, contradicción, concentración.

Además en base a la oralidad el sumariado tiene la oportunidad de argumentar su defensa y de practicar la prueba en base a las reglas del procedimiento jurisdiccional, es decir, se logra objetividad en la etapa procesal más importante dotando de certezas en la resolución.

La objetividad implica por una parte la responsabilidad de que en la etapa de instrucción o diligencias previas que la administración eleve elementos no solo de cargo, sino y sobre todo de descargo, esto es totalmente contrario a lo establecido por la normativa del Consejo de la Judicatura pues como se dejó indicado, la responsabilidad de *obtener y remitir* la prueba le corresponde al sumariado, por otro lado la objetividad recae en la configuración de ilicitud sustancial dentro del proceso sancionador.

Es menester obtener la definición de ilícito sustancial de la Ley 734 de 2002 de Colombia conocido como Código Disciplinario Único: “Art.- 5.- La falta será antijurídica cuando afecte el deber funcional sin justificación alguna”. Es decir, que para incoar un proceso disciplinario se debe configurar un hecho que atente al bien jurídico protegido *servicio público*.

Al referirse a la prueba testimonial no se ha reglado la forma mucho menos el momento para su práctica, al mantenerse un sistema escrito queda abierta la interpretación de presentar de manera documental un pliego de preguntas que serán respondidas en reserva con el responsable del proceso investigativo. Sin descuidar que la comparecencia de testigos solicitados por el sumariado no representa acciones coercitivas por su incumplimiento, lo contrario que ocurre si los testigos son solicitados por la administración.

En el mismo contexto los procesos sancionadores de carácter administrativos en la mayoría de casos afectan disposiciones del Art.- 76 numeral 7 literal e) de la Constitución que de forma textual manifiesta: “Nadie podrá ser interrogado, ni aún con fines de investigación, por la Fiscalía General del Estado, por una autoridad policial o por cualquier otra, sin la presencia de un abogado particular o un defensor público, ni fuera de los recintos autorizados para el efecto”.

Entrado en debate la configuración del delito de perjurio en caso de atentar a la verdad en los testimonios sea por parte del mismo sumariado como de testigos, ahora bien, ni la ley ni los reglamentos reconocen la posibilidad de acogerse al silencio en caso de autoincriminación pues tal derecho es exclusivo en materia penal.

Por otra parte, en lo que respecta a la prueba pericial, no se ha establecido la opción de realizar observaciones al informe, el termino de 5 días para la prueba es limitado inclusive para la elaboración de un examen técnico especializado sobre la causal del por la cual se lleva a cabo el sumario.

El derecho de impugnación en la vía jurisdiccional se ve agraviado con la exclusión de la carrera judicial en la carrera del servicio público, pues el Art.- 217 del Código Orgánico de la Función Judicial, advierte que como competencia de los las juezas y jueces que integren las salas de lo contencioso administrativo:

13. Conocer de las impugnaciones a sanciones administrativas firmes contra las servidoras y los servidores públicos, emanadas de las instituciones del Estado que conforman el sector público, cuando tales cuestiones de personal *no se refieran al nacimiento o extinción* de la relación de servicio de servidoras y servidores públicos...

Por lo tanto cuando un sumario administrativo determina la comisión de falta grave sancionada con destitución, la vía jurisdiccional se encuentra truncada, por lo tanto se configura un acto administrativo firme en lugar de acto administrativo definitivo.

III Conclusiones

El principio de legalidad en el proceso administrativo sancionador de la Función Judicial sigue siendo interpretado según una apreciación meramente legalista, sin ampliar su comprensión a la garantía de los derechos establecidos en la Constitución, esto es, que su materialización contemple oralidad, intermediación, contradicción, e igualdad de oportunidades.

La lógica procedimental administrativa sancionadora de la Función Judicial pese a su codificación en el año 2015 se mantiene documental e inquisitiva, lo que produce incertidumbre sobre la imparcialidad política de su tramitación, pues el exceso de discrecionalidad podría recaer en arbitrariedad o abuso de autoridad al evidenciar desequilibrio en la relación Administración – Administrado y por ende en la limitada capacidad de contradicción por parte de la persona sumariada.

Es indudable la necesidad de objetividad en el proceso sancionador, no solo de Función Judicial si no de la Administración Pública en general, lo que implica que la fase investigativa previa recepte elementos de cargo y descargo de la persona sumariada. Mientras que la necesidad de imparcialidad implica que sea un organismo ajeno a la institución a la que pertenece la persona sumariada sea la responsable del proceso sancionador.

El desequilibrio de la relación Administración – Administrado tiene como resultado un informe de conclusiones y recomendaciones, no vinculante, sustentado en prueba documental de difícil acceso para el sumariado, configurando una violación al derecho de defensa que implica contar con el tiempo y con los medios adecuados para su preparación.

Debe existir un régimen único sancionador para toda la administración pública en base al principio de seguridad jurídica y principio de juridicidad, que se pretende hacer realidad con la entrada en vigencia del Código Orgánico Administrativo el 07 de Julio de 2018, donde se establece un capítulo para el procedimiento sancionador.

Referencias

ALVIAR GARCÍA, H. *Manual de Derecho Administrativo*. Bogotá: Uniandes - Temis, 2009.

BULLA ROMERO, J. E. *Derecho Disciplinario*. Bogotá: Temis, 2006.

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR. *Desarrollo Jurisprudencial de la Primera Corte Constitucional*. Quito: CEDEC, 2016.

DAZA PÉREZ, M. F. La naturaleza jurídica del derecho disciplinario ¿autónoma e independiente? *Actualidad Jurídica*, p. 57 - 63, 2011 - 2012.

JARAMILLO ORDOÑEZ, P.; JARAMILLO LUZURIAGA, V. *La Justicia Administrativa*. Loja: Offset Grafimundo, 2014.

MORALES TOBAR, M. *Manual de Derecho Procesal Administrativo*. Quito: CEP, 2011.

PORRAS VELASCO, A.; ROMERO LARCO, J. La acción de acceso a la información pública. In: MONTAÑA PINTO, J.; PORRAS VELASCO, A. *Apuntes de Derecho Procesal Constitucional*. Quito: CEDEC, v. 2, 2012. p. 193-223.

ROBLES LARA, S. *El Servidor Público*. Quito: CEP, 2013.

YOUNES MORENO, D. *Derecho Administrativo Laboral*. Bogotá: Temis, 2009.

Tribunal Constitucional del Ecuador. *Resolución del Tribunal Constitucional*. En *Registro Oficial No. 143*, 8 de agosto del 2003. (Caso N° 001-2003-AA).

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

CENTENO, Paúl Alejandro. La defensa en el régimen disciplinario de la función judicial. In: GALLO, William Iván et al. (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 371-380. ISBN 978-85-450-0569-8.

AVANCE NORMATIVO ANTICORRUPCIÓN Y EL IMPULSO DE LA PARTICIPACIÓN CIUDADANA EN MÉXICO

RAQUEL FERNANDA GARCÍA OJEDA

Este trabajo se deriva de una investigación amplia en el área de Derecho Público, que tiene como objetivo, un análisis y comprensión a la problemática de la corrupción en México, así como la necesidad de una Administración Pública capaz de reflejar eficacia y eficiencia, durante su gestión. Se realiza una reflexión de la descomposición política, social y moral que existe en México, mejor conocido como corrupción, un lastre que aqueja a todo un país, así como a la comunidad; pero que particularmente en el ámbito mexicano, ha alcanzado no solo dimensiones políticas, sino también culturales, sociales y económicas, realmente abominables.

El autor Ernesto Garzón Valdés, sostiene que; “el fenómeno de la corrupción no es exclusivo de los países en desarrollo o no evolucionados como creía Max Weber,¹ sino que afecta en mayor o menor medida a todos los regímenes desde las dictaduras hasta las democracias Al grado que la supuesta correlación entre mayor democracia y menor corrupción, o lo que es lo mismo, entre dictadura y corrupción no es empíricamente sostenible”.²

Por consiguiente, el poder público debe estar atado a exigencias morales y legales, donde las leyes deben de prever herramientas necesarias para cumplir el cometido de combatir las causas que han generado el incremento de la corrupción en México.

Como consecuencia de la gran corrupción que existe en México, surgió la necesidad de la implementación de un sistema que fuera capaz de combatir el fenómeno que ha lesionado nuestra democracia, aumentado la violencia, lastrado nuestra economía, y reflejado en una desigualdad social.

¹ WEBER Max. *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, trad. José Chávez Martínez. México, Ediciones Coyoacán, 1994.

² GARZÓN VALDÉZ, Ernesto. *Acerca del concepto de corrupción*. en Francisco Javier Laporta y Silvina Álvarez (eds.), *La corrupción política*, Madrid, Alianza Editorial, 1996.

Se afirma que como problema público la corrupción; es compleja y el conocimiento de sus manifestaciones es condición necesaria para establecer instrumentos legales e institucionales para que sean eficaces y efectivos en su combate.³

En efecto, la administración pública enfatiza en el presente; la calidad, la eficiencia y la eficacia, entre otros. Emerge así un nuevo paradigma centrado en la receptividad de las necesidades del ciudadano, la transparencia, la rendición de cuentas y como consecuencia la necesidad de combatir un fenómeno que lacera a la sociedad.

En ese orden de ideas, el trabajo que se presenta se sistematiza en cuatro apartados además del planteamiento y sus conclusiones; en el primer eje temático de esta investigación se realiza un estudio de la contextualización y gravedad de la corrupción, siguiendo con un segundo eje que expone el contexto histórico de la participación ciudadana en México, en un tercer apartado se establece la importancia y la necesidad de la participación de la sociedad civil, para prevenir y combatir el fenómeno de la corrupción, al ser también un ente arraigado en el devenir social de la comunidad.

Por último, en el cuarto eje de estudio, se concluye con la reforma constitucional y reformas de leyes secundarias, como una respuesta a la carencia de un sistema capaz de prevenir, solucionar y combatir la corrupción en México.

1 Contextualización y gravedad de la corrupción en México

La corrupción es conocida como; “una plaga insidiosa que tiene un amplio espectro de consecuencias corrosivas para la sociedad. Socava la democracia y el Estado de derecho, da pie a violaciones de los derechos humanos, distorsiona los mercados, menoscaba la calidad de vida y permite el florecimiento de la delincuencia organizada, el terrorismo y otras amenazas a la seguridad humana,⁴ que para poder combatirla, se ha demostrado a través de la historia que la humanidad ha creado normatividad e instituciones con el propósito de evitar la corruptibilidad en la función pública, implementando sanciones a quien incurra en ella. La corrupción ha sido un obstáculo para el crecimiento de México, ha debilitado los impulsos para combatir la pobreza y la desigualdad, ha quebrantado la eficacia para impulsar el crecimiento económico, propagado el aumento del narcótico, así como la crisis de seguridad en el país. En el caso mexicano, el World Justice Project ubica a México en el lugar 96 de su lista, entre 99 países con un alto índice de inseguridad, en el estudio realizado solo Afganistán, Nigeria y Paquistán se encuentran en peores circunstancias que México.⁵

El impacto que ocasiona la corrupción en la Administración pública es el mal funcionamiento de los órganos del Estado y de sus servidores públicos, la corrupción logra que las instituciones públicas carezcan de legitimación, incrementando un nivel de inseguridad pública, provocando la creación de legislaciones y políticas poco eficaces

³ CÁRDENAS SÁNCHEZ, Enrique, (coord.), *Iniciativa ciudadana de Ley General de Responsabilidades Administrativas*, México, Disponible en: <http://ley3de3.mx/wp-content/uploads/2016/02/Ley3de3_LEY_IniciativaCiudadanaDeLeyGeneralDeResponsabilidadesAdministrativas_Documento.pdf>, Acceso en: 15 mayo 2018.

⁴ ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Disponible en: <https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf>. Acceso en: 17 mayo 2018.

⁵ WORLD JUSTICE PROJECT, *Rule of Law Index 2016*, Washington, 2016, p.23.

para poder combatir con ella. Amparo Casar afirma que, “los estudios sobre corrupción se han planteado con frecuencia, que a mayores niveles de corrupción, mayor el desencanto con la democracia. El supuesto detrás de esta afirmación es que la percepción de prácticas ilegales dentro del gobierno genera desconfianza en las instituciones y autoridades y consecuentemente un bajo aprecio o descontento con la forma de gobierno”.⁶

Bajo esta concepción, la Carta Iberoamericana de la función pública fue uno de los primeros documentos de carácter oficial que estableció la importancia de los servidores públicos para la aspiración de lograr un buen gobierno. En ella se proponen cinco principios rectores; a) igualdad de todos los ciudadanos, sin discriminación de género, raza, religión, tendencia política u otras, b) mérito, desempeño, y capacidad como criterios orientadores del acceso, la carrera y restantes políticas de recursos humanos, c) eficacia, efectividad y eficiencia de la acción pública y de las políticas y procesos de gestión del empleo y las personas, d) transparencia, objetividad e imparcialidad y e) pleno sometimiento a la ley y al derecho.⁷

Así mismo, el autor Cárdenas Sánchez, afirma que, “como problema público la corrupción es, compleja y el conocimiento de sus manifestaciones es condición necesaria para establecer instrumentos legales e institucionales para que sean eficaces y efectivos en su combate”.⁸ La administración pública actúa inmersa en la sociedad civil en forma sistemática, convirtiéndose en la actividad organizadora del Estado, para apoyar el desarrollo de una nación independiente.

Por otra parte, la corrupción se puede convertir en un problema sistemático, en la medida en que las instituciones que la sustentan se multipliquen y enquisten el tejido institucional.⁹ Es por ello, que el Estado deberá contar con instituciones que den efectividad a las necesidades colectivas, que resulten como pilares fundamentales para la consolidación de un sistema democrático, en el ejercicio ético de la gestión pública, con un fortalecimiento de los valores que den sustento a la democracia, con el fin de alcanzar respeto pleno de las diferencias de cualquier índole, en donde la sociedad civil, sea escuchada y pueda tener acción directa de participación.

2 Contexto histórico de la participación ciudadana en México

En ámbito del sistema político mexicano en la década de los cuarenta se distinguió por lo que se ha denominado “hiperprecidencialismo”. Amparo Casar lo define como “la capacidad del Poder Ejecutivo de atravesar a los otros dos poderes y los otros niveles de gobierno, ejerciendo un poder que excede sus facultades institucionales legales y que se cancela los mecanismos institucionales legales creados para compartir y contrabalancear el poder”.¹⁰

⁶ CASAR, María Amparo. *Anatomía de la corrupción*, México, CIDE, 2014.

⁷ NACIONES UNIDAS, Carta Iberoamericana de la Función Pública, Disponible en <<https://www.onsc.gub.uy/onsc1/images/stories/Publicaciones/RevistaONSC/r29/29-7.pdf>>. Acceso en: 10 de abril de 2018.

⁸ CÁRDENAS SÁNCHEZ, Enrique, *op. cit.*

⁹ ARELLANO GAULT, David, ¿Podemos reducir la corrupción en México?, Límites y posibilidades de los instrumentos a nuestro alcance, México, CIDE, 2013, p. 23.

¹⁰ CASAR, María Amparo, Los frenos y contrapesos a las facultades del ejecutivo; la función de los partidos políticos, el judicial, el legislativo y la administración pública, Disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2748/24.pdf>>. Acceso en: 20 de mayo de 2018.

Es así como la violación a los derechos humanos por parte de la autoridad, la sociedad se vio obligada a participar de una manera no convencional, a través de manifestaciones, movilizaciones, huelgas entre otros.

Favela afirma que, “a lo largo de casi 40 años se registraron alrededor de 120 movilizaciones, es decir, un promedio de 3.3 conflictos por año”.¹¹ La sociedad recurrió optar por medio de la violencia para poder ser escuchada, obteniendo como respuesta la negación y el maltrato de parte de las autoridades. La participación ciudadana se encontraba excluida de toda acción política, no se respetaban sus derechos, no existía el acceso a la información y la transparencia, así como el gran índice de desconfianza por parte de los ciudadanos.

En el año de 1968 fue a partir cuando el gobierno comenzó a carecer de legitimidad, control y estabilidad, provocando que la permanencia al poder perdiera el balance y control. Conforme a lo sucedido el dos de octubre en Tlatelolco, el Estado mexicano pudo percatarse que ya no contaba con la capacidad de poder mantener bajo control a los grupos protestantes.

Como resultado de las necesidades que la ciudadanía venía exigiendo el Estado dio como primera respuesta la elaboración de una reforma político electoral. Fue en 1977 cuando la constitución fue modificada para permitir la inclusión de nuevos partidos políticos al sistema y dar una oportunidad a la participación política institucional. Estas reformas fueron un nuevo comienzo para la transformación del régimen y la oportunidad de un nuevo sistema político mexicano.

Durante la década de los años 80, en el periodo del expresidente Miguel de la Madrid, se organizaron comités y consejos consultivos en la mayor parte de la administración federal, con la finalidad de poder fomentar la participación de la sociedad en la planeación del desarrollo. Lo que de la Madrid no contempló es que el Estado no contaba con una verdadera representación y transparencia pública, por lo que únicamente se obtuvo como respuesta, fue una participación ciudadana ficticia.

Es así que en los años 90 surgió una nueva orientación durante el Gobierno del ex presidente Carlos Salinas de Gortari, quien desarrolló e implementó un programa de política social innovador mejor conocido como solidaridad, con la finalidad de que la sociedad formara parte de su propio gobierno, el cual al final, término dando los resultados contrarios a los que se pretendía.

En 1990 como resultado de las reformas realizadas a la Constitución en materia electoral, el Congreso de la Unión expidió el Código Federal de Instituciones y Procedimientos Electorales (COFIPE) y ordena la creación del Instituto Federal Electoral (IFE), a fin de contar con una institución imparcial que dé certeza, transparencia y legalidad a las elecciones federales.

Para 1994 se crean Consejos Sociales de participación en escuelas públicas de educación básica en los niveles estatales, municipales, dentro del nivel local se lograron algunos esfuerzos para incluir la administración ciudadana en la administración pública.

En 1996 se reforma el artículo 41 de la Constitución donde se refuerza la autonomía e independencia del Instituto Federal Electoral, al desligar por completo al Poder Ejecutivo de su integración, creando también asambleas permanentes a cargo de los

¹¹ FAVELA, M, Sistema político y protesta social: del autoritarismo a la pluralidad, en Bizberg, I. y Zapata, F, (coord.), Movimientos sociales, México, COLMEX. 2010.

consejeros electorales, permitiendo al Consejo General contar con mecanismos para la supervisión de actividades de rama ejecutiva del IFE.

Fue así que para el año 2007 le son otorgadas nuevas atribuciones al IFE en las que destacan en fortalecer la confianza y la credibilidad de la ciudadanía en las elecciones federal, promover la participación ciudadana en las elecciones, así como transparentar el proceso de organización y difusión de los resultados electorales.

Para el 2014 el Instituto Federal Electoral se transformó en una autoridad de carácter nacional: el Instituto Nacional Electoral (INE), a fin de homologar los estándares con los que se organizan los procesos electorales federales y locales para garantizar altos niveles de calidad en nuestra democracia electoral.

Es así, que el tema de la Institucionalidad electoral ha sido relevante para el proceso de participación ciudadana y la democratización de México, comprendiendo los dilemas de la adaptación y la estabilidad de las instituciones, así como una verdadera participación de los ciudadanos ante los propios acontecimientos político-electorales.

3 Participación de la sociedad civil en el combate a la corrupción

La educación ciudadana ha estado presente durante la historia, ejerciendo un papel fundamental para la creación de un Estado democrático. La educación, se encuentra como un factor esencial para el fortalecimiento de la participación ciudadana; a la educación cívica se le supone una fuerza cohesiva capaz de apoyar la identidad nacional y una dimensión práctica capaz de modelar el comportamiento.¹²

La participación ciudadana tiene como objetivo, impulsar el desarrollo local y la democracia participativa a través de la integración de la comunidad al ejercicio de la política. Esto es, que la población tenga acceso a las decisiones del gobierno de manera independiente, sin necesidad de formar parte de la administración pública o de un partido político.

En ese sentido, la participación de los ciudadanos ha sido la respuesta a las grandes exigencias que la sociedad ha requerido frente a un Estado, donde se les reconozca su voz y voto, siendo partícipes también de poder hacer cumplir sus necesidades esenciales ante sus representantes. Es necesario que los ciudadanos formen parte de las cuestiones públicas, permitiendo que a través de la participación, se hagan valer sus opiniones y propuestas en donde las voces de los integrantes de una nación sean escuchadas.

El derecho humano a una vida libre de corrupción, deben ser un pilar fundamental para la vida cotidiana de un ciudadano, garantizando la credibilidad de las instituciones, dentro del contexto de los tres órdenes de gobierno: federal, estatal y municipal. En este orden de ideas la participación ciudadana tiene muchas para compensar algunas insuficiencias de la democracia representativa, entre las que señalamos:

- Incluye a sectores excluidos.
- Involucra a los ciudadanos en los asuntos públicos, con lo que se legitima el sistema político y las decisiones que se adoptan en la sociedad.

¹² RODRÍGUEZ SALGADO, Azucena, La participación ciudadana en México, Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-16162015000100005>. Acceso en: 10 de abril de 2018.

- Permite, como en Brasil y la India —los presupuestos participativos—, la redistribución de la riqueza mediante el señalamiento de las prioridades sociales en el gasto.
- Es un mecanismo que vuelve a unir a gobernados con gobernantes.
- Auxilia en el combate a la corrupción a través de mecanismos de control ciudadano, por ejemplo, la auditoría ciudadana permite dar seguimiento a los servidores públicos en la toma de decisiones para advertir si cumplen debidamente con sus cometidos.
- Puede combinarse con la democracia representativa.
- Son válvulas de escape frente al descontento popular.
- Permiten que voces que no son normalmente tomadas en cuenta sean escuchadas.
- Son mecanismos de participación alternativos a los partidos.
- Limita el elitismo político, promueve la movilidad de las elites políticas, y alienta la transparencia en la deliberación de los asuntos públicos.¹³

Respecto a los mecanismos de democracia participativa, se debe asumir que los ciudadanos deben tener la oportunidad de evaluar la responsabilidad del gobierno en términos de la satisfacción de sus necesidades y requerimientos, y sólo los ciudadanos son capaces de hacerlo porque saben más que los gobernantes acerca de sus necesidades. La participación es un correctivo a las deficiencias de la democracia representativa y es un instrumento poderoso para enfrentar la corrupción.¹⁴

La democracia supone la existencia de ciudadanos, como agentes competentes y capaces de elegir y libres de toda traba para ejercer esas capacidades. Una democracia implica que la participación ciudadano ejerza con responsabilidad sus derechos, sus libertades y sus obligaciones con apego a la legalidad y al respeto a los individuos, los valores como el diálogo, la tolerancia, la no discriminación y el respeto a las minorías están en el centro de la calidad del sistema político. La democracia exige gobernantes comprometidos con el desarrollo integral del país y sus habitantes, sometidos a controles de transparencia, rendición de cuenta a los ciudadanos sobre sus acciones de gobierno e instituciones sólidas que fomenten la participación y una regulación del proceso en la toma de decisiones, porque si “la transparencia se incrementa, también lo hace la credibilidad de los ciudadanos en el gobierno”.¹⁵

Así mismo la democracia funciona como una organización social que le otorga la titularidad del poder a la sociedad, mediante la participación de los ciudadanos el gobierno tendrá una razón de ser convirtiéndose en un modelo efectivo que modere y controle el poder por medio de la representación social e instituciones del sistema político.

En ese sentido, se analiza, como uno de los problemas públicos es la desconfianza de los ciudadanos hacia sus propios representantes y gobierno, donde la corrupción se encuentra inmersa, tanto en procesos electorales, como al momento de gobernar durante su cargo. Emerge así un nuevo paradigma centrado en la receptividad de las necesidades

¹³ BOAVENTURA DE SOUSA, Santos, *Democratizar la democracia, Los caminos de la democracia participativa*. México, Fondo de Cultura Económica. 2004.

¹⁴ CÁRDENAS SÁNCHEZ, Enrique, *op. cit.*

¹⁵ GARCÍA VAZQUEZ, Nancy y RUIZ PORRAS, Antonio, “La transparencia en el diseño jurídico de las entidades de fiscalización superior en México”, en Uvalle Berrones, Ricardo, *Rumbos de la transparencia en México*, México, UNAM, 2012, p. 350.

del ciudadano, la transparencia “vinculada con dos dimensiones de la responsabilidad del servidor público: la obligación de dar cuentas o razones de la acción pública, por un lado, y la susceptibilidad de ser sancionable en el caso de desviaciones de los estándares normativos de la función pública”,¹⁶ así como la vinculación de su actuar, con los valores fundamentales de la convivencia humana.

Azucena Serrano Rodríguez, establece que; en efecto la participación ciudadana no aparece mágicamente en un régimen democrático, ya que el Estado debe construir las condiciones que permiten efectivizarla. En ese sentido, todo sistema político necesita cuatro requisitos para lograr consolidarla, a saber:

- El respeto de los derechos humanos
- Los canales institucionales y marcos jurídicos
- El acceso a la información
- La confianza por parte de los ciudadanos hacia las instituciones democráticas.¹⁷

Es así, que para poder contar con una participación ciudadana que tenga confianza ante los servidores públicos, el deber será de aquellos funcionarios públicos que al momento de ejercer su cargo, cuenten con el verdadero profesionalismo y con el deber de velar por los intereses de la sociedad.

La falta de compromiso de los servidores públicos y la desconfianza de una comunidad hacia sus gobernantes es de muy alto rango, el servidor público tiene la responsabilidad de poder brindar un servicio efectivo donde el ciudadano tenga la certeza que sus peticiones han sido escuchadas. En consecuencia, existe la necesidad del funcionamiento de Instituciones del Estado que sean eficaces, es decir, que produzca o dé como resultado el que realmente se desea, con el fin de alcanzar respeto pleno de las diferencias de cualquier índole.

4 Iniciativa de leyes y reforma

Resulta necesario redimensionar el poder representativo desde una cultura de anticorrupción y transparencia en la gestión pública, con base en los principios de legalidad y legitimidad, a través de la creación de mecanismos capaces de rediseñar la estructura de un sistema que tenga como principal labor el combate hacia la corrupción.

Como una respuesta de las voces y exigencias de los ciudadanos, en tan solo dos meses, más de cincuenta agrupaciones de la sociedad civil a través de un trabajo colaborativo, con la integración de la iniciativa ciudadana, se impulsó el nuevo sistema nacional de anticorrupción, el cual exigía como requisito formal, para su presentación 104 mil firmas, logrando aportar la importante suma de 634, 431 firmas ciudadanas. Como resultado, se realizó la reforma a nuestra Constitución estableciendo en su numeral 113, la creación del sistema nacional anticorrupción. Respecto a este acontecimiento, el jurista Diego Valadés expone que:

¹⁶ LARRAÑAGA, Pablo, “Política pública del principio de la transparencia”, en Salazar Ugarte, Pedro (coord.) *El derecho de acceso a la información en la constitución mexicana*, México, IFAI-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, p. 163.

¹⁷ RODRÍGUEZ SALGADO, Azucena, *op. cit.*

“La reforma obedece al muy socorrido patrón de conducta política en el sentido de que los problemas de la realidad se resuelven en la idealidad plasmada en el papel. A lo largo de los años se ha adoptado la estrategia de que los problemas se solucionen mediante decretos. Si hay pobreza, se establece el derecho a la alimentación y se da por superado el problema; si hay violencia, se aumentan las penas aplicables a quienes delincan, y todo solucionado; si falta el agua, se dictan normas que dicen lo contrario, y listo”.¹⁸

Es así, que el 27 de mayo de 2015 se publicó la reforma constitucional en materia de combate a la corrupción, con la modificación de 14 preceptos de nuestra Carta Magna, y en el verano de 2016 se publicaron las 7 leyes secundarias que integran el sistema nacional anticorrupción, las cuales se establecieron de la siguiente forma:

1.- Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción

Esta ley define de qué manera se coordinarán y colaborarán las instituciones encargadas de combatir la corrupción y su funcionamiento como un sistema. Así mismo, establece un Comité Coordinador que determina la elaboración y evaluación de las políticas anticorrupción, como los mecanismos de participación ciudadana.

2.- Ley General de Responsabilidades Administrativas, Ley 3de3

Establece las obligaciones que los servidores públicos deberán de cumplir, los tipos de corrupción, así como los procedimientos para la detección, investigación y sanción. Al ser una ley general todos los estados deberán de basar sus leyes en ella.

3.- Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa

En esta ley se determina la integración, organización, atribuciones y funcionamiento del Tribunal encargado de juzgar los posibles actos de corrupción que investiguen las autoridades, garantizando que un cuerpo autónomo sea quien juzgue las faltas administrativas graves.

4.- Reformas a la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal

Desaparece la Secretaría de la Función Pública (SFP) y la mantiene como el órgano de gobierno encargado del control interno de la Administración Pública Federal. Estableciéndose como uno de los órganos encargados de la investigación de responsabilidades administrativas graves. El cual tendrá como competencia resolver faltas administrativas no graves, mientras que las faltas graves serán juzgadas por el Tribunal Federal de Justicia Administrativa. De esta manera, se garantiza que quienes decidan sobre los actos de corrupción no sean subordinados de los acusados.

5.-Reformas a la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuentas de la Federación

Esta Reforma dota a la Auditoría Superior de la Federación (ASF) de mayores facultades y herramientas de investigación que permitan una fiscalización en tiempo real de los recursos federales. En ese sentido, por primera vez se permite que se fiscalicen participantes estatales.

6- Reformas al Código Penal

La Ley 3de3 propone la tipificación clara de los actos de corrupción y establece procesos de investigación y sanción específicos. Esto debe reflejarse de la misma manera en adecuaciones al Código Penal para poder sancionar los actos de corrupción graves.

7.-Ley de la Fiscalía General de la República

Para perseguir penalmente los actos de corrupción es necesario crear una Fiscalía Especializada en Delitos de Corrupción que tenga autonomía técnica y presupuestar, que

¹⁸ VALADÉS Diego, “Reformar el Régimen de Gobierno”, en Salazar Pedro, Ibarra Palafox y Flores Imer (coords), ¿Cómo combatir la corrupción?, México, UNAM, 2017, p.4.

cuenta con todas las facultades y herramientas de investigación necesarios. Solo así se garantizará una investigación autónoma de los delitos de corrupción.¹⁹

Así mismo, con la finalidad de que el Sistema Nacional Anticorrupción, coordine a las autoridades federales, estatales y municipales para que prevengan, investiguen y sancionen las faltas administrativas y los hechos de corrupción, contará con un Comité Coordinador que es la instancia responsable de establecer mecanismos de coordinación entre los integrantes del SNA. El Comité Coordinador establecerá una plataforma digital nacional que conecte diversos sistemas electrónicos a efecto de establecer políticas integrales, metodologías de medición y que las autoridades competentes tengan acceso a dichos sistemas. A su vez, se establece un Comité de Participación Ciudadana, en el cual la ciudadanía podrá participar activamente en el combate y prevención a la corrupción.

5 Conclusiones

La corrupción daña y atenta contra las formas, en consecuencia, se dio como uno de los resultados la desconfianza hacia los Servidores Públicos, por el mal uso del poder público con el interés de conseguir una ventaja ilegítima.

El impacto que ocasiona la corrupción es el mal funcionamiento de los órganos del Estado y de sus servidores públicos, la corrupción logra que las instituciones públicas carezcan de legitimación, incrementando un nivel de inseguridad pública, provocando la creación de legislaciones y políticas poco eficaces para poder combatir con ella.

La ciudadanía deposita la confianza en sus servidores públicos, para que puedan cumplir con sus funciones que le son atribuidas, otorgándole mayor seguridad a la colectividad, un incremento de certeza jurídica hacia la sociedad. El servidor público, deberá custodiar los bienes públicos, salvaguardar el bien común y cumplir con la tutela de la justicia.

La participación ciudadana tiene como objetivo, impulsar el desarrollo local y la democracia participativa a través de la integración de la comunidad al ejercicio de la política. Esto es, que la población tenga acceso a las decisiones del gobierno de manera independiente, sin necesidad de formar parte de la administración pública o de un partido político.

El derecho humano a una vida libre de corrupción, debe ser un pilar fundamental para la vida cotidiana de un ciudadano, garantizando la credibilidad de las instituciones, dentro del contexto de los tres órdenes de gobierno: federal, estatal y municipal.

Resulta necesario redimensionar el poder representativo desde una cultura de anticorrupción y transparencia en la gestión pública, con base en los principios de legalidad y legitimidad, con la creación de mecanismos capaces de rediseñar la estructura de un sistema que tuviera como principal labor el combate hacia la corrupción.

El 27 de mayo de 2015, como una respuesta a las exigencias de los ciudadanos, se publicó la reforma constitucional en materia de combate a la corrupción, con la modificación de 14 preceptos de nuestra Carta Magna, y en el verano de 2016 se publicaron las 7 leyes secundarias que integran el sistema nacional anticorrupción.

¹⁹ INSTITUTO MEXICANO PARA LA COMPETITIVIDAD, Las siete leyes del sistema nacional anticorrupción, Disponible en: <http://imco.org.mx/politica_buen_gobierno/las-siete-leyes-del-sistema-nacional-anticorrupcion>, Acceso en 14 de mayo de 2018.

Referencias

ARELLANO GAULT, David, *¿Podemos reducir la corrupción en México?, Límites y posibilidades de los instrumentos a nuestro alcance*, México, CIDE, 2013.

BOAVENTURA DE SOUSA, Santos. *Democratizar la democracia*, Los caminos de la democracia participativa, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.

CÁRDENAS SÁNCHEZ, Enrique, (coord.). *Iniciativa ciudadana de Ley General de Responsabilidades Administrativas*, México, Disponible en: <http://ley3de3.mx/wp-content/uploads/2016/02/Ley3de3_LEY_IniciativaCiudadanaDeLeyGeneralDeResponsabilidadesAdministrativas_Documento.pdf>, Acceso en 15 de mayo de 2018.

CASAR, María Amparo. *Anatomía de la corrupción*, México, CIDE, 2014

_____, *Los frenos y contrapesos a las facultades del ejecutivo; la función de los partidos políticos, el judicial, el legislativo y la administración pública*. Disponible en: <<https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2748/24.pdf>>, Acceso en: 20 de mayo de 2018.

FAVELA, M. *Sistema político y protesta social: del autoritarismo a la pluralidad*, en Bizberg, I. y Zapata, F, (coord.), *Movimientos sociales*, México, COLMEX. 2010.

GARCÍA VAZQUEZ, Nancy y RUIZ PORRAS, Antonio. *La transparencia en el diseño jurídico de las entidades de fiscalización superior en México*, en Uvalle Berrones, Ricardo, *Rumbos de la transparencia en México*, México, UNAM.

GARZÓN VALDÉZ, Ernesto, *Acerca del concepto de corrupción*, en Francisco Javier Laporta y Silvina Álvarez (eds.), *La corrupción política*, Madrid. Alianza Editorial., 1996.

INSTITUTO MEXICANO PARA LA COMPETITIVIDAD, *Las siete leyes del sistema nacional anticorrupción*, Disponible en: <http://imco.org.mx/politica_buen_gobierno/las-siete-leyes-del-sistema-nacional-anticorrupcion>, Acceso en 14 de mayo de 2018.

LARRAÑAGA, Pablo, "Política pública del principio de la transparencia", en Salazar Ugarte, Pedro (coord.) *El derecho de acceso a la información en la constitución mexicana*, México, IFAI-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

NACIONES UNIDAS, *Carta Iberoamericana de la Función Pública*, Disponible en <<https://www.onsc.gub.uy/onsc1/images/stories/Publicaciones/RevistaONSC/r29/29-7.pdf>>, Acceso en: 10 de abril de 2018.

ORGANIZACIÓN DE LAS NACIONES UNIDAS, *Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción*, Disponible en: <https://www.unodc.org/pdf/corruption/publications_unodc_convention-s.pdf>, Acceso en: 17 de mayo de 2018.

RODRÍGUEZ SALGADO, Azucena, *La participación ciudadana en México*, Disponible en: <http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0185-16162015000100005>, Acceso en: 10 de abril de 2018.

VALADÉS Diego, "Reformar el Régimen de Gobierno", en Salazar Pedro, Ibarra Palafox y Flores Imer (coords), *¿Cómo combatir la corrupción?*, México, UNAM, 2017, p.4.

WEBER Max, *La ética protestante y el espíritu del capitalismo*, trad. José Chávez Martínez, México, Ediciones Coyoacán, 1994.

WORLD JUSTICE PROJECT, *Rule of Law Index 2016*, Washington, 2016.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GARCÍA, Raquel Fernanda. Avance normativo anticorrupción y el impulso de la participación ciudadana en México. In: GALLO, William Iván et al. (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 381-390. ISBN 978-85-450-0569-8.

Parte VI

NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO

RETOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN HONDURAS

BRADIS OSWALDO OYUELA

1 Introducción

La Administración Pública en Honduras es la actividad realizada por los órganos del poder Ejecutivo que por su gran relevancia en el artillero funcional del Estado, debe de ser objeto de un estudio constante, para llevar de una forma correcta las riendas de la nación. Históricamente la misma a través de lo que registra la vida constitucional post independentista radica en el poder Ejecutivo, dirigido por un ciudadano Presidente electo por la voluntad de la mayoría de los hondureños.

Al inicio de nuestra vida como República libre soberana e independiente nuestra Administración mostraba una estructura simple, sin muchos engranajes jurídicos y accionar administrativo que la caracterizara, debido al reducido número de habitante para la época y la poca complejidad del mismo. Es en el siglo XX donde vemos ya un desarrollo más sustancial producto de la llegada de compañías transnacionales al país, mineras y bananeras que implican un medio- desarrollo de la incipiente historia jurídica del país.

Nuestra administración pública por muchos años ha estado dominada bajo un patrón estructural tradicionalista producto del bipartidismo que durante más de un siglo nos ha gobernado. En los años 1980 durante el proceso de lo que han denominado “transición a la Democracia” surge la más cercana discusión de modernización de las estructuras estatales, principalmente las de la administración pública que había sido controlada desde los años sesenta por gobiernos militares.

En el año de 1986 se emite la Ley General de la Administración Pública (LGAP), al igual que en años posteriores la emisión de la Ley del Procedimiento Administrativo que sustituiría la de los años treinta, que vino a tratar de modernizar; creando nuevos organismos que facilitarían los procesos de crecimiento estatal. Según la LGAP, la administración pública en Honduras está conformada por la administración Centralizada cuyos órganos de conformación son: la Presidencia de la República, el consejo de Ministros, y las secretarías de Estado, la cual a su vez se subdivide en la administración

desconcentrada que adopta la categoría de geografía o funcional. Y la Administración Descentralizada conformada por instituciones autónomas y municipalidades. Estas estructuras que la ley determina, en la actualidad deben de ser consecuente con la modernidad, con lo contemporáneo, los escenarios estatales son diversos y diferentes a los de décadas pasadas.

Ha habido un crecimiento poblacional considerable, por lo que es indispensable que la Administración Pública genere Crecimiento Económico y que este se traduzca en Desarrollo económico para beneficio del bien común general del Estado, reduciendo la dantesca brecha de desigualdad social que existe en el país. De lo cual planteamos retos a los que se enfrenta nuestra administración como ser la adaptabilidad a procesos de globalización que exige el siglo XXI a los Estados en vías de Desarrollo, la transparencia como buen indicador de sana administración, y la innovación como un parámetro que está marcando la mejora continua de las condiciones adecuadas para que la población lleve una vida mejor.

La forma de cómo funciona la Administración Pública en nuestro país determina en gran medida como será el futuro no tan lejano, por venir. Es necesario revolucionar la forma de hacer gobierno.

2 Concepto de administración pública

El derecho administrativo tiene por objeto de estudio lo que es la administración pública, ello lo ha dejado bien claro la mayoría de la doctrina, y los más recientes trabajos sobre el campo del Derecho Administrativo. Como lo apunta García de Enterría; “la más simple y tradicional definición del Derecho Administrativo lo considera como el derecho de la administración pública”. Asimismo, Marienhoff (1964) apunta que; “el objeto del derecho Administrativo es la Administración Pública, en todas sus manifestaciones sean estas externas o internas, vale decir jurídicas o no jurídicas; de ahí que antes de definir aquel derecho, resulte aceptable saber que ha de entenderse por Administración Pública”.¹

Para poder llegar a definir una conceptualización de lo que es la Administración Pública, primero es necesario determinar de dónde surge el estudio de la misma. partimos de la Revolución Francesa como un acontecimiento de transcendencia para el Derecho Administrativo propiamente, esta revolución Burguesa trastoca drásticamente el ejercicio real del Poder en ese momento que era ejercido por una sola persona-personificación del poder- llamado monarca que con su institución familiar hereditaria; ejercía las tres funciones del Estado (legislaba, juzgaba, y gobernaba). Era inevitable que tal concentración de poder generara una disconformidad acumulada en los diferentes estamentos ante el despotismo de un rey todo poderoso instaurado en el poder por designio divino,² y es desde allí donde surge la distribución de funciones de los poderes del Estado como lo llaman algunos autores.

¹ MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de derecho Administrativo*. Buenos Aires: Perrot, 1964.

² CABEZAS, Nicolás; MAYORGA, Daniel. La génesis del derecho administrativo: ¿fenómeno y derecho de la administración romana?. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, [s.l.], n. 16, p.299-335, 15 dez. 2016. Universidad Externado de Colombia. <http://dx.doi.org/10.18601/21452946.n16.14>.

El Derecho Administrativo contemporáneo, de acuerdo a la doctrina jurídica imperante, sería un decantado de la revolución y específicamente de la Asamblea constituyente francesa que, en su afán político e institucional de evitar la intromisión de los tribunales en los asuntos de gobierno, prohibió a los jueces dictar reglamentos y recibir demandas administrativas, suprimiendo así, la instancia de apelación judicial a quienes tuvieran asuntos involucrados con los actos de gobierno.³

Frecuentemente la doctrina recurre a la etimología del vocablo “administrar, que proviene del latín que se forma con las palabras “*ad y ministrare*” que significa servir; sin embargo, para otros deriva de la contracción de “*ad manus trahere*”, que tiene relación con la idea de manejo o gestión, pero una gestión subordinada lo señala Garrido Falla.⁴

En cuanto a definir un concepto de Administración Pública son muchos los autores que sobre ello han opinado, tres son las posturas que han seguido en orden a la identificación de la misma apunta Rafael Entrena Cuesta:⁵

La subjetiva, la objetiva y la formal. La primera según la cual la Administración consistirá en una serie de sujetos integrados en el poder Ejecutivo, cuya labor se limitara a ejecutar la ley. La objetiva que parte del dato de que la función ejecutiva no es desarrollada solo por dicho poder, el cual, por otra parte, unas actividades distintas de las que pueden en sentido estricto incluirse en aquella función; esta concepción plantea que administración a cualquier organismo político que realice la tarea de administrar. Y por último la postura formal, la que plantea que la administración será definida de acuerdo al tratamiento jurídico que se le dé a su actividad, es decir dentro de que rango jurídico se encuentra su accionar.

Para Garrido Falla, la Administración Pública en sentido objetivo o actividad administrativa, es necesariamente una zona de la actividad desplegada por el poder ejecutivo separando la “actividad de gobierno”.⁶ Mientras que García de Enterría plantea que: “la administración pública no es para el derecho administrativo una determinada función objetiva o material”.⁷ Las funciones y actividades a realizar por la administración son algo puramente contingente e históricamente variable, que dependen esencialmente de una demanda social, distinta para cada orbita cultural y diferente también en función del contexto socioeconómico en el que se produce. Para el Derecho Administrativo la Administración es una persona jurídica, este de la personificación es el único factor que permanece siempre, que no cambia como cambian los órganos y las funciones, y por él se hace posible el derecho Administrativo.⁸

La administración pública se puede analizar desde dos puntos a saber: como “actividad” y como “organización”. Como actividad la podemos describir como una parte de la acción desplegada por el poder ejecutivo, como organización: el conjunto de órganos ubicados dentro del poder ejecutivo.⁹

³ ANARIBAR, Miguel. El derecho Administrativo, origen y destino de la constitución. *Revista de Derecho Uned*. Madrid, n 18. P.511-541,2016.

⁴ GARRIDO FALLA, citado por Efraín Moncada Silva en su obra “Derecho Administrativo y Administración Pública” pág. 12

⁵ CUESTA, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*. 1. ed. Madrid: Tecnos, 1984.

⁶ Ver referencia anterior.

⁷ ENTERRIA, Eduardo. *Curso de derecho Administrativo I*. 1. ed. Madrid: Civitas, 1984.

⁸ Ídem. *Curso de derecho Administrativo I*. 1. ed. Madrid: Civitas, 1984.

⁹ MERCADO, Edmundo. *Curso de derecho Administrativo*. 2. ed. Tegucigalpa: Edigrafic, 2004.

La administración pública según Marienhoff es: “la actividad permanente, concreta y practica del Estado que tiende a la satisfacción inmediata de las necesidades del grupo social y de los individuos que la integran”.¹⁰ Así mismo Basabilbaso plantea la Administración Publica como:

“una de las funciones del Estado que tiene por objeto la satisfacción directa e inmediata de las necesidades colectivas para actos concretos, dentro del orden jurídico y de acuerdo con los fines que establece la ley”.¹¹

La Administración pública ha venido evolucionando en el tiempo a medida que el Estado ha intervenido en la actividad económica de los particulares, no ha tenido el mismo rol la administración pública de un Estado liberal que la de un Estado con mayor o menor grado de intervención.¹² Nuestra Administración Publica ha tenido una evolución notable, desde pasar de una administración simple, a una administración con ciertos aires de modernidad, sin embargo en Honduras determinar la Administración Publica y su labor, es un trabajo complejo debido a que la misma ha sido politizada y el accionar no está del todo conforme al principio de legalidad que debe regir el accionar de la buena Administración, a ello se le suma la escasa producción científica en materia administrativa que existe en el país, que dé luz ante tanta oscuridad y destrucción de lo público, por lo que es indispensable analizar la normativa que rige la Administración Publica, teniendo como objetivo un minuciosa y detallada radiografía que nos conduzca a determinar cuáles son los avances sustanciales que en materia administrativa ha tenido nuestra administración.

El siglo XXI, exige una mayor acción y eficacia, en el actuar de las instituciones del Estado, hay un consenso general de que la función principal de las administraciones públicas; es la satisfacción de las necesidades más elementales de la población, y que en las condiciones de desigualdad social en la que se encuentran la mayoría de los países de Latinoamérica, apunta a que debe repensarse los modelos gubernamentales, que la mayoría de los gobiernos aplican en las gestiones administrativas en el continente. Apuntar hacia la realización plena de los derechos humanos, es el rumbo que debe tratarse, es inconcebible una administración pública que no dé resultados concretos en beneficio de la colectividad.

3 Antecedentes historicos constitucionales de la administración pública en Honduras

Para conocer la evolución que ha tenido la Administración Publica en Honduras, debemos de conocer la evolución que ha sufrido el poder Ejecutivo en el marco constitucional de la división de poderes, especialmente las competencias originarias atribuidas a dicho poder en los textos constitucionales que hemos tenido.¹³ Así mismo consideramos menester estudiar la constitución de Bayona y la de Cádiz, como las

¹⁰ MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de derecho Administrativo*. Buenos Aires: Perrot, 1964.

¹¹ Citado por MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de derecho Administrativo*. Buenos Aires: Perrot, 1964.

¹² SILVA, Efraín. *Derecho administrativo y administración pública*. Tegucigalpa: Universitaria, 1990.

¹³ Ídem. *Derecho administrativo y administración pública*. Tegucigalpa: Universitaria, 1990.

diferentes constituciones Federales de la unión Centroamericana por su gran relevancia e importancia en el ordenamiento jurídico hondureño.

La constitución de Bayona de 1808¹⁴ es un antecedente jurídico que influyo en la normativa de la Administración Pública de Honduras, desde la época de la conquista hasta su surgimiento como una República soberana e independiente, debido a que esta constitución europea efectivamente era la que se aplicaba al contexto regional Centro Americano de aquella época post conquista de la corona española, específicamente nos referimos al artículo 57 de este texto constitucional, donde se enuncia que órgano del Estado será el encargado de reglamentar la Administración Pública de la nación, siendo este el Consejo de Estado (máximo órgano de dirección política dirigido por el supremo Monarca español). Por lo tanto somos de la consideración que las resoluciones administrativas emitidas por el Consejo de Estado de la corona española tenían repercusiones en el accionar de la institucionalidad española asentada para esa época en nuestro país, que era la suprema rectora de la actuación administrativamente-funcional, tanto así que la moneda española los vales reales para esta época eran de circulación nacional, es decir constituían también nuestra Moneda Nacional.

Siguiendo con la trama histórica el hecho más cercano a analizar lo encontramos en la constitución española de Cádiz de 1812¹⁵ que al igual que la de Bayona de 1808, representan las raíces más lejanas de nuestro derecho Constitucional hondureño. Lo importante de esta constitución española en cuanto a la administración pública lo encontramos en los artículos siguientes, de las facultades de la Cortes; artículo 131, facultad Duodécima: “fijar los gastos de la administración pública”. Así mismo dentro de las atribuciones del Rey como máximo representante del Consejo de Estado encontramos en el artículo 171 facultad duodécima: “Decretar la inversión de los fondos destinados a cada uno de los ramos de la administración pública”. El artículo 227 reza; “los secretarios de despacho formaran los presupuestos anuales de los gastos de la Administración pública, que se estime deban hacerse por su respectivo ramo y rendirán cuentas de los que se hubieran hecho, en el modo que se expresara”. Estas dos constituciones Españolas representan en gran medida la influencia Externa en nuestro derecho constitucional, y que sirvió de base para construir la parte Administrativa de las constituciones Federales de la unión Centroamérica, así como de las constituciones hondureñas después de la independencia.

¹⁴ Fue suscrita el 7 de julio de 1808 por el Emperador D. Josef Napoleón rey de las Españas y las indias. A este tiempo habían ocurrido graves acontecimientos en España. Con motivo de la insurrección de Aranjuez, a consecuencia de la cual Fernando hijo de Carlos VI, fue proclamado Rey, el padre abdicó a favor del hijo y luego pidió auxilio a Napoleón. Los cuales atraídos ambos a Bayona, obtuvo Napoleón que Fernando renunciara la Corona y Carlos VI se la cediera; merced a esto, le dio el trono de España a su hermano José Bonaparte (Duron, 1956).

¹⁵ Esta constitución española fue suscrita el 19 de marzo de 1812 en Cádiz, decretada y sancionada por las cortes generales. “El 22 de septiembre a las dos de la tarde de 1812, se recibió la constitución de la monarquía española, acompañada de dos reales cédulas de 18 de marzo y 23 de mayo, que prescriben el orden y solemnidad de su publicación, lo mismo que un indulto acordado para todos los reos que no hubiesen cometido delitos atroces” (Vallejo, 2009). “En Cádiz y bajo el fuego del ejército francés, se ha promulgado una constitución para todo el imperio. España se ha transformado de monarquía absoluta en monarquía constitucional. Esta constitución, en cuyos debates participaron algunos diputados americanos y centroamericanos” (Carias, 2007). Destaco el hecho, de que en la ciudad de Comayagua existe en su centro Histórico una plaza denominada “plaza de la constitución” en referencia a esta constitución de Cádiz, donde posee en su cúspide una corona como símbolo de demostración a los indígenas de que tenían que rendirle tributo a la corona española.

Por lo cual antes de analizar el desarrollo constitucional de la Administración pública en Honduras es importante comprender como se regía la misma antes y después de 1825 con las constituciones federales de Centro América para poder conocer cómo se visualizaba en un nivel macro la administración de lo público no de uno, sino que de varios Estados.

La primera de las constituciones Federales la encontramos en el año 1821¹⁶ donde podemos observar que el poder Ejecutivo era ejercido por un consejo Federal compuesto de delegados popularmente electos. Entre los deberes del Ejecutivo encontramos en el artículo 60 que tenía que presentarse en el Congreso en las aperturas de sus sesiones ordinarias un mensaje relativo a los actos de la Administración Pública para la Administración de los negocios públicos se fija por lo menos tres secretarías, entre las cuales se distribuyen los ramos siguientes; Hacienda, Gobernación, Trabajo, Agricultura etc. Esta Constitución Federal a groso modo le otorga más que todo atribuciones de control de la moneda, rentas públicas, matricular buques etc. al poder ejecutivo, por lo cual no profundizamos mucho en ello, dándole paso a si a la siguiente constitución Federal de Centroamérica.

Ya en la constitución federal de 1824¹⁷ que regía la unión Centro Americana se establece al igual que en la de 1821 quien dirigirá la riendas de la Administración Pública de los países unidos como un organismo político, siendo este de correspondencia exclusiva del poder Ejecutivo similar al Consejo de Estado español que actuaba en condición de cuerpo Ejecutivo. En esta constitución Federal, el Congreso Federal tenía la atribución como lo enumera el artículo 69, numeral 6: “fijar los gastos de la administración pública”, el poder Ejecutivo era ejercido por un presidente nombrado por el pueblo de todos los Estados de la Federación. Entre las atribuciones de este encontramos que; presentara por medio de los secretarios del despacho, los cuales eran nombrados en cuanto a su cantidad al igual que el número de secretarías por el Congreso a propuesta del Ejecutivo- al abrir el Congreso sus sesiones un detalle circunstanciado del estado de todos los ramos de la Administración Pública, así como la implementación de los proyectos que considere más oportunos para su conservación, podemos observar que esta constitución le atribuye más que todo atribuciones de representación al ejecutivo.

Posteriormente nos encontramos con la reforma de 1835¹⁸ que sufrió esta constitución federal de 1824 la cual en cuanto a las atribuciones del Ejecutivo referidos a la dirección de la Administración Pública, no sufrió cambios sustanciales que sean considerados para analizar los mismos. Por ultimo finalizando con esta etapa de las

¹⁶ Decretada el 9 de septiembre de 1821 en la ciudad de Tegucigalpa año del primer centenario de la independencia Nacional; teniendo como base el pacto de unión firmado en San José Costa Rica el 19 de enero del mismo año, fungiendo como presidente el diputado de Honduras Policarpo Bonilla y vicepresidente el Diputado por el Salvador Manuel Delgado. Esta constitución solo fue suscrita por Guatemala, el Salvador y Honduras; dejando las puertas abiertas para la anexión de Nicaragua y Costa Rica.

¹⁷ Decretada el 22 de noviembre de 1824 en la ciudad de Guatemala, fungiendo como presidente el diputado por el Estado de Guatemala el señor Fernando Antonio Dávila, y vicepresidente el diputado por el Estado de Honduras el señor José Nicolás Iriás. Esta constitución fue suscrita por Guatemala, el Salvador, Honduras, Nicaragua, Costa Rica. “esta constitución fue firmada por los 64 diputados que componían la representación nacional y rigió hasta marzo del 1840” (Vallejo, 2009).

¹⁸ Emitida en el Salvador el 13 de febrero de 1835, fungiendo como presidente el diputado Juan Barrundia. Esta reforma no entro en vigencia debido a que no fue aprobada por los países Centroamericanos, ya que únicamente fue aprobada por Costa Rica y Nicaragua.

constituciones Federales nos encontramos con la del año de 1898¹⁹ aquí tenemos uno de los últimos intentos de unificar la patria centroamericana. El poder Ejecutivo será ejercido dice la Constitución por un ciudadano que se denominara “presidente de la República” con los ministros de Estado.

Dentro de las atribuciones del poder Ejecutivo encontramos la de nombrar los ministros Estado, subsecretarios y demás funcionarios federales. El presupuesto de la Administración Pública no tendría que exceder de los ingresos probables calculables por el congreso Federal, así como la particularidad de que todo gasto por la administración Pública que se hiciera fuera de la ley, serían responsables solidariamente por la cantidad gastada tanto el Presidente de la República y los o el ministro respectivo y demás empleados que en el intervinieran.

El sociólogo Guatemalteco Edelberto Torres Rivas,²⁰ sobre este proceso de unión centroamericana plantea lo siguiente: “fue un proyecto ideal de un grupo de patricios de mentalidad liberal y nunca una realidad política y administrativamente viable”, “la ruptura de la federación centroamericana fue más una victoria de los intereses ingleses que de los conservadores centroamericanos”.

Ahora es tiempo después de salir del contexto centroamericano como un escenario a nivel macro, adentrarnos a las aguas mansas y turbulentas de nuestro derecho constitucional para hacer una radiografía más detallada de cómo se organizó la Administración Pública desde la primera constitución que le da vida a nuestro Estado como unidad política en 1825, hasta la actual constitución vigente desde 1982.

La primera constitución a analizar la encontramos en el año de 1825.²¹ En esta constitución encontramos que el poder Ejecutivo lo ejercía un jefe supremo de Estado y un vice jefe de Estado nombrado por todos los pueblos que componen el Estado. Dentro de las atribuciones de la Administración Pública encontramos artículo 44: 1. cuidar de la ejecución de la ley, del orden público y del exacto cumplimiento de los funcionarios en sus respectivos cargos administrativos, 2. Formar reglamentos, 3. Nombrar interinamente los empleos en casos de suspensión o enfermedad, 4. el jefe supremo nombraba a un ministro general para el despacho de los negocios públicos etc. Como podemos observar apunta el Abogado Efraín Moncada silva; “como puede verse, la Administración Pública de aquel tiempo era sencilla y fiel reflejo del tipo de Estado liberal abstencionista a que pertenecía”.

Luego pasamos al proyecto de constitución que tuvo nuestro país en el año de 1831²² constitución que no tuvo vigencia, pero que por tratarse de un texto constitucional que registra la historia de Honduras, es menester nuestro análisis. En cuanto a la conformación del Ejecutivo así como de sus atribuciones, dicho texto refleja las mismas

¹⁹ Emitida en Mangua a los 27 días de agosto de 1898 fungiendo como presidente el diputado por Nicaragua M.C MATUS. Esta constitución solo fue suscrita por los estados de Honduras, Nicaragua y el Salvador.

²⁰ TORRES RIVAS, Edelberto. *La piel de centroamerica*. Tegucigalpa: Universitaria, 2006.

²¹ Emitida en la ciudad de Comayagua a los 11 días del mes de diciembre de 1825, firmada por el primer jefe de Estado el señor Dionisio de Herrera, y el secretario general del gobierno supremo del Estado, el señor Francisco Morazán.

²² Emitida en Comayagua el 26 de noviembre de 1831, fungiendo como diputado presidente de la comisión el señor José Trinidad Reyes. Dicha constitución no entro en vigencia y la misma proponía derogar la de 1825. Sin embargo la tomamos en su consideración por la anotación que en el Digesto Constitucional realiza Augusto C. Coello.

que le otorga la constitución de 1825, por lo que una década después la Administración pública del recién creado Estado independiente sigue siendo de una forma sencilla.

Posteriormente a este intento de constitución de 1831, pasamos a la constitución de 1839²³ que si tuvo vigencia en la República. En cuanto a la titularidad del poder Ejecutivo la misma residía en un Presidente electo directamente por el pueblo, en cuanto a las atribuciones de la conducción de la Administración Pública encontramos las mismas de la constitución de 1825, con la variante de que en esta constitución se le agrega la atribución de nombrar a los jefes intendentes que fueren necesarios, los jefes militares y de hacienda como una atribución de carácter administrativo y otras de carácter político.

La siguiente constitución a analizar según el hilo histórico, sería la de 1848²⁴ según esta constitución el poder Ejecutivo lo ejercía un Presidente del Estado, elegido por la mayoría del pueblo hondureño y cuando no resultara electo por la mayoría, las cámaras del Congreso reunidas en asamblea general lo deben hacer seleccionando los más votados y nominando al que tenga más votos.

En cuanto a las atribuciones del poder Ejecutivo encontramos que la mayoría de ellas representan atribuciones políticas, entre las que destacan: 1. Conservar la paz y tranquilidad interior del Estado, 2. prever todos los empleos civiles, políticos, militares, judiciales y de hacienda, 3. presentar a la asamblea un detalle circunstanciado del estado de todos los ramos de la administración pública y una cuenta exacta del daño económico vencido con el presupuesto de los gastos del venidero y medios para cubrirlo, 4. Trasladar a todos los funcionarios o empleados de su nombramiento y suspenderlos temporalmente sin goce de sueldo; y concederles retiros y licencias, en los casos previstos por la ley, 5. inspeccionar con arreglo a las leyes y estatutos que rijan, los establecimientos públicos de ciencias y artes, las cárceles y presidios, los objetivos de la policía y orden.

Se señala el hecho de que de las 20 atribuciones concedidas al Ejecutivo por esta constitución, más de la mitad correspondían a funciones políticas y de gobierno, y resaltar que en esta Constitución se amplió considerablemente dichas atribuciones (Silva, 1990).

En el año de 1865²⁵ se registra la siguiente constitución del Estado de Honduras, el poder Ejecutivo al igual que en las anteriores constituciones será dirigido por un ciudadano electo por la mayoría de los votos del pueblo con la particularidad de que en esta constitución se agrega propiamente el título de "Presidente de la República". En cuanto a las atribuciones del Ejecutivo se presentan las mismas de la constitución de 1848, con la incorporación de las siguientes: 1. Publicar anualmente un estado de los ingresos y egresos de Las rentas públicas, 2. Habilitar puertos y establecer aduanas marítimas y terrestre y dar reglas para nacionalizar y matricular buques, etc., en cuanto al nombramiento de los secretarios del despacho eran nombrados por el presidente de la República.

Hasta estos años podemos ver que la administración pública del Estado es aun sencilla, con la tendencia de una mayor configuración y complejización debido al crecimiento poblacional y desarrollo de la maquinaria productiva del Estado.

²³ Emitida en Comayagua el 11 de enero de 1839, fungiendo como presidente por el departamento de gracias el señor Juan Lindo.

²⁴ Emitida en Comayagua el 4 de febrero de 1848, fungiendo como diputado presidente el señor J. Francisco Zelaya.

²⁵ Emitida en Comayagua el 25 de septiembre de 1865, fungiendo como presidente el diputado por el departamento de Comayagua Florencio Estrada.

El siguiente hecho jurídico que registra nuestra historia lo encontramos en el año de 1873,²⁶ año donde la clase política del país no da una nueva constitución. El poder Ejecutivo lo ejerce un Presidente electo por la mayoría del pueblo, en cuanto a sus atribuciones presenta las mismas de la constitución de 1865 por lo cual no hay mucho en donde profundizar.

Pasamos ahora a la constitución de 1880²⁷ destacamos de esta constitución que la misma organiza a los ramos de la organización del Estado por departamentos; departamento del legislativo, departamento de guerra, departamento Ejecutivo etc... En cuanto a la jefatura del Ejecutivo se ejerce por un ciudadano que se denomina presidente de la República como en las anteriores constituciones. Por primera vez se utiliza la designación de secretarios de Estado en vez de ministro o de secretario de despacho. En el artículo 71 se estipula que el presidente de la República es el jefe supremo de la Nación y que tiene a su cargo la administración general del país, en cuanto a las atribuciones de dirección de la Administración Pública hay una reducción sustancial de las mismas, de pasar de 23 de la constitución de 1873 a solamente 11 y la mayoría de tendencia política. Ya en el año de 1894²⁸ tenemos una nueva constitución que al igual que la de 1904²⁹ contiene las mismas atribuciones administrativas de las constituciones anteriores.

La constitución de 1924³⁰ y la de 1936³¹ también presentan la misma variante de las constituciones anteriores de repetir o dimensionar en un rasgo general las mismas variantes de las atribuciones del poder Ejecutivo. Es por eso que en reiteradas ocasiones varios juristas reconocidos de nuestro país han manifestado que nuestra actual constitución es copia de todas las anteriores que la clase política nos ha dado.

La Constitución de Honduras del año 1957,³² es de suma importancia como lo apunta el Abogado Efraín Moncada Silva: “esta constitución marca una nueva etapa en la evolución de la Administración Pública hondureña y en el Derecho Administrativo patrio, porque por medio de ella se actualizan las atribuciones del poder Ejecutivo ampliándose principalmente las de carácter administrativo y se incorporan las regulaciones sobre la Administración Descentralizada”. Es aquí donde las dimensiones del Estado toman un rumbo diferente producto de los acontecimientos que trascendieron a nivel nacional, como un grito que elevó la institucionalidad y la dejó caer al vacío, desde donde tuvo que levantarse; es precisamente después de la huelga bananera del 54 donde el Estado queda evidenciado que su maridaje con las transnacionales no constituía satisfacción de los derechos fundamentales como garantía de desarrollo humano de los hondureños, así mismo se recoge la creación del Banco Central de Honduras en 1950 como la institución suprema de dirección de la política monetaria del país.

²⁶ Emitida el 23 de diciembre de 1873, en Comayagua, fungiendo como presidente el diputado por el departamento de Tegucigalpa Ramón Midence.

²⁷ Emitida el 10 de noviembre de 1880 en la ciudad de Tegucigalpa, fungiendo como presidente el diputado por el departamento de el paraíso Manuel Gamero.

²⁸ Emitida el 14 de octubre de 1894 en Tegucigalpa, fungiendo como presidente el diputado por el departamento de Valle Carlos Alberto Ucles.

²⁹ Emitida el 2 de septiembre de 1904, en la ciudad de Tegucigalpa, fungiendo como presidente el diputado por el departamento de Santa Bárbara F. DAVILA.

³⁰ Dada el 10 de septiembre de 1924, en Tegucigalpa, fungiendo como presidente el diputado R. ALCERRO C.

³¹ Emitida el 28 de marzo del año 1936 en Tegucigalpa, Fungiendo como presidente el diputado por el departamento de Tegucigalpa ANTONIO C. RIVERA.

³² Dada el 19 de diciembre de 1957, en Tegucigalpa, fungiendo como presidente Modesto Rodas Alvarado.

En cuanto a la dirección del poder Ejecutivo el mismo es dirigido por el ciudadano Presidente de la República el cual tiene a su disposición 42 atribuciones; las cuales aumentaron el doble que registran las constituciones anteriores, de las que destacamos las siguientes artículo 205; 1. Dar a los funcionarios del poder Judicial, los auxilios y fuerzas que necesiten para hacer efectivas sus resoluciones, 2. Velar en general por la conducta oficial de los funcionarios y empleados públicos, para seguridad y prestigio del Gobierno y del Estado, 3. hacer que se recauden las rentas del Estado, y reglamentar su inversión con arreglo a la ley, 4. Publicar trimestralmente el estado de egresos e ingresos de las rentas públicas, 5. Ejercer la vigilancia y control de las instituciones bancarias y demás establecimientos de crédito, 6. Presentar al congreso de la República el presupuesto anual de la Administración Publica, etc.

Ya para finalizar esta larga etapa constitucional, nos encontramos con las constituciones de 1965³³ y la actual de 1982³⁴ que se dan, la primera en gobierno Militar y la segunda como un regalo del proceso de transición a la democracia. Estas dos últimas constituciones, como lo apunta el Abogado Efraín M. Silva, solamente se le incorporaron una que otra atribución al poder Ejecutivo, pero que el mismo presenta las atribuciones de la constitución del 57 y que no modifican su esencia en un margen considerable.

La Administración Publica precisamente para esta década de 1982 seguía presentando síntomas de desorden y deficiencia; Es de allí en adelante desde donde se plantea por varios académicos universitarios, entre ellos destacamos al Abogado Edmundo Orellana la necesaria y pronta reforma Administrativa del Estado de Honduras.

4 Leyes administrativas en Honduras

La historia de la realidad nacional ha registrado que nuestro país ha tenido una estructura Administrativa conservadora desde la época de la independencia, heredada por la colonia española hasta nuestros días, el control de la institucionalidad ha estado encaminada bajo principios tradicionalistas de los distintos gobiernos que han ocupado la dirección política de la administración. La administración ha avanzado muy lentamente en el camino de la modernización³⁵ y sobre todo de la globalización que es un gran factor al que tienen que adaptarse los Estados en este siglo XXI.

La innovación en nuestro sistema Administrativo, que agilice trámites y que ayude a solucionar los problemas a que se enfrenta la administración pública en nuestro entorno ha sido escasa. Hace un par de décadas los pocos pero valiosos estudios del Derecho

³³ Emitida el 3 de junio de 1965, en Tegucigalpa, fungiendo como presidente el diputado por el departamento de Francisco Morazán Mario Rivera López.

³⁴ Emitida el 11 de enero de 1882, en Tegucigalpa M.D.C, fungiendo como presidente José Efraín Bu Girón.

³⁵ Vale mencionar que en nuestro país, actualmente tenemos la “ley de modernización del Estado” emitida mediante decreto No.190-91 el 11 de diciembre de 1991. Y que a grandes rasgos se visualiza una panorámica a futuro: que la modernización del Estado debe constituirse en un esfuerzo permanente, indispensable y estratégico para el desarrollo nacional y para fortalecer su posición en el ámbito regional e internacional, como lo estipula el considerando segundo de dicha ley. Igualmente esta ley plantea que la modernización del Estado implica la puesta en marcha de reformas sustanciales del ejercicio, de las funciones administrativas, legislativas y jurisdiccionales, así como el impulso y aplicación de reformas políticas que fortalezcan la organización electoral (poco vistas en la actualidad). Es importante mencionar que ante estos supuestos de lo que debería de ser un Estado modernizado, se encuentra un clamor general de la ciudadanía, de ver cambios sustanciales en cuanto a la prestación de los servicios públicos que el Estado está obligado a prestar.

Administrativo que tenemos en el país planteaban que debía de modernizarse y más aún crearse leyes administrativas modernas sobre la materia, ya que hasta inicios de la década de los años de 1980, teníamos una ley del procedimiento Administrativo del año de 1930, ley que presentaba poca adaptabilidad a los cambios de la administración de la época del 80, la Constitución y la ley de municipalidades, eran a grandes rasgos las leyes que conducían el proceso administrativo propiamente dicho.

Con el retorno al orden constitucional en el año 1982 se produjo una reforma administrativa, cuando a iniciativa de la secretaria de planificación el poder Ejecutivo presento varios proyectos de ley; entre ellos la Ley General de la Administración Pública, Ley del Procedimiento Administrativo y la ley de la Jurisdicción de lo Contencioso Administrativo, con las cuales se pretende crear la estructura adecuada que para ese entonces necesitaba la administración, la primera ley se emite en el año 1986, teniendo como visión un desarrollo integral de la estructura pública del Estado, sin embargo dicho desarrollo hasta el momento no se ha visto reflejado en la mejora de las clases sociales marginadas históricamente, es decir; la Administración Pública no ve reflejada su accionar, en las mejoras salariales, reducción de mora administrativa, procesos más ágiles que coadyuven a generar la paz social que tanto necesita el país.

El Estado de Honduras, según la Ley General de la Administración Pública,³⁶ presenta una administración pública centralizada³⁷ y descentralizada,³⁸ así mismo nos plantea que la Administración Pública tendrá por objeto: “promover las condiciones que sean más favorables para el desarrollo nacional sobre una base de justicia social, procurando el equilibrio entre su actuación y los derechos e intereses legítimos de los particulares”. Véase que el Estado en este acápite de la LGAP nos menciona que todo lo que la administración promueva, se hará con base a la justicia social, enunciado que se desarrolla del precepto constitucional del artículo 1: “Honduras es un Estado de derecho, soberano constituido como República libre democrática e independiente para asegurar a sus habitantes el goce de la justicia, la libertad, la cultura y el bienestar económico y social”.

Es decir las actuaciones de la Administración deben ejercerse con responsabilidad realizando su fin principal, que es el bien común de la ciudadanía en general, para lo cual se desarrollaran planes nacionales de desarrollo a corto mediano y largo plazo.

Es de suma importancia hacer hincapié que el proceder de la Administración Pública en nuestro país, debe ejecutarse con fiel cumplimiento al principio de legalidad,³⁹ caracterización de un Estado de Derecho, subordinación total a la ley primaria y leyes secundarias. Los funcionarios públicos deben de realizar la Función Pública con responsabilidad y transparencia, conducirse en el sendero de la sana y buena

³⁶ Emitida mediante Decreto 146-86 del 27 de octubre de 1986 en la ciudad de Tegucigalpa, fungiendo como presidente del congreso nacional el señor Carlos Orbin Montoya.

³⁷ Entiéndase esta según LGAP la que está constituida por los órganos del poder ejecutivo, (la presidencia de la república; el consejo de ministros; y las secretarías de Estado).

³⁸ Entiéndase esta, la integrada por las instituciones autónomas, y las municipalidades o corporaciones municipales.

³⁹ Ya la constitución de la República en su artículo 321 establece: “los servidores del Estado no tienen más facultades que las que expresamente les confiere la ley. Todo acto que ejecuten fuera de la ley es nulo e implica responsabilidad”. Artículo 322: “todo funcionario público al tomar posesión de su cargo prestara a siguiente promesa de ley: “prometo ser fiel a la República, cumplir y hacer cumplir la constitución y las leyes”. Artículo 324: “si el servidor público, en el ejercicio de su cargo, infringe la ley en perjuicio de particulares, será civil y solidariamente responsable junto con el Estado o con la institución estatal a cuyo servicio se encuentre”.

Administración, dando resultados concretos sin ningún abuso de Autoridad. Por lo cual la LGAP ya determina en su artículo 7 a que jerarquía específicamente deben de sujetarse los actos de la Administración: en primer lugar a la soberana Constitución de la República como norma suprema rectora de la dirección del Estado como unidad política; desde donde se plasman cuáles serán las atribuciones del poder Ejecutivo como máximo ejecutor de la Administración.

En segundo lugar los tratados internacionales ratificados por Honduras, como una muestra y reflejo hacia el exterior, de que cumplimos y respetamos las buenas prácticas de la Administración en los países de la región. En tercer lugar tenemos la ley General de la Administración pública, como norma general que ya determina como debe de conducirse lo referente a lo público. Entre otras normativas, como ser; las leyes administrativas especiales, los reglamentos, la jurisprudencia administrativa, los principios generales del Derecho.

La Ley General de la Administración Pública en su artículo 11 establece que corresponde al Presidente de la República la suprema dirección y coordinación de la administración pública centralizada y descentralizada, a la par, tiene las atribuciones de nombrar secretarios de Estado para que lo asesoren o dirijan los gabinetes sectoriales.

Los secretarios de Estado cumplen un rol muy importante en el desarrollo de la Administración, son el bastión de la presidencia, no solo son asesores del presidente, sino que, ciudadanos que ponen al servicio de la nación sus conocimientos sobre una determinada rama. Por lo cual vale decir que los mismos deben de ser nombrados con la más alta meritocracia y no como simple clientelismo político.

La ley del procedimiento administrativo engloba el desarrollo del acto administrativo, la materialización de la manifestación de la voluntad de la administración, el cual debe de sujetarse a los principios de oficiosidad, escrituriedad, formalismo moderado y eficacia. Podemos decir que se suponía que al emitirse estas leyes la situación administrativa mejoraría, sin embargo con el transcurrir de los años vemos que los problemas aún siguen allí, la mora administrativa aumenta cada día, sube como la montaña rusa. Ello debido a que el Estado se ha limitado en la contratación del personal suficiente para que agilice el proceso; así mismo no hay un cumplimiento de los plazos que la ley ya establece. Este problema en los últimos años se ha acrecentado, y es que hemos visto un debilitamiento de la institucionalidad, aun contamos con una fragilidad institucional arrastrada del siglo pasado, los males no han sido curados del todo. Y ello pasa porque exista una efectiva revisión de legalidad de los actos, mediante la creación de órganos judiciales especializados de acuerdo a la Ley de la Jurisdicción delo Contencioso Administrativo.

5 Retos de la administración pública

El problema estructural de las Administraciones Públicas de todo el mundo es una absoluta falta de identidad estratégica.⁴⁰ Honduras presenta como Estado grandes retos y desafíos en la mejora continua de la Administración Pública, de pasar de un Estado con

⁴⁰ MATAS, Carles Ramió. Una Administración pública de futuro sostenible económicamente e innovadora en el contexto de la globalización. *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, [s.l.], v. 3, n. 2, p.103-123, 30 jan. 2017. Universidad Complutense de Madrid (UCM). <http://dx.doi.org/10.5209/cgap.55083>.

grandes problemas de desigualdad social a ser un centro de garantías constitucionales cumplidas, y solo lo lograremos, mediante la estricta modernización de las estructuras estatales generando una adecuada coordinación entre ellas con estricto cumplimiento y fortalecimiento del Estado de Derecho.

Los retos a que se enfrenta nuestra Administración son: adaptabilidad, transparencia y la innovación. La adaptabilidad, porque debe de adaptarse a los nuevos paradigmas de modernización del Estado en este mundo globalizado, debemos como país subirnos al barco de la globalización buscando el bienestar y la satisfacción de las necesidades de los ciudadanos de una forma más pronta y eficiente, la Administración Pública tiene que agilizar procesos y construir institucionalidad al servicio de la sana y buena administración.

Tenemos que realizar una re modernización de los estamentos jurídicos que regulan el parangón administrativo, con una invocación de las necesidades propias del siglo XXI, con una población en crecimiento que cada día exige mejores condiciones de vida, para lo cual los gobiernos de turno deben de despojarse de su línea partidaria al momento de hacer gobierno, lo que les permitirá hacer los cambios adecuados a la Administración general que tienen en sus manos con miras a la efectiva gobernanza.

La globalización exige cambios sustanciales, la competitividad internacional tiene marcos bien establecidos; sino le apostamos a ello, seguiremos siendo un país envuelto en las vías del desarrollo; donde desarrollo es lo menos que se observa.

La transparencia, sin lugar a dudas, es otro proceso al que debe de enfrentarse la administración pública en nuestro país, ya que como ciudadanos cada día demandamos que nuestros recursos sean administrados de la forma más honesta, erradicando la corrupción y promoviendo la efectiva participación ciudadana. Los funcionarios que ocupan los distintos organismos que componen la administración, sean estos centralizados, desconcentrados o descentralizados, deben y están obligados a actuar con completa responsabilidad y transparencia, administrando los recursos que a través de la recolección de los tributos se genera, con eficiencia y apego al fiel cumplimiento de destinarlos a los fines que la ley ya expresamente enuncia.

La administración pública tiene que generar confianza en la población, promoviendo la participación ciudadana efectiva, los órganos de la administración pública centralizados y descentralizados tiene la obligación de implementar una red de veedurías ciudadanas que conecte tanto al campesino del interior del país, como al profesional de la ciudad con su administración y sienta la satisfacción que sus impuestos están utilizados de la forma más correcta recibiendo los beneficios que necesita para satisfacer sus necesidades. A ello se le suma la lucha contra la corrupción e impunidad, que tiene que ver con el fortalecimiento del Estado de Derecho y consolidación democrática. Y es que no podemos tener un Estado de derecho fortalecido, si tenemos una fragilidad en la institucionalidad de la Administración Pública, tendríamos instituciones sin institucionalidad.

La administración pública tiene que blindarse por medio de la ciudadanización, el involucramiento de los ciudadanos, defender lo público que le pertenece, que al ser suya lucha y no querrá perderlo ni que sea afectado.

La innovación es otro de los retos que nuestra administración debe de enfrentar; es decir plantear soluciones que agilicen tramites y que por ende solucionen problemas administrativos que tardan mucho en tiempo y que deja grandes cantidades de dinero

en pérdidas al Estado, debe nuestra administración conducir su accionar bajo los principios que ya el artículo 5 de la LGAP enuncia como ser la justicia, la libertad, la seguridad, la estabilidad, el pluralismo, la paz, la democracia representativa, participativa y el bien común; con arreglo a los principios de descentralización, eficacia, eficiencia, probidad, solidaridad, subsidiariedad, transparencia y participación ciudadana. Y sobre todo acciones de reducción económica de los gastos que se enfrenta el Estado y el ciudadano(as) en materia administrativa, es necesario la implementación de un gobierno electrónico que agilice los trámites administrativos, la tecnologización de las instituciones y sobre todo la capacitación constante de los servidores públicos, que den resultados concretos.

Evidentemente es necesaria una reforma administrativa profunda, pero para que esta sea efectiva debe tener como centro fundamental al ciudadano(a), la materialización de la voluntad de la administración, debe dirigirse a cumplir los derechos fundamentales que enuncia la Constitución así como los reconocidos en la mayoría de los tratados internacionales sobre derechos humanos que el Estado ha suscrito.

Deben los órganos jurisdiccionales en materia administrativa recoger y aplicar el control convencional, los jueces y magistrados tienen que especializarse en la aplicabilidad de los tratados y en especial los suscritos en materia de derechos humanos; para así garantizar un apego al debido proceso. Igualmente los funcionarios públicos, se les tiene que exigir que sus resoluciones administrativas sean dictadas con apego a la estricta legalidad, sin restricción o vulneración de ningún derecho al ciudadano (a).

6 Conclusion

La modernización del Estado es un tema que desde la década de 1980 se viene discutiendo, hemos tenido avances, pero no está demás continuar con esa tangente que permita cambios más sustanciales y visibles, no seguir enfrascados en estructuras tradicionales con instituciones viciadas con procesos amañados de décadas y siglo pasados, la implementación del modelo del Gobierno Abierto y sobre todo de la gestión por resultados que sigue la Administración debe forzosamente cambiar el rumbo económico, político y social de nuestro país en vías de desarrollo.

La Ley General de Administración Pública, así como la Constitución de la República, establecen cuales son los parámetros que hay que seguir para tener un desarrollo sostenible del Estado que debe de propiciar la Administración General y es por esa vía que debemos conducirnos, siempre y cuando el Estado deje de dar alientos a esos sectores de la población que se han opuesto mediante su accionar, a que se fortalezca la cohesión social que tanto necesita el país.

Es necesario, y más que ello, urgente que la administración procese acciones encaminadas bajo la absoluta legalidad que tanto las instituciones descentralizadas y centralizadas, implemente las mejores prácticas y de una atención de calidad a la ciudadanía; en el fiel cumplimiento de los derechos humanos y garantías que ya la constitución establece.

La Ley General de la Administración Pública, como La Ley del Procedimiento Administrativo, deben de adaptarse a la realidad nacional, desburocratizar los procesos institucionales es algo que se debe de dejar en el ayer, no podemos seguir con instituciones

con mora Administrativa, el ciudadano requiere una solución efectiva pero sobre todo que sea realizada en el mayor tiempo posible.

Referencias

- ANARIBAR, Miguel. El derecho Administrativo, origen y destino de la constitución. *Revista de Derecho Uned*. Madrid, n 18. P.511-541,2016.
- CABEZAS, Nicolás; MAYORGA, Daniel. La génesis del derecho administrativo: ¿fenómeno y derecho de la administración romana?. *Revista Digital de Derecho Administrativo*, [s.l.], n. 16, p.299-335, 15 dez. 2016. Universidad Externado de Colombia. <http://dx.doi.org/10.18601/21452946.n16.14>.
- CARIAS, Marcos. *De la patria del criollo a la patria compartida una historia de Honduras*. 1. ed. Tegucigalpa: Cerrato, 2007.
- CUESTA, Rafael. *Curso de Derecho Administrativo*. 1. ed. Madrid: Tecnos, 1984.
- DURON, Rómulo. *Bosquejo histórico de Honduras*. 1. ed. Tegucigalpa: [s.n.], 1956.
- ENTERRIA, Eduardo. *Curso de derecho Administrativo I*. 1. ed. Madrid: Civitas, 1984.
- GARRIDO FALLA, citado por Efraín Moncada Silva en su obra "Derecho Administrativo y Administración Publica" pág. 12
- HONDURAS. Congreso Nacional. Decreto No 146-86: *Ley General de la Administración Pública*. Tegucigalpa: Gaceta No.25, 008, 1986.
- MARIENHOFF, Miguel. *Tratado de derecho Administrativo*. Buenos Aires: Perrot, 1964.
- MATAS, Carles Ramió. Una Administración pública de futuro sostenible económicamente e innovadora en el contexto de la globalización. *Cuadernos de Gobierno y Administración Pública*, [s.l.], v. 3, n. 2, p.103-123, 30 jan. 2017. Universidad Complutense de Madrid (UCM). <<http://dx.doi.org/10.5209/cgap.55083>>.
- MERCADO, Edmundo. *Curso de derecho Administrativo*. 2. ed. Tegucigalpa: Edigrafic, 2004.
- RIVAS, Edelberto. *La piel de Centroamérica*. Tegucigalpa: Universitaria, 2006.
- SILVA, Efraín. *Derecho administrativo y administración pública*. Tegucigalpa: Universitaria, 1990.
- TORRES RIVAS, Edelberto. *La piel de centroamerica*. Tegucigalpa: Universitaria, 2006.
- UNAH, Revista Jurídica. *Recopilación de las constituciones de Honduras 1825-1965*. Tegucigalpa: Universitaria, 1977.
- VALLEJO, Antonio. *Compendio de la historia social y política de Honduras 1982*. Tegucigalpa: Flores, 2009.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

OYUELA, Bradis Oswaldo. Retos de la administración pública en Honduras. In: GALLO, William Iván et al. (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 393-407. ISBN 978-85-450-0569-8.

DERECHO ADMINISTRATIVO, ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y GOBERNANZA GLOBAL

MARIO MOLINA HERNÁNDEZ

I Introducción

Newton afirmó que para alcanzar nuevo conocimiento en un proceso de investigación no hace falta contar con una ubicación más elevada, sino que basta con una ubicación distinta.¹ Esta es la afirmación en la que nos pudiéramos basar para defender la importancia que pudieran tener las reflexiones de los estudiantes, y es una de las premisas con las que la Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo ha tratado de conducirse.

Por otra parte, el hecho de que América Latina sea la región más desigual del mundo y una en la que menos se impulsa el ejercicio académico y científico obedece a que, como señala Heinz Dieterich:

La actividad científica no se realiza en un espacio idílico del espíritu, sino dentro de sociedades jerárquicas, donde rigen relaciones sociales de dominación y explotación. Y lo específico de América Latina en este sentido es que se trata de una región dependiente de los centros mundiales de poder, semejante, en muchos aspectos, a lo que fue la situación durante la colonia. Esta dependencia neocolonial determina no sólo los aspectos económicos y políticos de nuestra vida, sino también los científicos y culturales.²

Es por tal motivo, que la iniciativa y los esfuerzos por construir academia desde el Sur Global es de suma importancia. Sobre todo, cuando se busca la construcción de aportaciones críticas, objetivas y propositivas, que busquen impactar en las condiciones sociales, económicas y políticas de la región. Se pretende, pues, asumir una posición en la que se tiene conciencia de que la reflexión científica y académica es un poderoso método de transformación y cambio social.³

¹ MERTON, Robert K. *Auf den Schultern von Riesen: Ein Leitfaden durch das Labyrinth der Gelehrsamkeit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983. 13 p.

² DIETERICH, Heinz. *Nueva guía para la investigación científica*. México: Ariel, 2001. 15 y 16 pp.

³ *Ibidem*, p. 16.

Ahora bien, fenómenos como la globalización o la internacionalización del derecho público han desencadenado la decadencia y progresiva superación de categorías clásicas para entender al Estado, así como su estructura, funciones y cometidos a partir de la metamorfosis en los sistemas de fuentes normativas causada por la apertura al derecho internacional. En ese sentido, reflexionar en torno al impacto que ha resentido la administración pública es por demás valioso para entenderla en su realidad actual y para aproximarnos a una concepción del Estado con pretensiones de validez y utilidad científica.

Históricamente se le ha atribuido una gran importancia al brazo administrativo del Estado y al derecho administrativo, incluso, es lugar común en la doctrina afirmar que éste puede identificarse con el derecho constitucional concretizado⁴ o que el segundo otorga las bases para el desarrollo del primero,⁵ por lo tanto, cuando se advierte la erosión o crisis de sus conceptos y principios fundantes se vuelve urgente la clarificación conceptual y la aportación de perspectivas emergentes para aproximarse a estas transformaciones. Tal es el objeto de este trabajo.

Las cada vez más intensas influencias recíprocas e interacciones entre el derecho internacional y el derecho interno de los Estados han sido abordadas con mayor profundidad desde un enfoque centrado en los derechos,⁶ sin embargo, consideramos que en el campo administrativo u orgánico estas interacciones han sido poco exploradas.⁷ Y es que si se acepta sin más la noción de la Constitución como un sistema en el que las modificaciones que se hagan en la parte orgánica, irremediamente tendrán repercusiones en la parte dogmática, resulta imperiosa la reflexión al respecto.

II La gobernanza global

Una cuestión que hay que atender previo a reflexionar y aproximarnos en torno al concepto de gobernanza global es la tocante a la relación entre el gobierno y la administración pública, pues ese será nuestro punto de partida para entender las similitudes e interacciones entre la administración pública internacional y la nacional. Múltiples y variadas son las definiciones que se han dado sobre la voz gobierno, dentro de las cuales podemos encontrar desde algunas que se pronuncian desde una perspectiva

⁴ Es decir, que el derecho administrativo está encargado de ofrecer un desarrollo pormenorizado o detallado de lo establecido en los textos constitucionales.

⁵ Véase, entre otros: FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. Presentación. En: FERNÁNDEZ RUIZ, J. (Coord.). La Constitución y el derecho administrativo, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, 2015, p. VII.

⁶ En ese sentido, retomamos la idea acuñada por Prieto Sanchís de constitucionalismo de los derechos, mediante la cual se reconoce una faceta renovada y transformadora de la Constitución, en la que ya no se le concibe única y exclusivamente como una norma fundante y organizadora de las fuentes del derecho y dedicada a la distribución del poder, sino en la que se encuentra incorporada una fuerte carga de principios, valores y derechos, que serán los que informen y orienten todo el universo jurídico. Véase PRIETO SANCHÍS, Luis. El constitucionalismo de los derechos. Ensayos de filosofía jurídica, Madrid: Trotta, 2013. 12 p.

⁷ Esto, a pesar de que como señala Acosta, la imbricación entre el orden jurídico internacional y el nacional tiene como origen la protección de los derechos, pues ambos ordenamientos enfocaron sus esfuerzos en ello a partir de la segunda mitad del siglo pasado. Por tal motivo consideramos como área de oportunidad la construcción de aportaciones teóricas orientadas al sector administrativo del derecho público. Véase ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. Bogotá: Universidad Externado de Colombia, 2015. 19 p.

genérica hasta aquellas en las cuales se puede detectar un vínculo con la administración pública más estrecho.

Para Jorge Fernández Ruiz, gobierno es el “conjunto de órganos depositarios de las funciones del poder público, que requiere para su funcionamiento de la presencia de los titulares de esos órganos para ejercer las funciones del poder público y realizar las actividades del Estado,”⁸ que tiene como característica *sine qua non* el detentamiento de la soberanía.

Es aquí donde puede advertirse un punto de encuentro entre las acepciones tradicionales del gobierno y las emergentes, pues como podremos dar cuenta, existen corrientes como la gobernanza global que tienen como presupuesto fundamental una transformación estructural en la configuración del Estado, particularmente en las funciones que éste históricamente había llevado a cabo.⁹

Así, una concepción más reciente sobre el gobierno es la que aporta la corriente de la Nueva gestión pública, surgida en el último tercio del siglo XX, en la cual, la rama administrativa asume una función protagónica en el devenir estatal tras los ajustes financieros realizados por muchos países en la década de los ochenta. Esta oleada tuvo como primer grupo de manifestaciones las relacionadas con la disciplina financiera, la eficacia y eficiencia en el uso de los recursos públicos y la reducción del sector público; y en un segundo momento impulsó la organización, operación, formas de trabajo y prácticas de la administración pública.¹⁰

Una vez detectado el estrechamiento del vínculo entre gobierno y administración pública podemos reflexionar en torno a la gobernanza global, el cual es fundamental para comprender las relaciones e interacciones que se dan entre el orden jurídico internacional y el nacional en el campo de la administración pública. Así, cuando hablamos de gobierno global, como señala Serna de la Garza, y a manera de aproximación conceptual,¹¹ nos referiremos a un fenómeno que “involucra complejas interacciones entre Estados, organizaciones intergubernamentales, y actores no-estatales de diversa índole, (como empresas transnacionales y ONGs internacionales).”¹² O como señala Pedro Villarreal, se trata de un “enfoque interdisciplinario consistente en la dilucidación de aspectos relativos al orden y el desorden en un contexto del carácter cada vez más híbrido de

⁸ FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Derecho administrativo y administración pública*. México: Porrúa-UNAM, 2016. 11 p.

⁹ En ese sentido, la noción de estatalidad abierta (*offene Staatlichkeit*), históricamente desarrollada por la tradición germana, puede resultar adecuada para hacer frente a los retos que plantea la reconfiguración estructural de las relaciones Estado-órdenes jurídicos internacional y supranacional. Véase, por todos: MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *Protección supranacional de la democracia en Suramérica. Un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas. 51 p.

¹⁰ SERNA DE LA GARZA, José Ma. *Globalización y gobernanza: las transformaciones del Estado y sus implicaciones para el derecho público*. (Constitución para una interpretación del caso de la Guardería ABC). México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010. 26 p.

¹¹ Esto en tanto que el concepto de gobernanza global es polisémico y amplio, pues como señala Pedro Villarreal, las reflexiones en torno a éste se llevan a cabo desde el área de la teoría y ciencia política hasta las relaciones internacionales. Véase VILLARREAL, Pedro. La protección contra epidemias y pandemia como manifestación del derecho a la salud desde una perspectiva de gobernanza global. En: SERNA DE LA GARZA, J. M. (Coord.). *Gobernanza global y cambio estructural del sistema jurídico mexicano*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016. 340 p.

¹² SERNA DE LA GARZA, José Ma. Reflexiones sobre el concepto de gobernanza global y su impacto en el ámbito jurídico. En: DÍAZ MÜLLER, L. T. (Coord.). *V Jornadas: Crisis y derechos humanos*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, 26 p.

los modelos de control que dan pie a un orden multidimensional fragmentado ya sea dentro, por, sin, y más allá del Estado”.¹³

En resumen, la gobernanza global es una manera de aproximarnos al impacto que tiene en los regímenes domésticos la dinámica multinivel del derecho y la política internacional, particularmente en el ámbito administrativo del poder público.

III Impacto en la administración pública y el derecho administrativo nacional

Aspectos vertebrales del derecho administrativo, tales como la dupla Estado-administración se encuentran cuando no en decadencia, sí en franca erosión. Es decir, como señala von Bogdandy, si anteriormente se ubicaba a la administración pública dentro de una bóveda que era el Estado, ahora es conveniente imaginarla dentro de una estructura flexible y poliédrica conformada por las administraciones de diversos entes.¹⁴ Así, se vuelve imperante la necesidad de reconfigurar gran parte de lo que históricamente se ha conocido como elementos fundantes del derecho administrativo, pues el reacomodo de las relaciones internacionales ha importado transformaciones que pudieran calificarse como estructurales en ellos.¹⁵

En ese sentido, el camino que consideramos viable es la incorporación del derecho administrativo a un gran nuevo derecho público,¹⁶ cuyo sustrato de derecho positivo estaría conformado por elementos nacionales (constitucionales y administrativos), internacionales, supranacionales y como aportación doctrinaria, elementos de derecho comparado, lo cual redundará en la progresiva eliminación de las identidades en el derecho público (constitucionalistas, administrativistas, internacionalistas),¹⁷ que derivará en la construcción de posicionamientos mucho más efectivos para la tutela de los derechos fundamentales y de la democracia ante la compleja distribución del orden jurídico internacional.

Una manifestación más de esta transformación estructural del derecho administrativo es la relacionada con su funcionalidad dual, pues como señala Cassese ahora las administraciones públicas nacionales se encuentran vinculadas además de en el plano estatal, también en el plano supraestatal, asumiendo un papel de actores tanto nacionales como de autoridades públicas internacionales¹⁸ lo cual ha derivado en un creciente

¹³ Villarreal, Pedro A., *op. cit.*, p. 341.

¹⁴ von BOGDANDY, Armin. El derecho administrativo en el espacio jurídico europeo: perspectivas de una disciplina. En: von BOGDANDY, A.; MIR PUIGPELAT, O (Coords.). *Ius Publicum Europaeum*. El derecho administrativo en el espacio jurídico europeo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013. 294 p.

¹⁵ *Ibidem*, p. 298.

¹⁶ El concepto de nuevo derecho público nos parece una categoría provechosa para enfrentar las relaciones entre el derecho internacional y el derecho público nacional, particularmente el constitucional. Desafortunadamente no tenemos noticia de trabajos monográficos sobre este concepto, más que la compilación de artículos del profesor Armin von Bogdandy: *Hacia un nuevo derecho público*. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

¹⁷ von BOGDANDY, Armin. *El derecho administrativo...*, *cit.* 336 p.

¹⁸ Sobre esta problemática, véase, por todos: von BOGDANDY, Armin; PHILIPP, Dann. International Composite Administration: Conceptualizing Multi-Level and Network Aspects in the Exercise of International Public Authority. *German Law Journal*, Alemania, núm. 11, vol. 9, p. 2013-2039, noviembre de 2008; o bien, VON BOGDANDY, Armin. Conceptos básicos de una doctrina de la competencia del ente supranacional y El derecho internacional como derecho público. En: *Hacia un nuevo...*, *cit.*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, 363-421 y 98-107 pp., respectivamente.

número de influencias y tensiones, pero también, de forma virtuosa, de convergencias y consolidación de un pluralismo jurídico.¹⁹

Como consecuencia natural de los fenómenos descritos en el apartado anterior se ha reconocido la desestatalización del derecho administrativo, es decir, el carácter territorial del ámbito de las actuaciones de las administraciones públicas (que históricamente había sido considerado como un pilar del derecho administrativo) se encuentra en crisis ante la dinámica supranacional de diversos entes que realizan funciones administrativas, de tal forma que el Estado ha perdido el monopolio de dichas atribuciones.²⁰ Esto se agudiza en los casos en que los destinatarios de dichas actuaciones son los particulares y no solamente los Estados; piénsese por ejemplo en los casos en que el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Refugiados²¹ atribuye a una persona el estatus de refugiado, en el reconocimiento de una marca por la Organización Mundial de la Propiedad Intelectual,²² o en las decisiones emitidas por el Comité de Sanciones del Consejo de Seguridad de la Organización de las Naciones Unidas en las cuales pudieran vulnerarse los derechos fundamentales de determinados sujetos.²³

Por otra parte, una manifestación más de la transformación estructural del derecho administrativo es la relacionada con la administrativización del espacio jurídico internacional, lo cual no es otra cosa que el reconocimiento de la progresiva adquisición de importancia y trascendencia de las reglas internacionales materialmente administrativas aplicables a las organizaciones internacionales y demás entes públicos y privados.²⁴

En ese sentido, ha emergido la categoría de derecho administrativo global o internacional,²⁵ para aproximarse a estos fenómenos, pues se afirma, las categorías propias del derecho internacional público han sido incapaces para ello, debido a que el objeto de estudio propio de esta disciplina novedosa presenta un grado mayor de sofisticación que el que podría tener por ejemplo, una organización internacional, concepto básico del derecho internacional público. Un motivo más por el cual se dice que dicha disciplina resulta incompetente es el tocante a la aplicación de conceptos que le son desconocidos, tales como el de promoción de la buena gobernanza global, información, transparencia, razonabilidad, participación y control, lo cual deriva en la

¹⁹ CASSESE, Sabino. *El surgimiento y desarrollo del Estado administrativo en Europa*. En: von BOGDANDY, A.; MIR PUIGPELAT, O. (Coords.). *op. cit.*, 52 p.

²⁰ DARNACULLETA GARDELLA, Mercé M. *El derecho administrativo global. ¿Un nuevo concepto clave del derecho administrativo?*, Revista de Administración Pública, Madrid, núm. 199, enero-abril 2016, p. 22-23.

²¹ En ese sentido Armin von Bogdandy sugiere que este tipo de decisiones de organismos supranacionales son una potente estrategia de legitimación del derecho internacional. Véase La protección de los vulnerables: un ejemplo de gobernanza posnacional. En: *Hacia un nuevo...*, *cit.*, México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, 353 p.

²² DARNACULLETA GARDELLA, Mercé M., *op. cit.*, 26 p.

²³ SERNA DE LA GARZA, José Ma. *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012, 38 p.

²⁴ *Ibidem*, p. 28.

²⁵ Sobre esta cuestión, véase, por todos: FERNÁNDEZ LAMELA, Pablo M. *Globalización y derecho público*. Introducción al derecho administrativo internacional. En: CIENFUEGOS SALGADO, D.; LOPEZ OLVERA, Miguel A. (Coords.). *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*. Tomo I. Derecho administrativo. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 49 - 50; o bien, FERNÁNDEZ LAMELA, Pablo M. El control en los organismos internacionales. El Panel de Inspección del Banco Mundial. En CISNEROS FARÍAS, Germán *et al.* (coords.), *Control de la administración pública. Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007. p. 176 - 177.

disparidad existente entre lo que se puede advertir como reglas propias del derecho administrativo y, por ejemplo, un tratado o la costumbre internacional.²⁶

Como manifestación de lo anterior pueden encontrarse los mecanismos de transparencia y la aplicación de códigos de conducta en el ámbito del Fondo Monetario Internacional, el Panel de Inspección del Banco Mundial²⁷ o los mecanismos de revisión de las decisiones de la Organización Mundial del Comercio.²⁸

Como se puede advertir de lo expuesto, cuando hablamos de transformación estructural del derecho administrativo nos referimos a un fenómeno que se materializa en dos niveles: i) la desestatalización de la actividad administrativa; y, ii) la internacionalización de la actividad administrativa. Si ahondamos más en lo referente al primer nivel del fenómeno, podemos decir que se trata de un enfoque transformador del derecho administrativo en el cual se hace especial hincapié en los efectos que tienen las decisiones materialmente administrativas que se realizan en el seno de los organismos internacionales en los ámbitos nacionales o domésticos, o incluso, nos atrevemos a extender el enfoque para que se incluya en esta categoría la totalidad de los actos materializados en la dinámica internacional que tienen o pudieran eventualmente tener implicaciones en las administraciones públicas nacionales²⁹ o que tengan como destinatarios a los particulares.

Ahora bien, por lo que hace al segundo nivel de la transformación estructural del derecho administrativo, podemos decir que es un enfoque por el cual se reconoce la existencia de fenómenos novedosos en el ámbito de las relaciones y los organismos internacionales consistentes en la necesidad de la creación de materiales normativos y desarrollos teóricos enfocados a la administración de los recursos materiales y humanos (así como sus derechos y obligaciones), además de los sistemas y medios de control en la administración de dichos entes, pues los elementos clásicos del derecho internacional público han resultado ineficientes para ello.

IV Consideraciones conclusivas

1 La globalización, la regionalización y en general cualquier fenómeno que plantee retos al momento de configurar una relación entre los órdenes jurídicos internacionales, supranacionales e internacionales convierten en algo urgente la creación de perspectivas epistemológicas innovadoras para hacer frente a los retos que acarrear. En ese sentido,

²⁶ DARNACULLETA GARDELLA, Mercé M. *op. cit.*, p. 28 - 29.

²⁷ FERNÁNDEZ LAMELA, Pablo M. *El control...*, *cit.*, p. 179-183.

²⁸ DARNACULLETA GARDELLA, Mercé M., *op. cit.*, p. 29.

²⁹ Piénsese por ejemplo en la sentencia dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el Caso *Gelman vs Uruguay*, en la cual, una parte de la condena al Estado uruguayo consistió en la administración de recursos encaminada a “la creación de unidades especializadas en el Ministerio Público y en el Poder Judicial, para la investigación de denuncias sobre graves violaciones de derechos humanos”. Véase CORTE IDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, párr. 272. En el caso mexicano, por ejemplo, producto de la presión generada por actores internacionales, tales como la propia Corte Interamericana a través sus fallos, se han realizado varios esfuerzos para consolidar una política enfocada en los derechos humanos, tales como la creación de la Comisión Intersecretarial para la Atención de Compromisos de México en materia de Derechos Humanos o el Programa Nacional de Derechos Humanos, así como la Unidad para la Promoción y Defensa de los Derechos Humanos, que funge como órgano de seguimiento al Programa Nacional. Véase: FIX-ZAMUDIO, H.; VALENCIA CARMONA, S. *Derecho constitucional mexicano y comparado*. 9a. ed. México: Porrúa-UNAM, 2015, 539 P.

la incorporación de posicionamientos abiertos, flexibles y dúctiles en la reflexión jurídica constituye una herramienta provechosa para ello.

2. El derecho administrativo, al igual que el constitucional, no puede comprenderse más única y exclusivamente aparejados a la idea del Estado, pues existen elementos en los ámbitos supranacional e internacional que dejan completamente inadecuadas e incompetentes a dichas perspectivas.

3. Las posiciones soberanistas o globalizantes, así como las antiguas categorías para aproximarse a las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno, como aquella relativa a la dicotomía monismo-dualismo (íntimamente aparejada a las nociones de jerarquías o supremacías) son igualmente incapaces e inoperantes, de tal forma que la categoría adecuada para aproximarse a esta clase de fenómenos, consideramos, es la de pluralismo jurídico, pues en ella puede tener espacio la idea de la existencia de diversos centros de creación normativa y entes que pueden asumir una función de autoridad pública, lo que tendrá como consecuencia la progresiva superación de

4. Asimismo, en lo tocante a los elementos integrantes básicos de los derechos públicos nacionales, es decir, el derecho constitucional y el administrativo, deben buscarse elementos teóricos comunes que puedan desembocar eventualmente en, si bien no una unificación absoluta, debido a las especificidades y particularidades de los objetos de estudio y regulación de cada una de las ramas del derecho, sí en una coordinación y cooperación tanto en el sector normativo como en el discursivo, pues al final del día, fenómenos la constitucionalización o la humanización del derecho tienen profundas implicaciones en cualquier apartado del espectro jurídico, y de una forma mucho más aguda, en el derecho público.

Referencias

ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea. *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel*. Bogotá, Colombia: Universidad Externado de Colombia, 2015.

CASSESE, Sabino. El surgimiento y desarrollo del Estado administrativo en Europa. En: von BOGDANDY, A.; MIR PUIGPELAT, O. (Coords.). *Ius Publicum Europaeum*. El derecho administrativo en el espacio jurídico europeo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

CORTE IDH, *Caso Gelman Vs. Uruguay*, Fondo y Reparaciones, Sentencia de 24 de febrero de 2011, Serie C, párr. 272.

DARNACULLETA GARDELLA, Mercé M. El derecho administrativo global. ¿Un nuevo concepto clave del derecho administrativo?, *Revista de Administración Pública*, Madrid, núm. 199, enero-abril 2016.

DIETERICH, Heinz. *Nueva guía para la investigación científica*. México: Ariel, 2001.

FERNÁNDEZ LAMELA, Pablo M. El control en los organismos internacionales. El Panel de Inspección del Banco Mundial. En: CISNEROS FARÍAS, Germán *et al.* (coords.), Control de la administración pública. *Segundo Congreso Iberoamericano de Derecho Administrativo*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

FERNÁNDEZ LAMELA, Pablo M. Globalización y derecho público. Introducción al derecho administrativo internacional. En CIENFUEGOS SALGADO, D.; LOPEZ OLVERA, M. A. (Coords.). *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*. Tomo I. Derecho administrativo. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge. *Derecho administrativo y administración pública*. México: Porrúa-UNAM, 2016.

FERNÁNDEZ RUIZ, Jorge, "Presentación", en Fernández Ruiz, J. (coord.), *La Constitución y el derecho administrativo*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, 2015

FIX-ZAMUDIO, H.; VALENCIA CARMONA S. *Derecho constitucional mexicano y comparado*. 9a. ed. México: Porrúa-UNAM, 2015.

MERTON, Robert K. *Auf den Schultern von Riesen: Ein Leitfaden durch das Labyrinth der Gelehrsamkeit*. Frankfurt am Main: Suhrkamp, 1983.

MORALES ANTONIAZZI, Mariela. Protección supranacional de la democracia en Suramérica. *Un estudio sobre el acervo del ius constitutionale commune*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas.

PRIETO SANCHÍS, Luis. *El constitucionalismo de los derechos*. Ensayos de filosofía jurídica. Madrid: Trotta, 2013.

SERNA DE LA GARZA, José Ma. *Globalización y gobernanza: las transformaciones del Estado y sus implicaciones para el derecho público*. (Contribución para una interpretación del caso de la Guardería ABC). México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

SERNA DE LA GARZA, José Ma. *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

SERNA DE LA GARZA, José Ma. *Reflexiones sobre el concepto de gobernanza global y su impacto en el ámbito jurídico*. En: DÍAZ MÜLLER, L. T. (Coord.). V Jornadas: Crisis y derechos humanos. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010.

VILLARREAL, Pedro. *La protección contra epidemias y pandemia como manifestación del derecho a la salud desde una perspectiva de gobernanza global*. In: SERNA DE LA GARZA, José Ma. *Gobernanza global y cambio estructural del sistema jurídico mexicano*. México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.

VON BOGDANDY, Armin. *Hacia un nuevo derecho público*. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

VON BOGDANDY, Armin. *Conceptos básicos de una doctrina de la competencia del ente supranacional y El derecho internacional como derecho público*. In: *Hacia un nuevo derecho público*. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

VON BOGDANDY, Armin. *La protección de los vulnerables: un ejemplo de gobernanza posnacional*. In: *Hacia un nuevo derecho público*. Estudios de derecho público comparado, supranacional e internacional. México: UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

VON BOGDANDY, Armin. *El derecho administrativo en el espacio jurídico europeo: perspectivas de una disciplina*. In: VON BOGDANDY Armin; MIR PUIGPELAT, Oriol. *Ius Publicum Europaeum*. El derecho administrativo en el espacio jurídico europeo. Valencia: Tirant lo Blanch, 2013.

VON BOGDANDY, Armin; PHILIPP, Dann. *International Composite Administration: Conceptualizing Multi-Level and Network Aspects in the Exercise of International Public Authority*, *German Law Journal*. Alemania, núm. 11, vol. 9, noviembre de 2008.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MOLINA, Mario. Derecho administrativo, administración pública y Gobernanza global. In: GALLO, William Iván et al. (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 409-416. ISBN 978-85-450-0569-8.

EL COOPERATIVISMO COMO OPORTUNIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN PARA PROMOVER LA INCLUSIÓN FINANCIERA

KARLA PAULINA MATUS CASTRO

I Introducción

El objeto central del presente trabajo es mostrar como la administración pública puede garantizar el derecho al acceso a la propiedad privada, no como un derecho de acumulación de riquezas, sino como un derecho natural que va acompañado de libertades económicas, el cual busca garantizar que las personas logren una subsistencia digna, y así, ofrecer una alternativa para disminuir los altos niveles de pobreza que impide a la población la posibilidad de cubrir necesidades básicas, y salir de dicha condición.

De acuerdo con el informe Panorama Social de la Comisión Económica Para América Latina y el Caribe (CEPAL), se estima que hay alrededor de 186 millones de personas que viven en la pobreza, de las cuales, 61 millones se encuentran en situación de pobreza extrema, cifra que va en aumento año tras año; pues del año 2014 al 2016, hubo un incremento de 13 millones de personas pobres.¹

A pesar de la implementación de distintas políticas públicas, para la mitigación, combate y erradicación de la pobreza y sus consecuencias, como son la salud, el hambre y la educación.

La mayoría de los países de América Latina, mantienen un problema estructural en donde los sueños y objetivos de alcanzar mejores condiciones de vida y desarrollo no han logrado un impacto que se vea reflejado en estadística; debido a que las medidas que han llegado a tomar, como incrementar el salario mínimo, reformas tributarias o programas sociales de apoyos económicos, no logran mejorar la situación económica de las personas; pues la emisión monetaria para financiar el gasto público sin cobrar

¹ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). *Panorama social de América Latina*. Santiago de Chile: Cepal, 2017. 290 p. Disponible em: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/41598/4/S1700567_es.pdf>. Acceso em: 20 jun. 2018.

impuestos tiende a disminuir el poder adquisitivo del dinero, el cual terminan pagando los trabajadores asalariados y los más pobres.²

Una de las tantas propuestas para lograr el respeto y defender el derecho a la propiedad privada y disminuir los índices de pobreza, es la inclusión financiera; propuesta que retomo debido a la importancia y el impacto que puede llegar a tener en el presente;³ pues el sector financiero permite a través de los servicios que brinda, ofrecer a las personas la posibilidad de planificar su vida, lo cual trae como consecuencia la protección del patrimonio de los individuos y la fortaleza de sus finanzas.

Sin embargo, dicha propuesta no ha logrado aún llegar a satisfacer las necesidades que actualmente nos demanda la población en situación de pobreza, lamentablemente, la inclusión financiera se percibe como una ciclo vicioso, pues a pesar de traer consigo resultados prometedores para impulsar economías y combatir la pobreza, aún existe gran parte de la población que se ve desatendida y no tiene acceso al sector financiero por ser personas de ingresos bajos, por falta de proveedores financieros cercanos, por falta de documentación necesaria, por desconfianza al sector financiero e inclusive por temas de discriminación⁴ (características de personas en situación de pobreza).

En este orden de ideas, se propone estudiar el “cooperativismo”, aludiendo a la cooperación como cualidad de los seres humanos, quienes necesitamos del uno al otro para hacer frente a necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales comunes; con el propósito de plantear una posible solución a la propuesta no satisfecha de la inclusión financiera.

En las últimas décadas el cooperativismo ha sido una de las principales estrategias que con buena aceptación en diversos países, para mejorar las condiciones de vida y de trabajo de mujeres y hombres en todo el mundo, y sobre todo acercar a los usuarios infraestructura y servicios esenciales, principalmente en áreas olvidadas por el Estado.⁵

El desarrollo del presente artículo será útil para comprobar si las cooperativas de ahorro y préstamo sirven como una herramienta para que la administración pueda promover la inclusión financiera.

En cuanto al orden del trabajo, éste se dividirá en dos, comenzando por explicar más a detalle la situación de la pobreza actual en la que se encuentra América Latina, relacionada con el deber que tiene la administración para proteger el derecho al acceso de la propiedad privada. Así mismo, se abordará la propuesta de la inclusión financiera para proteger el mencionado derecho y combatir la pobreza, destacando la importancia del sector financiero hoy en día.

En la segunda parte se expondrá el medio por el cual la administración puede fortalecer la inclusión financiera en América Latina, por lo cual abordaremos al cooperativismo, y a las sociedades cooperativas haciendo hincapié en las sociedades cooperativas de ahorro y préstamo poniendo de ejemplo el caso mexicano.

² ZANOTTI, Gabriel. *Introducción a la Escuela Austriaca de Economía*. Buenos Aires: Unión Editorial, 2012. 155 p.

³ BANCO MUNDIAL. *Inclusión Financiera (Contexto, estrategia y resultados)*. 2016. Disponible em: <<http://www.bancomundial.org/es/topic/financialinclusion/overview#1>>. Acceso em: 23 jun. 2018.

⁴ BANCO MUNDIAL. *Según la base de datos Global Findex, la inclusión financiera está aumentando, pero aún subsisten disparidades*. 2018. Disponible em: <<http://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2018/04/19/financial-inclusion-on-the-rise-but-gaps-remain-global-findex-database-shows>>. Acceso em: 23 jun. 2018.

⁵ ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Cooperativas*. Disponible em: <<http://www.ilo.org/global/topics/cooperatives/lang-es/index.htm>>. Acceso em: 22 jun. 2018.

II Situación actual e inclusión financiera

2.1 Pobreza y propiedad privada

La situación de la pobreza a nivel global se ha visto reflejada de múltiples formas a lo largo del tiempo, pues la pobreza afecta a los países con menos posibilidades de mermar los daños que sufren con sucesos como desastres naturales, mala administración de recursos económicos, corrupción, guerras, entre otros.

El Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española define el sustantivo pobreza como “necesidad, estrechez, carencia de lo necesario para el sustento de la vida”.⁶ Boltvinik al respecto comenta que los términos de pobreza están asociados a un estado de necesidad y carencia, y dicha carencia se relaciona con lo necesario para el sustento de la vida.⁷ Asimismo, de acuerdo con la CEPAL, la pobreza extrema es la situación en la cual no se dispone de los recursos que permiten satisfacer al menos las necesidades básicas de alimentación.⁸

En el mismo sentido, la CEPAL a través del Informe Panorama Social de América Latina 2017 afirma, que la pobreza alcanzó al 30,7% de su población de América Latina, durante el año 2016 y 2017,⁹ cifra preocupante no solo por el porcentaje, sino por el aumento que ha tenido, pues dicho informe denota que tanto la pobreza, como la pobreza extrema ha crecido durante los últimos años, pues se estima que en 2014, 28,5% de la población de la región se encontraba en situación de pobreza (168 millones de personas), porcentaje que aumentó a 29,8% en 2015 (178 millones de personas) y a 30,7% en 2016 (186 millones de personas). La pobreza extrema, en tanto, pasó del 8,2% en 2014 (48 millones de personas) al 10% en 2016 (61 millones de personas).¹⁰

Por otra parte, tomaremos el concepto de pobreza como la escasez de la propiedad de cualquier individuo. Definición en la cual la propiedad juega un papel primordial, pues garantizar la propiedad, trae como consecuencia estabilidad financiera. Esta tiene el objetivo que las personas logren una subsistencia digna, y así ofrecer una alternativa para disminuir los altos niveles de pobreza. El acceso a la propiedad privada es fundamental para la superación de la pobreza, ya que permite la formación de los precios, lo cual permite el ahorro que facilita los proyectos de inversión, estos a su vez generan más bienes de producción y de consumo que incrementan la productividad, los salarios reales y el poder adquisitivo del dinero, y por ende, genera una tendencia general a disminuir la escasez y pobreza.¹¹

⁶ RAE. RAE. *Pobreza (definición)*. Disponible en: <<http://dle.rae.es/srv/search?m=30&w=pobreza>>. Acceso en: 23 maio 2018.

⁷ BOLTVINIK, Julio. Conceptos y medición de la pobreza. La necesidad de ampliar la mirada. *Papeles de Población*, Toluca, n. 038, p.9-25, out. 2003. Bimestral.

⁸ COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). *La pobreza aumentó en 2016 en América Latina y su Población 30,7 Alcanzó al, porcentaje que mantendría estable en 2017. Comunicado de prensa de 20 de diciembre de 2017*. 2017. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/comunicados/test-comunicado>. Acceso en: 22 junio de 2018

⁹ Ídem. *La pobreza aumentó en 2016 en América Latina y su Población 30,7 Alcanzó al, porcentaje que mantendría estable en 2017. Comunicado de prensa de 20 de diciembre de 2017*. 2017. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/comunicados/test-comunicado>. Acceso en: 22 junio de 2018

¹⁰ Ídem. *La pobreza aumentó en 2016 en América Latina y su Población 30,7 Alcanzó al, porcentaje que mantendría estable en 2017. Comunicado de prensa de 20 de diciembre de 2017*. 2017. Disponible en: <<https://www.cepal.org/es/comunicados/test-comunicado>>. Acceso en: 22 junio de 2018

¹¹ CASTRO, Santiago; MAQUEDA, Santiago. El derecho de propiedad privada y libertad económica: Algunos elementos legales, filosóficos y económicos para una teoría general. *Ius Humani. Revista de Derecho*, Quito, v. 5,

Podemos encontrar en distintos textos constitucionales muestras reales del derecho al acceso a la propiedad que gozan de protección constitucional, y se manifiesta como un deber de la administración para fomentar políticas pública.

Con respecto a la Convención Americana sobre Derechos Humanos, su artículo 21, reconoce el derecho a la propiedad privada, señalando que “toda persona tiene derecho al uso y goce de sus bienes y que no podrá ser privada de ellos, salvo en caso de expropiación”.¹²

Por su parte, la declaración Universal de Derechos Humanos, establece en su artículo 17 que “toda persona tiene derecho a la propiedad individual y colectiva y que nadie será privado arbitrariamente de su propiedad”.¹³

La Constitución de la República del Ecuador, en su capítulo sexto, artículo 66, menciona que “se reconoce y garantiza a las personas el derecho a la propiedad en todas sus formas, con función y responsabilidad social y ambiental”. También menciona que “el derecho al acceso a la propiedad se hará efectivo con la adopción de políticas públicas, entre otras medidas”.¹⁴

La Constitución Boliviana en su artículo 56 nos menciona que toda persona tiene derecho a la propiedad privada individual o colectiva, siempre que ésta cumpla una función social. Así mismo, se garantiza la propiedad privada siempre que el uso que se haga de ella no sea perjudicial al interés colectivo.¹⁵

En Colombia, la Constitución en el artículo 58 menciona que,

“se garantiza la propiedad privada y los demás derechos adquiridos con arreglo a las leyes civiles, los cuales no pueden ser desconocidos ni vulnerados por leyes posteriores. Cuando de la aplicación de una ley expedida por motivos de utilidad pública o interés social, resultare en conflicto los derechos de los particulares con la necesidad por ella reconocida, el interés privado deberá ceder al interés público o social”.¹⁶

A su vez, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos menciona en el artículo 14 que “Nadie podrá ser privado de la libertad o de sus propiedades, posesiones o derechos”.¹⁷

p.77-113, 06 fev. 2014. Disponível em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=23041>>. Acesso em: 23 jun. 2018.

¹² OEA. Convención Internacional nº B-32, de 22 de novembro de 1969. *Convención Americana Sobre Derechos Humanos Suscrita En La Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos (b-32)*. San José, 22 nov. 1969. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm>. Acesso em: 20 jun. 2018.

¹³ ONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Paris, Disponível em: <<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>>. Acesso em: 19 maio 2018.

¹⁴ ECUADOR. Constituição (2008). *Constitución de La República del Ecuador*. Quito, 20 out. 2008. Disponível em: <<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec030es.pdf>>. Acesso em: 15 maio 2018.

¹⁵ BOLIVIA. Constituição (2009). *Constitución Política del Estado*. Disponível em: <https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf>. Acesso em: 15 maio 2018.

¹⁶ COLOMBIA. Constituição (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá, 06 jul. 1991. Disponível em: <[http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion politica de Colombia.pdf](http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf)>. Acesso em: 14 maio 2018.

¹⁷ MÉXICO. Constituição (1917). *Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos*. Ciudad de México. Disponível em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf>. Acesso em: 16 maio 2018.

De conformidad con lo anterior, la administración tiene el deber de proteger a la propiedad privada mediante la garantía de inviolabilidad y el principio de solidaridad. Pues trae como consecuencia que los individuos cuenten con protección de su patrimonio y tengan la posibilidad de fortalecer sus finanzas para lograr el pleno desarrollo individual y colectivo; cuanto más protegido sea el derecho a la propiedad privada, más orden, paz social y riqueza, existirá en una sociedad.¹⁸

2.2 Importancia del sector financiero en países de economía de mercado abierto

El sistema financiero es pieza fundamental para el funcionamiento de cualquier economía de mercado abierto, pues bien, proporciona el marco para el intercambio de capital, bienes y servicios.

De acuerdo con el profesor Alfonso Ortega (2002), el sistema financiero se describe como “El conjunto de instituciones encargadas de proporcionar financiamiento a las personas físicas y morales y a las actividades económicas del país.”¹⁹

El sistema financiero lo podemos observar como un ciclo, en el cual su principal función es llevar a cabo la captación de recursos económicos de personas, sociedades o cualquier agente que se encuentre en posición de prestar o invertir, con el fin de colocarlo a disposición de otras personas, sociedades o cualquier otro agente que necesite financiamiento para inversión o consumo.

De ahí la importancia de un sistema financiero en un país de economía de mercado abierto, pues dicho ciclo impulsa la relación que existe entre el crecimiento económico y el sistema financiero, puesto que un sistema financiero sólido, soluciona problemas como la accesibilidad a los recursos y la liquidez.

Jhon Hicks (1969), hace referencia que el sistema financiero, “fue el principal factor de la revolución industrial en Inglaterra, debido a que ayudó a facilitar la movilización de capital hacia las inversiones que se tradujeron en un avance tecnológico que trajo como consecuencia el crecimiento económico de toda una región”.²⁰

Por lo tanto, el acceso a los servicios financieros, la competencia entre empresas proveedoras y un marco regulatorio eficiente funciona para lograr un significativo crecimiento y generar empleo y riquezas.

A su vez, es necesario señalar las instituciones que nos ayudarán a interpretar lo anteriormente expuesto, por lo cual, se expondrá de forma breve el principal medio para acceder al sector financiero “Las instituciones financieras”.

Las instituciones financieras son sociedades autorizadas y reguladas por el gobierno, con el fin de facilitar servicios financieros a sus clientes o miembros,²¹ así mismo, pueden ser vigiladas, supervisadas y sancionadas, por autoridades financieras.

¹⁸ CASTRO, Santiago; MAQUEDA, Santiago. El derecho de propiedad privada y libertad económica: Algunos elementos legales, filosóficos y económicos para una teoría general. *Ius Humani. Revista de Derecho*, Quito, v. 5, p.77-113, 06 fev. 2014. Disponible em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=23041>>. Acceso em: 23 jun. 2018.

¹⁹ ORTEGA, Alfonso. *Introducción a las finanzas*. Ciudad de México: Mcgraw-hill Interamericana, 2002.

²⁰ HICKS, John. *A Theory of Economic History*. Oxford: Claredon Press, 1969.

²¹ PINA, Rafael. *Diccionario de Derecho*. Ciudad de México: Porrúa, 1989. 30 p. 30 f.

Su principal objeto es brindar servicios financieros como:

- Fomentar el ahorro;
- Aceptar depósitos y efectuar préstamos;
- Administrar sistemas de pago;
- Emitir valores;
- Educación financiera.

Por otro lado, los países de América Latina comparten similitudes de instituciones financieras, como lo son las instituciones de crédito, sociedades financieras de objeto múltiple, casas de bolsa, almacenes generales de depósito, uniones de crédito, instituciones de seguros, sociedades mutualistas de seguros, sociedades cooperativas de ahorro y préstamo, sociedades financieras populares, sociedades financieras comunitarias y cualquiera otra sociedad autorizada por las autoridades correspondientes de cada país, para organizarse y operar como tales.²²

2.3 Inclusión financiera

Ahora bien, como lo mencionamos en el apartado anterior, la inclusión financiera es una herramienta para luchar contra la pobreza, pues al igual que la educación, la alimentación, la salud y los derechos laborales, el sector financiero permite que las personas más necesitadas tengan acceso a oportunidades de desarrollo y bienestar.

De acuerdo con lo establece el portal de la CNBV (2018):²³

“la inclusión financiera se define como el acceso y uso de servicios financieros formales bajo una regulación apropiada que garantice esquemas de protección al consumidor y promueva la educación financiera para mejorar las capacidades financieras de todos los segmentos de la población”.²⁴

Así mismo, la CNBV identifica los siguientes componentes fundamentales que son necesarios para la implementación de la inclusión financiera en un país:²⁵

- Acceso: Se refiere a los puntos de contacto entre las instituciones financieras y la población
- Uso: Se refiere a la demanda de servicios financieros (necesidades de la población).

²² MÉXICO. Asamblea Legislativa. Ley de 27 de abril de 2016. *Ley de Disciplina Financiera de Las Entidades Federativas y Los Municipios*. Ciudad de México, 27 abr. 2016. Disponible em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LDFEFM_300118.pdf>. Acceso em: 23 jun. 2018.

²³ La Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV), es un órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP), con facultades en materia de autorización, regulación, supervisión y sanción sobre los diversos sectores y entidades que integran el sistema financiero mexicano, así como sobre aquellas personas físicas y morales que realicen actividades previstas en las leyes relativas al sistema financiero. La Comisión se rige por la Ley de la CNBV. Disponible en: COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES (México). *Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV)*. Disponible em: <<https://www.gob.mx/cnbv/que-hacemos#multimedia>>. Acceso em: 20 jun. 2018.

²⁴ COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES (México). *Reporte Nacional de Inclusión Financiera 8. 2017*. Disponible em: <<https://www.gob.mx/cnbv/prensa/46-2017-reporte-nacional-de-inclusion-financiera-8?idiom=es>>. Acceso em: 07 jun. 2018.

²⁵ COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES (México). *Base de datos de Inclusión Financiera*. Disponible em: <<https://www.cnbv.gob.mx/Inclusión/Paginas/Bases-de-Datos.aspx>>. Acceso em: 23 jun. 2018.

- **Protección y defensa al consumidor:** Se refiere a que los productos y servicios financieros se encuentren bajo un marco que garantice la transparencia, el trato justo y mecanismos efectivos bajo un marco normativo.
- **Educación financiera:** Se refiere a las acciones para que la población adquiera aptitudes, habilidades y conocimientos para estar en posibilidad de efectuar un correcto manejo y planeación de sus finanzas personales.

Actualmente, existen múltiples programas de desarrollo mundial que han puesto en relevancia la necesidad de que los más desprotegidos puedan tener acceso al crédito, ahorro, y a diversos productos y servicios financieros que ayuden a las personas a planificar situaciones de emergencia inesperadas, hasta proyectos a largo plazo. Dentro de las cuales destacan el Centro de Inclusión Financiera (CFI), La Asociación Global para la Inclusión Financiera (GPFI) y el Banco Mundial, a través del Marco de Apoyo a la Inclusión Financiera (FISF), que se han enfocado en erradicar la pobreza en todas sus formas y dimensiones, buscando la prosperidad en todos los países mediante un crecimiento sostenible e inclusivo de nuevas tecnologías y servicios financieros, y múltiples programas, estrategias, metas y compromisos nacionales.

Sin embargo, de acuerdo con las cifras que nos proporciona el Banco Mundial, existen dos mil millones de adultos que no poseen una cuenta básica, principalmente por ser personas de ingresos bajos, por falta de proveedores financieros cercanos, por falta de documentación necesaria, desconfianza en los proveedores e inclusive por temas de discriminación.²⁶ Lamentablemente una gran parte de la sociedad se encuentran en esta situación, principalmente por su limitada riqueza económica, la cual repercute en un significativo crecimiento personal y colectivo como sociedad.

De conformidad con la The Global Partnership for Financial Inclusion (GPFI) (2018), se ha exhortado a diversos países del mundo a trabajar con programas públicos que ayuden a impulsar la inclusión financiera,²⁷ lamentablemente las características mencionadas por la CNBV se ven limitadas por cuestiones geográficas, falta de economía e inversión para infraestructuras, agentes financieros irregulares, pésima educación financiera, entre otros.

III El cooperativismo como medio para acceder a la inclusión financiera

Resulta pertinente abordar el cooperativismo como factor clave para reducir la pobreza y ayudar al crecimiento económico en sectores vulnerados, partiendo de la base del trabajo cooperativo como medio para lograr estos objetivos.

3.1 Cooperativismo y Principios cooperativos

El movimiento cooperativo, a nivel mundial, ha demostrado fuera de toda duda ser una excelente figura de organización para el trabajo; pues permite que los hombres

²⁶ BANCO MUNDIAL: Entendiendo la pobreza Inclusión Financiera. Disponible en: <http://www.bancomundial.org/es/topic/financialeclusion/overview>. Acceso en: 23 jun. 2018.

²⁷ Para conocer acerca del Global Partnership for Financial Inclusion (GPFI): GPFI. *About GPFI*. Disponible en: <https://www.gpfi.org/about-gpfi>. Acceso en: 23 jun. 2018.

trabajen para sí mismos, al tener sus integrantes la dualidad de aportar su fuerza de trabajo y ser propietarios a la vez, y tener democracia en la toma de decisiones y en la elección de su órgano de gobierno, así como la distribución de beneficios.²⁸

Entenderemos por cooperación, de forma general, como la ayuda de los asociados, para la obtención de un fin social común. Por otra acepción, desde mediados del siglo XIX se ha dado a la cooperación un significado económico, designando con tal palabra una nueva forma de asociación (Sociedad cooperativa), que tiene por finalidad fomentar y utilizar el pequeño ahorro y suprimir ciertos intermediarios en las esferas de producción, de crédito y de consumo, para obtener beneficios comunes que se repartan entre los asociados.²⁹

Julio Keselme (2008), nos menciona el concepto de cooperativismo como:

“(…) el sistema educativo económico bajo forma de agrupaciones sociales constituidas ‘intuito personae’, el cual persigue el logro de la satisfacción de las necesidades de sus integrantes en forma de eliminación de factores indirectos de incidencias, con sentido de solidaridad, sin desmedro de la individualidad de sus componente, a cuya elevación educativa debe proveer en la misma o mayor medida que su bienestar económico, debiendo para ello sujetarse siempre a los principios doctrinarios que rijan la materia en un momento y en lugar dados”.³⁰

Dicho lo anterior, se estudiará a partir de un enfoque institucional al trabajo cooperativo como una opción de desarrollo a la economía solidaria, retomo el apartado de instituciones financieras, para hablar de las sociedades cooperativas de ahorro y préstamo.

3.2 Sociedades cooperativas

Cabe mencionar que las sociedades cooperativas son asociaciones autónomas de personas que se han unido voluntariamente para hacer frente a sus necesidades y aspiraciones económicas, sociales y culturales comunes, por medio de una empresa conjunta y democráticamente controlada.³¹

De conformidad con la legislación mexicana vigente, La sociedad cooperativa es una forma de organización social integrada por personas físicas con base en intereses comunes y en los principios de solidaridad, esfuerzo propio y ayuda mutua, con el propósito de satisfacer necesidades individuales y colectivas, a través de la realización de actividades económicas de producción, distribución y consumo de bienes y servicios.³²

De tal forma, las cooperativas se rigen bajo los siguientes principios:

a. Principio 1 – “Afiliación Voluntaria”: permite que un asociado se retire de la cooperativa en cualquier momento, generalmente llevándose consigo su capital social.

²⁸ BÁEZ, Roberto. *Ley General de sociedades comentada*. Ciudad de México: Publicaciones Administrativas Contables Jurídicas, 2009.

²⁹ ESPASA, Editorial. *Enciclopedia Universal Ilustrada*. Tomo XV. Madrid: Espasa, 1979)

³⁰ NOAH, Julio et al. *La cooperativa de trabajo asociado*. Bogotá: Universidad Cooperativa de Colombia, 2008. P. 26.

³¹ Ídem. *La cooperativa de trabajo asociado*. Bogotá: Universidad Cooperativa de Colombia, 2008. P. 26.

³² MÉXICO. *Ley General de Sociedades Cooperativas*. Ciudad de México. Disponible em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/143_190118.pdf>. Acceso em: 23 jun. 2018.

- b. Principio 2 – “Control Democrático de los Miembros”: implica que los asociados que aportan más capital social no tendrán un control mayor que aquellos que aportan menos.
- c. Principio 3 – “Participación Económica de los Miembros”: Se refiere al capital cooperativo el cual forma parte de la propiedad en común y es alentado a el establecimiento de “reservas indivisibles”.
- d. Principio 4 – Autonomía e Independencia: se trata de que los administradores recurran al apalancamiento, siempre que sea para incrementar los retornos sobre el capital.³³

Así mismo, las sociedades cooperativas suelen clasificarse de la siguiente manera:³⁴

- I.- De consumidores de bienes y/o servicios;
- II.- De productores de bienes y/o servicios, y
- III.- De ahorro y préstamo.

3.3 Sociedades cooperativas de ahorro y préstamo, caso mexicano

Para dar cumplimiento a nuestro objeto central, nos enfocaremos en hablar de las Cooperativa de ahorro y préstamo

Se entenderá como ahorro, la captación de recursos a través de depósitos de ahorro de dinero de sus Socios; y como préstamo, la colocación y entrega de los recursos captados entre sus mismos Socios.³⁵

Las Sociedades Cooperativas de ahorro y préstamo en el caso mexicano, se rigen bajo la Ley general de sociedades cooperativas (LGSC), así como por lo dispuesto por la Ley para Regular las Actividades de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo (LRASCAP).

El artículo primero de la LRASCAP, nos menciona que las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo son integrantes del sector social de la economía, y tiene por objeto:

“I. Regular, promover y facilitar la captación de fondos o recursos monetarios y su colocación mediante préstamos, créditos u otras operaciones por parte de las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo con sus Socios; II. Regular, promover y facilitar las actividades y operaciones de estas últimas, su sano y equilibrado desarrollo; III. Proteger los intereses de los Socios ahorradores, y IV. Establecer los términos en que el Estado ejercerá las facultades de supervisión, regulación y sanción, en términos de la presente Ley”.³⁶

México cuenta con 157 Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo autorizadas y supervisadas por la CNBV, que brindan sus servicios a más de 7 millones de

³³ BÁEZ, Roberto. *Ley General de sociedades comentada*. Ciudad de México: Publicaciones Administrativas Contables Jurídicas, 2009.

³⁴ MÉXICO. *Ley General de Sociedades Cooperativas*. Ciudad de México. Disponible em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/143_190118.pdf>. Acceso em: 23 jun. 2018.

³⁵ MÉXICO. *Ley Para Regular Las Actividades de Las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo*. Ciudad de México, Disponible em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LRASCAP_280414.pdf>. Acceso em: 23 abr. 2018.

³⁶ MÉXICO. *Ley Para Regular Las Actividades de Las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo*. Ciudad de México, Disponible em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LRASCAP_280414.pdf>. Acceso em: 23 abr. 2018.

socios y administran activos por más de \$131 mil millones de pesos que representan aproximadamente el 90.5% de los activos totales del sector, las cuales además cuentan con la cobertura de la cuenta de seguro de depósitos del Fondo de Protección.³⁷

De igual forma, existen programas impulsados por la Administración pública de la Ciudad de México y los demás Estados de la república mexicana que impulsan el fomento de las cooperativas, por ejemplo:

Existe un programa denominado Programa de Apoyo para Fomentar el Fortalecimiento del Sector de Ahorro y Crédito Popular y Cooperativo (PAFOSACPyC) (2018), cuyo objeto es

“contribuir a través de la transferencia de conocimientos especializados, asesoría y acompañamiento, para que los intermediarios financieros del Sector de Ahorro y Crédito Popular y Cooperativo fortalezcan sus capacidades y redes de distribución de productos y servicios con el propósito de atender las necesidades de sus socios-clientes que habitan en localidades rurales, preferentemente de altos niveles de marginalidad”.³⁸

O el programa Apoyo para el Desarrollo de Sociedades Cooperativas de la Ciudad de México (2018), el cual tiene por objeto:

“contribuir a la generación y consolidación de fuentes de trabajo dignas entre las personas habitantes de la Ciudad de México, ofreciendo como alternativa de organización a las sociedades cooperativas, quienes por sus características favorecen tanto el desarrollo económico como el social de sus socios y socias, por lo que se plantea brindar servicios de asesoría, capacitación o asistencia técnica especializada, además de apoyos económicos para la adquisición de equipo, maquinaria y/o servicios enfocados a fortalecer procesos productivos, de comercialización y/o de promoción”.³⁹

Sin embargo, los programas no son suficiente para atacar nuestro principal objetivo, pues nos encontramos con los siguientes inconvenientes:

1.- Al menos los programas citados, no cuentan con recursos suficientes para poder brindar el apoyo a todas las personas que lo necesitan, lo cual ha provocado que los requisitos para solicitarlos cada vez sean más complicados y los que logran ser aspirantes a recibir dicho beneficio tengan que esperar para recibirlo.⁴⁰

³⁷ COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES (México). *Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo*. Disponible em: <<https://www.cnbv.gob.mx/SECTORES-SUPERVISADOS/SECTOR-POPULAR/Difusión/Paginas/Sociedades-Cooperativas-de-Ahorro-y-Préstamo.aspx>>. Acceso em: 15 jun. 2018.

³⁸ BANCO DEL AHORRO NACIONAL Y SERVICIOS FINANCIEROS (México). *Programa de Apoyo para Fomentar el Fortalecimiento del Sector de Ahorro y Crédito Popular y Cooperativo (PAFOSACPyC)*. 2018. Disponible em: <<https://www.gob.mx/bansefi/documentos/programa-de-apoyos-para-fomentar-el-fortalecimiento-del-sector-de-ahorro-y-credito-popular-y-cooperativo-pafosacpyc>>. Acceso em: 13 jun. 2013.

³⁹ SECRETARÍA DE TRABAJO Y FOMENTO AL EMPLEO (México). *Apoyo para el Desarrollo de Sociedades Cooperativas de la Ciudad de México*. 2017. Disponible em: <<http://www.trabajo.cdmx.gob.mx/programas/programa/apoyo-para-el-desarrollo-de-sociedades-cooperativas-de-la-ciudad-de-mexico>>. Acceso em: 23 abr. 2018.

⁴⁰ Actualmente existen listas de espera de sociedades cooperativas aspirantes a ser beneficiarias del subprograma del fortalecimiento y desarrollo de sociedades cooperativas 2017. Cooperativas Cdmx. *Gaceta Oficial: Apoyo para el Desarrollo de las Sociedades Cooperativas de la Ciudad de México*. Ciudad de México: Gaceta Oficial de La Ciudad de México, 2017. 4 p. Disponible em: <<http://www.trabajo.cdmx.gob.mx/storage/app/uploads/public/59a/078/6b4/59a0786b4bc1f333127231.pdf>>. Acceso em: 23 jun. 2018.

- 2.- Aunque la Administración Pública de algunas Entidades Federativas han impulsado programas para la inclusión financiera o el fomento del cooperativismo, principalmente no cuentan con infraestructura y difusión necesaria, para llegar a las personas más necesitada.
- 3.- Actualmente no existe ningún programa en México encargado de acudir a las comunidades mas pobres del país para inculcar la educación financiera y brindar iniciativas para el fomento del cooperativismo con la finalidad de que ellos mismos puedan crear sus propias instituciones financieras, con los respaldos de asesorías, capacitaciones y asistencias técnicas especializada, con el propósito de garantizar protección de sus ahorros, fomentar el crédito e implementar educación financiera, bajo el régimen legal aplicable.

Por lo anteriormente expuesto, considero que las cooperativas de ahorro y préstamo son la mejor herramienta para que la administración impulse la inclusión financiera en sectores desprotegidos y así estar en la posibilidad de desarrollar económicamente a nuestros países. De la misma forma, la administración no debe dejar atrás las sociedades financieras populares o las Fintech (Financial Technology, en español Tecnología Financiera), que actualmente te permiten llegar a lugares con poco acceso y mejorar las tasas por la competencia que generan en el mercado, ayudando a personas en situación de pobreza a acceder a los servicios financieros.

IV Conclusiones

- Se concluye que proteger el derecho al acceso a la propiedad privada es un derecho natural que se encuentra positivizado en diversos ordenamientos normativos y es indispensable su protección, para lograr un desarrollo individual y colectivo.

- Se demostró que la Administración tiene la obligación de implementar políticas públicas para proteger el derecho al acceso de la propiedad privada.

- El sector financiero es pilar en una economía de mercado abierto, pues sin él, difícilmente existiría el crecimiento o desarrollo de una región.

- La inclusión financiera es una herramienta de mucha importancia para luchar contra la pobreza, pues inclusive existen organismos a nivel mundial que buscan fomentarla por los resultados objetivos que trae consigo y la necesidad de que los más desprotegidos puedan tener acceso al crédito, ahorro, y a diversos productos y servicios financieros.

- Las sociedades cooperativas de ahorro y préstamo las encontramos como un híbrido, pues permiten tener una estructura con un componente social al basarse en intereses comunes y en los principios de solidaridad y ayuda mutua para cumplir objetivos compartidos, y al mismo tiempo tienen la oportunidad de ser una institución financiera.

- La Administración pública debe atender una serie de estrategias orientadas a la implementación de programas que apoyen e impulsen la inclusión financiera a través de las cooperativas de ahorro y préstamo, proporcionando asesorías y capacitaciones para la constitución, consolidación, administración y desarrollo de las Sociedades Cooperativas y dar apoyo con beneficios inclusive tributarios para su máximo desempeño.

Referencias

BÁEZ, Roberto. *Ley General de sociedades comentada*. Ciudad de México: Publicaciones Administrativas Contables Jurídicas, 2009.

BANCO DEL AHORRO NACIONAL Y SERVICIOS FINANCIEROS (México). *Programa de Apoyo para Fomentar el Fortalecimiento del Sector de Ahorro y Crédito Popular y Cooperativo (PAFOSACPyC)*. 2018. Disponible em: <<https://www.gob.mx/bansefi/documentos/programa-de-apoyos-para-fomentar-el-fortalecimiento-del-sector-de-ahorro-y-credito-popular-y-cooperativo-pafosacpyc>>. Acceso em: 13 jun. 2013.

BANCO MUNDIAL. *Inclusión Financiera (Contexto, estrategia y resultados)*. 2016. Disponible em: <<http://www.bancomundial.org/es/topic/financialinclusion/overview#1>>. Acceso em: 23 jun. 2018.

BANCO MUNDIAL. *Según la base de datos Global Findex, la inclusión financiera está aumentado, pero aún subsisten disparidades*. 2018. Disponible em: <<http://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2018/04/19/financial-inclusion-on-the-rise-but-gaps-remain-global-findex-database-shows>>. Acceso em: 23 jun. 2018.

BOLIVIA. Constituição (2009). *Constitución Política del Estado*. Disponible em: <https://www.oas.org/dil/esp/Constitucion_Bolivia.pdf>. Acceso em: 15 maio 2018.

BOLTVINIK, Julio. Conceptos y medición de la pobreza. La necesidad de ampliar la mirada. *Papeles de Población*, Toluca, n. 038, p.9-25, out. 2003. Bimestral.

CASTRO, Santiago; MAQUEDA, Santiago. El derecho de propiedad privada y libertad económica: Algunos elementos legales, filosóficos y económicos para una teoría general. *Ius Humani. Revista de Derecho*, Quito, v. 5, p.77-113, 06 fev. 2014. Disponible em: <<https://dialnet.unirioja.es/servlet/revista?codigo=23041>>. Acceso em: 23 jun. 2018.

COLOMBIA. Constituição (1991). *Constitución Política de Colombia*. Bogotá, 06 jul. 1991. Disponible em: <[http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion politica de Colombia.pdf](http://www.corteconstitucional.gov.co/inicio/Constitucion%20politica%20de%20Colombia.pdf)>. Acceso em: 14 maio 2018.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). *La pobreza aumentó en 2016 en América Latina y su Población 30,7 Alcanzó al, porcentaje que mantendría estable en 2017. Comunicado de prensa de 20 de diciembre de 2017*. 2017. Disponible en: <<https://www.cepal.org/es/comunicados/test-comunicado>>. Acceso en: 22 junio de 2018.

COMISIÓN ECONÓMICA PARA AMÉRICA LATINA Y EL CARIBE (CEPAL). *Panorama social de América Latina*. Santiago de Chile: Cepal, 2017. 290 p. Disponible em: <https://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/41598/4/S1700567_es.pdf>. Acceso em: 20 jun. 2018.

COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES (México). *Base de datos de Inclusión Financiera*. Disponible em: <<https://www.cnbv.gob.mx/Inclusión/Paginas/Bases-de-Datos.aspx>>. Acceso em: 23 jun. 2018. <http://www.bancomundial.org/es/news/press-release/2018/04/19/financial-inclusion-on-the-rise-but-gaps-remain-global-findex-database-shows>.

COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES (México). *Comisión Nacional Bancaria y de Valores (CNBV)*. Disponible em: <<https://www.gob.mx/cnbv/que-hacemos#multimedia>>. Acceso em: 20 jun. 2018.

COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES (México). *Reporte Nacional de Inclusión Financiera 8*. 2017. Disponible em: <<https://www.gob.mx/cnbv/prensa/46-2017-reporte-nacional-de-inclusion-financiera-8?idiom=es>>. Acceso em: 07 jun. 2018.

COMISIÓN NACIONAL BANCARIA Y DE VALORES (México). *Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo*. Disponible em: <<https://www.cnbv.gob.mx/SECTORES-SUPERVISADOS/SECTOR-POPULAR/Difusión/Paginas/Sociedades-Cooperativas-de-Ahorro-y-Préstamo.aspx>>. Acceso em: 15 jun. 2018.

COOPERATIVAS CDMX. *GACETA OFICIAL: APOYO PARA EL DESARROLLO DE LAS SOCIEDADES COOPERATIVAS DE LA CIUDAD DE MÉXICO*. Ciudad de México: Gaceta Oficial de La Ciudad de México, 2017. 4 p. Disponible em: <<http://www.trabajo.cdmx.gob.mx/storage/app/uploads/public/59a078/6b4/59a0786b4bc1f333127231.pdf>>. Acceso em: 23 jun. 2018.

ECUADOR. Constituição (2008). *Constitución de La República del Ecuador*. Quito, 20 out. 2008. Disponible em: <<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec030es.pdf>>. Acceso em: 15 maio 2018.

ESPASA, Editorial. *Enciclopedia Universal Ilustrada*. Tomo XV. Madrid: Espasa, 1979)

GPII. *About GPII*. Disponible em: <<https://www.gpii.org/about-gpii>>. Acceso em: 23 jun. 2018.

HICKS, John. *A Theory of Economic History*. Oxford: Claredon Press, 1969.

MÉXICO. Constituição (1917). *Constitución Política de Los Estados Unidos Mexicanos*. Ciudad de México, Disponible em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_150917.pdf>. Acceso em: 16 maio 2018.

MÉXICO. Lei de 27 de abril de 2016. *Ley de Disciplina Financiera de Las Entidades Federativas y Los Municipios*. Ciudad de México, 27 abr. 2016. Disponible em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LDFEFM_300118.pdf>. Acceso em: 23 jun. 2018.

MÉXICO. *Ley General de Sociedades Cooperativas*. Ciudad de México, Disponible em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/143_190118.pdf>. Acceso em: 23 jun. 2018.

MÉXICO. *Ley Para Regular Las Actividades de Las Sociedades Cooperativas de Ahorro y Préstamo*. Ciudad de México, Disponible em: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LRASCAP_280414.pdf>. Acceso em: 23 abr. 2018.

NOAH, Julio et al. *La cooperativa de trabajo asociado*. Bogotá: Universidad Cooperativa de Colombia, 2008. P. 26.

OEA. Convención Internacional nº B-32, de 22 de novembro de 1969. *Convención Americana Sobre Derechos Humanos Suscrita En La Conferencia Especializada Interamericana Sobre Derechos Humanos (b-32)*. San José, 22 nov. 1969. Disponible em: <https://www.oas.org/dil/esp/tratados_b-32_convencion_americana_sobre_derechos_humanos.htm>. Acceso em: 20 jun. 2018.

ONU. *Declaración Universal de Derechos Humanos*. Paris, Disponible em: <<http://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>>. Acceso em: 19 maio 2018.

ORGANIZACIÓN INTERNACIONAL DEL TRABAJO. *Cooperativas*. Disponible em: <<http://www.ilo.org/global/topics/cooperatives/lang-es/index.htm>>. Acceso em: 22 jun. 2018

ORTEGA, Alfonso. *Introducción a las finanzas*. Ciudad de México: Mcgraw-hill Interamericana, 2002.

PINA, Rafael. *Diccionario de Derecho*. Ciudad de México: Porrúa, 1989. P 30.

SECRETARÍA DE TRABAJO Y FOMENTO AL EMPLEO (México). *Apoyo para el Desarrollo de Sociedades Cooperativas de la Ciudad de México*. 2017. Disponible em: <<http://www.trabajo.cdmx.gob.mx/programas/programa/apoyo-para-el-desarrollo-de-sociedades-cooperativas-de-la-ciudad-de-mexico>>. Acceso em: 23 abr. 2018.

ZANOTTI, Gabriel. *Introducción a la Escuela Austriaca de Economía*. Buenos Aires: Unión Editorial, 2012. 155 p.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

MATUS, Karla Paulina. El cooperativismo como oportunidad de la administración para promover la inclusión financiera. In: GALLO, William Iván et al. (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 417-429. ISBN 978-85-450-0569-8.

LOS ACIERTOS DEL DERECHO ADMINISTRATIVO EN LOS ESTADOS MIEMBRO DE LA MANCOMUNIDAD DE NACIONES EN AMÉRICA LATINA

LUIS MIGUEL GUTIÉRREZ GARCÍA

I Introducción

El objetivo del presente artículo es señalar cómo la Mancomunidad de Naciones o *Commonwealth of Nations*, es una organización internacional moderna y activa. Si bien, es heredera del poderío imperial británico, la relación de subordinación se sustituyó por la de coordinación, impulsando a sus miembros a desarrollarse y fomentar el apoyo internacional entre ellos. Ante ello, los miembros latinoamericanos de dicha organización han promovido en su marco soberano grandes avances dentro del Derecho Administrativo, impulsando el establecimiento de planes y reformas dentro de la administración pública de los Estados latinoamericanos, las cuales son más acordes a las necesidades y retos que presenta la comunidad internacional, pero sobre todo respetando la soberanía de dichos países, siendo los propios Estados latinoamericanos al igual que el resto de los miembros, los que decidan si implementan o no dichos planes de acción.

Ante la compleja situación internacional, los Estados deben plantearse nuevas metas y diversificarse en el plano mundial, sin embargo, necesitan de una familia que les presente una base sólida para realizar una plena actividad internacional, en este caso la Mancomunidad de Naciones representa dicha base para los doce miembros latinoamericanos.

Los retos para estos países son grandes, puesto que tienen que mejorar su sistema de administración pública, eliminar la corrupción, otorgar, reconocer y garantizar derechos humanos, generar políticas públicas entre muchas otras actividades, por ello, pertenecer a una organización internacional como la Mancomunidad, representa un piso firme para impulsar a dichos países a contar con un mejor desarrollo, lo cual también se verá en una evolución de la región, puesto que dichos países serán mejores socios a nivel regional y a nivel internacional y cuando ello suceda América Latina sin lugar a dudas podrá considerarse como una de las regiones más ricas y prosperas del mundo, rompiendo los paradigmas establecidos por los Estados Unidos y las propias potencias

européas, pero el mejor de los resultados debe ser siempre, una mejor calidad de vida para el ciudadano.

II Breve historia de la mancomunidad de naciones en América Latina

La evolución de la Mancomunidad de Naciones o *The Commonwealth of Nations*, se encuentra ligada íntimamente a la historial del “imperio más grande de todos cuantos han existido en el mundo: el imperio británico”.¹ No obstante, resulta sencillo diferenciar al imperio de la Mancomunidad, puesto que el imperio se basaba en normas de subordinación metrópoli-colonia sin representación alguna en la toma de decisiones, mientras que la Mancomunidad simboliza y enaltece la cooperación entre los miembros libres y soberanos, con igual *status* entre ellos.

Algunos autores como Pablo Guimón, señalan que la Mancomunidad solo sirve a los intereses del Reino Unido y que tras el *Brexit* la organización solo será “el traje nuevo del imperio”.² Sin embargo consideramos que dicha afirmación es errónea, lo cual, con la evolución de las siguientes líneas será visible.

Posterior a la “Gran Guerra”, el imperio británico se encontraba en su máximo esplendor territorial y hegemónico, sin embargo, dentro de la superestructura diferentes territorios reclamaban mayor representación dentro del mismo, por lo cual en la Conferencia Imperial de 1926 realizada en Balfour, los *Dominios de Canadá, Nueva Zelanda, Australia, Sudáfrica* y el Estado Libre Irlandés, es decir, las colonias que comenzaban a “dirigir sus propios asuntos internos y externos de manera diferente a los de la metrópoli”,³ negociaron con el gobierno británico para obtener una mejor posición dentro del imperio.

Finalmente, ante dichas exigencias se estableció que dichos dominios serían “comunidades autónomas dentro del Imperio Británico, de igual estatus, de ninguna manera subordinadas entre sí en ningún aspecto [...], aunque unidos por una lealtad común a la Corona, y libremente asociados como miembros de la Mancomunidad Británica de Naciones”,⁴ es decir dentro del imperio cohabitaban dos entes: la Mancomunidad y el resto de las colonias británicas incluyendo la india o *Raj Británico*, la cual era la joya de la corona.

Tras el fin de la segunda guerra mundial, el Reino Unido ya no sería la potencia hegemónica internacional, este lugar estaría reservado para los Estados Unidos y la URSS. Con el fin de que, con la guerra, el imperio poco a poco se fuera desmantelando. Para 1949 la India era ya un Estado soberano, pero esta antigua colonia no deseaba romper de tajo sus relaciones con Reino Unido, por el contrario, deseaba formar parte de la Mancomunidad Británica de Naciones, el problema recaía en que el gobierno indio no

¹ FERGUSON, Niall. *El Imperio Británico Como Gran Bretaña forjó el orden mundial*. Barcelona: Debate, 2011. 932 p. Título original: *Empire. How Britain Made the Modern World*.

² GUIMÓN, Pablo. *El Traje nuevo del Imperio*. El País. Ciudad de México, 20 abr. 2018. p. 11.

³ MAKAROVA, E. *Transformation of Constitutional status: British Dominions in the first half of the 20th Century*. Terrahumana, San Petersburgo, v. 2, p.27-32, 2008. Trimestral. Disponible en: <http://www.terrahumana.ru/arhiv/08_02/08_02_02.pdf>. Consultado el: 12 jun. 2018.

⁴ INTER IMPERIAL RELATIONS COMMITTEE. Declaration nº 26, de noviembre de 1926. Declaration: Balfour Declaration 1926. 146. ed. Balfour: Imperial Conference, nov. 1926. n. 129, p. 1-14. Disponible en: <https://www.foundingdocs.gov.au/resources/transcripts/cth11_doc_1926.pdf>. Consultado el: 12 jun. 2018.

estaba dispuesto a tener como jefe de Estado a un Rey, puesto que su deseo era ser una república parlamentaria y elegir a su representante mediante el sufragio.

Ante la compleja situación que se vivía, los gobiernos de la Mancomunidad Británica de Naciones y la India, emitieron la *London Declaration* de 1949, mediante dicho documento la India permanecería en la organización como una república constitucional parlamentaria y para solucionar el problema de la incompatibilidad con el sistema monárquico, el rey ahora sería el “símbolo de la libre asociación de las naciones miembro independientes y, como tal, Jefe de la Commonwealth”.⁵

Dicha declaración solucionó el problema de la subordinación y cambió dicho paradigma por la libre asociación entre los miembros, reconociendo a la corona británica como el símbolo y cabeza de la organización, lo cual ya no representaría la sumisión a la misma. Es decir, el rey de Reino Unido seguiría siendo jefe de Estado en los países que así lo decidiesen, pero si estos eligiesen una república o incluso una monarquía propia con un rey diferente al de Reino Unido y desearan integrarse en la Mancomunidad, solamente reconocerían a la Corona británica como cabeza de la organización. La Declaración de Londres por lo tanto se considera como el “principio de la moderna Mancomunidad, *Beginning of the modern Commonwealth*”.⁶

Es importante en este punto que tengamos claro que, en la actualidad existen 53 Estados miembro de la organización, en ellos cohabitan monarquías y repúblicas. En este sentido dentro del grupo de las monarquías las existen de dos tipos, las conocidas como *Reinos de la Mancomunidad*, “que reconocen a la Corona como su jefe de estado”,⁷ es decir, Estados cuyo jefe de Estado es el Monarca de Reino Unido, esto podría ser confuso y pensaríamos que sigue la sumisión al Reino Unido.

Pero no, el monarca ahora reina de manera independiente en cada Estado, por ejemplo SM. La Reina Isabel II, es reina del Reino Unido, pero también es la Reina de Canadá, Reina de Australia, Reina de Antigua y Barbuda, Reina de Bahamas, Reina de Belize e.t.c. En total son dieciséis reinos con dicha forma de gobierno. En la Mancomunidad dichos Estados, tienen una representación de igual status frente al resto de los miembros. El otro tipo de monarquía en la Mancomunidad son las cuales cuentan con su propio soberano, como el caso de *Brunei*.

En cuanto a las repúblicas, existen de corte parlamentario, semipresidencialistas y presidencialistas. Para el año 2018, de los 53 miembros de la Mancomunidad 12 se encuentran en América Latina, de esos doce, nueve son *Reinos de la Mancomunidad* como: Antigua y Barbuda, Bahamas, Barbados, Belice, Granada, Jamaica, Santa Lucía, San Cristóbal y Nieves y San Vicente y las Granadinas, por otro lado existen dos repúblicas de corte parlamentario como: Dominica y Trinidad y Tobago, por último una república de corte semipresidencial como lo es Guyana.

⁵ THE COMMONWEALTH. Declaration nº 1, de 28 de abril de 1949. London Declaration 1949: Commonwealth Prime Ministers Conference. 1. ed. London: The Commonwealth, 27 set. 2017. p. 1-1. Disponible en: <<https://web.archive.org/web/20120927031216/http://www.thecommonwealth.org/files/214257/FileName/TheLondonDeclaration1949.pdf>>. Consultado el: 12 jun. 2018.

⁶ THE COMMONWEALTH. The Commonwealth: Our history. 2018. Disponible en: <<http://thecommonwealth.org/our-history#12>>. Consultado el: 12 jun. 2018.

⁷ WALTERS, Mark D. Succession to the Throne and the Architecture of the Constitution of Canada. In: BÉDARD, Michel; LAGASSÉ, Philippe. *The Crown and Parliament*. Quebec: Thomson Reuters, 2015. Cap. 10. p. 263-292. Disponible en: <http://cspg-gcep.ca/pdf/the_crown_and_parliament_la_couronne_et_le_parlement_chapter_10.pdf>. Consultado el: 12 jun. 2018.

No resulta reiterativo aclarar que el monarca británico en la mancomunidad es solo el jefe de dicha organización y dicho puesto no es hereditario, la sucesión a dicho lugar es elegido por los jefes de Estado y de Gobierno de la Mancomunidad, tal y como sucedió a principios de 2018 en Londres. Durante la reunión de Jefes de Estado y de Gobierno, en dicha cumbre se decidió que *“The next Head of the Commonwealth shall be His Royal Highness Prince Charles, The Prince of Wales.”*⁸ (La próxima Cabeza de la Mancomunidad de Naciones será Su Alteza Real, el Príncipe Carlos, Príncipe de Gales).

Es importante destacar que existen dos miembros que no formaban parte del imperio o no tenían lazo alguno con el Reino Unido: Ruanda y Mozambique. Ambos Estados recientemente se incorporaron a la Mancomunidad, rompiendo el paradigma de exclusividad para antiguos miembros del imperio, con ello se ha abierto la puerta a que otros países que deseen adherirse a la organización mediante el cumplimiento de los criterios de adhesión, puedan hacerlo y se vean beneficiados de los planes y actividades que realiza la organización.

En cuanto a la organización, existen diversos órganos que permiten su funcionamiento, como la propia cabeza de la organización que actualmente es SM. La Reina Isabel II. También se encuentra dentro de los principales órganos de toma de decisiones los Jefes de Estado y de Gobierno y la Secretaria General quien es la representante de la organización.

La Mancomunidad hoy en día realiza diversos trabajos, dedicados al medio ambiente, comercio, democracia, creación de leyes justas y el mejor desenvolvimiento de la vida electoral de los Estados miembro. Siendo la región de América Latina prioritaria para la organización, puesto que en dicha región es donde se ha llevado a cabo un sin número de actividades, en pro del mejoramiento de la vida de dichos Estados lo cual se ve y se verá reflejado en la sociedad.

III Actividades de la mancomunidad de naciones en materia de derecho administrativo en los estados miembro de America Latina

En materia de Derecho Administrativo, la Mancomunidad de Naciones ha realizado diferentes tareas de apoyo a los Estados miembro de la región de América Latina, priorizando en cierta manera a algunos Estados que representan deficiencias que pueden ser saneadas si adoptan ciertas medidas procedentes de la organización, lo cual puede traducirse en un acierto en el Derecho Administrativo del Estado. Tal es el caso de Jamaica, donde la Mancomunidad presentó el *Supporting Jamaica's legal system*, (Apoyo al sistema legal de Jamaica), mediante dicho programa, la organización le propuso al Parlamento de Jamaica modificaciones a su sistema legal, entre otras, reformar la ley de Activos del Crimen, mediante enmienda, con el fin de crear dentro de la administración pública de Jamaica una oficina encargada de investigar y atender a las víctimas de los delitos de fraude y estafas.

Mediante dicho programa apoyado por el Fondo de la Mancomunidad de Cooperación Técnica y aprobado en 2012 por el Parlamento jamaicano, se reformó a un sector

⁸ COMMONWEALTH. Leaders Statement nº 1, de 20 de abril de 2018. *Commonwealth Heads of Government Meeting Leaders Statement 2018*. London: The Commonwealth, 22 abr. 2018. p. 1. Disponible en: <[https://www.chogm2018.org.uk/sites/default/files/CHOGM 2018 Leaders Statement.pdf](https://www.chogm2018.org.uk/sites/default/files/CHOGM%202018%20Leaders%20Statement.pdf)>. Consultado el: 12 jun. 2018.

de la administración pública, de manera específica al de impartición de justicia. Con ello se han obtenido resultados positivos “lo que ha afectado gravemente a varias redes delictivas. La iniciativa recuperó ‘listas de prospectos’, que contenían asombrosos 1,2 millones de nombres de clientes, sus direcciones y números de teléfono, [...] y se han incautado millones de dólares”.⁹

Por otro parte, en Belice se está llevando a cabo el *Institutional Strengthening and Capacity building of Belize’s Public Sector*, (Fortalecimiento institucional y desarrollo de capacidades del sector público de Belice), mediante dicho programa, auspiciado por la Mancomunidad desde 2015, se pretende reformar la administración pública del Estado, para que este pueda cumplir con los planes establecidos en su agenda 2010-2030.

Dicho programa busca impactar en casi toda la administración del gobierno de Belice, pero, de manera específica en el “Ministerio de Elecciones y Límites del Servicio Público, [...] y modernizar[lo] para crear un entorno propicio para el crecimiento y el desarrollo económico.”¹⁰ Así, los servicios que brinda el gobierno de Belice a su población serán más ágiles y de mejor calidad, pero sobre todo se podrá tener un mejor monitoreo de los mismos.

En cuanto a Granada, la Mancomunidad lleva a cabo el *Improving functional administration within Grenada’s Cabinet Office*, (Mejoramiento de la administración funcional dentro de la Oficina del Gabinete de Granada), por medio del cual se realiza una reforma a la “Oficina del Primer Ministro, especialmente la Secretaría del Gabinete, particularmente en el ámbito de la formulación de políticas, la implementación y el control de calidad, mientras se fortalece la capacidad institucional”.¹¹

Dicho cambio a las oficinas del Poder Ejecutivo de Granada, concretamente a las áreas dependientes del Primer Ministro, han traído como consecuencia mayor transparencia en las actividades y responsabilidades llevadas a cabo por el gobierno de “Su Majestad”, sobre todo en el área dedicada a la rendición de cuentas. Con ello, los ciudadanos pueden tener la seguridad que “se dio cumplimiento a esa responsabilidad”¹² y el dinero no fue malversado o se destinado para otra causa distinta a la que inicialmente se había establecido.

Bahamas, también ha recibido el apoyo de la Mancomunidad, mediante el programa *Institutional strengthening of the Attorney General’s Office in the Bahamas*, (Fortalecimiento institucional de la Procuraduría General en las Bahamas). El cual entró en vigor el 15 de junio de 2016 debido a que el sistema de administración de justicia penal, a cargo del Ministerio Público de Bahamas y de la Procuraduría General, que se encontraban saturados y su efectividad era precaria, generando una desaprobación notable por parte de la ciudadanía, la cual veía a su Poder Judicial en caos.

⁹ THE COMMONWEALTH. Our Work: Supporting Jamaica’s legal system. 2018. Disponible en: <<http://thecommonwealth.org/project/supporting-jamaicas-legal-system>>. Consultado el: 12 jun. 2018.

¹⁰ THE COMMONWEALTH. Our Work: Institutional Strengthening and capacity building of Belize’s public sector. 2015. Disponible en: <<http://thecommonwealth.org/project/institutional-strengthening-and-capacity-building-belizes-public-sector>>. Consultado el: 13 jun. 2018.

¹¹ THE COMMONWEALTH. Our WORK: Improving functional administration within Grenada’s Cabinet Office. 2014. Disponible en: <<http://thecommonwealth.org/project/improving-functional-administration-within-grenadas-cabinet-office>>. Consultado el: 13 jun. 2018.

¹² LÓPEZ, Sergio. La rendición de cuentas en México: perspectivas y retos. In: AYLLÓN, Sergio; MERINO, Mauricio. *La estructura de la rendición de cuentas en México*. Ciudad de México: CIDE, 2010. Cap. 1. p. 1-28.

Mediante dicho plan, se realizaron diversas reformas al Ministerio Público, a los Tribunales y a la Procuraduría General, estableciendo controles de seguimiento al actuar de las autoridades, incluso al más alto nivel dentro del Poder Judicial como el Tribunal Supremo de Justicia. Con ello, el número de casos que llegaron a una condena aumentó al 50% y

“la percepción pública del sistema de justicia penal ha mejorado. [...] y el Tribunal Supremo a fin de garantizar un menor número de aplazamientos, evitar retrasos y mejorar la tasa de condenas ha desarrollado y se está implementando la Política de Cuidados de Testigos”,¹³

todo lo anterior ha generado que el sistema sea más ágil y se espera que evolucione paulatinamente presentando cada vez mejores resultados.

En este contexto, debemos de reconocer que el nivel de desarrollo económico de algunos de los países latinoamericanos miembro y no miembro de la Mancomunidad es bajo, lo cual se refleja en las deficiencias de diversos sectores de la población en diversos ámbitos como en el educativo, la salud, el empleo, la seguridad social, entre otros. Dicho patrón negativo es descrito por algunos autores como “la radical división del mundo que se ha llamado con acierto en dos círculos, el círculo virtuoso de la riqueza y el círculo vicioso de la pobreza”,¹⁴ lo cual a medida que la riqueza sea mal distribuida el círculo vicioso seguirá creciendo y dañando cada vez más a la sociedad, impidiéndole un mejor desarrollo.

Por ello diversas organizaciones internacionales de carácter universal y regional han realizado programas para combatir dicho problema, en este sentido la Mancomunidad realizó un estudio en apoyo con los ministros de finanzas de los Estados miembros en 2009, para analizar cuáles podrían ser las mejores soluciones y con ello generar un apoyo a los países miembro en vías de desarrollo, muchos de ellos ubicados en la región de América Latina.

Finalmente, la Mancomunidad de Naciones ha puesto en marcha el *Strengthening financial sector regulation through Commonwealth institutional linkages*, (Fortalecimiento de la regulación del sector financiero a través de vínculos institucionales de la Commonwealth), el cual ha impactado a diversos miembros de la organización tanto europeos, asiáticos, africanos pero de manera específica para el presente artículo en la región de América Latina, dichos Estados son Santa Lucía, San Cristóbal y Nieves y San Vicente y las Granadinas.

El plan en el caso de San Vicente y las Granadinas, ha generado que diferentes agentes de la administración pública se capaciten en la supervisión de recursos financieros, pero sobre todo en materia de impuestos, lo cual puede y debe transmitirse en el mejoramiento del ente de la administración del Estado encargado de la fiscalización de los recursos públicos, lo cual será “la primera línea de defensa de la sociedad en contra de la corrupción o de las prácticas corruptas”.¹⁵

¹³ THE COMMONWEALTH. Our Work: Institutional strengthening of the Attorney General’s Office in the Bahamas. 2015. Disponible en: <<http://thecommonwealth.org/project/institutional-strengthening-attorney-generals-office-bahamas>>. Consultado el: 13 jun. 2018.

¹⁴ LÓPEZ ZAMARRIPA, Norka. *El Nuevo Derecho Internacional Público Teoría, Doctrina, Práctica e Instituciones: La desigualdad en la distribución del poder económico*. México: Porrúa, 2008. 658 p.

¹⁵ GÓMEZ MÁRQUEZ, Daniel. *La Función de Fiscalización: Avances, Retrocesos y Proyecciones a la luz de la Reforma de 2009*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013. p.205.

En cuanto a San Cristóbal y Nieves, el programa se ha centrado en mejorar la banca central del país, generando acciones “bancarias apropiadas [...] actualizadas e incrementadas en alcance para acomodar los deseos de Nevis de desarrollar un centro bancario internacional”,¹⁶ con ello el manejo de los recursos estará mejor administrado y tendrá controles más efectivos y con ello cumplir con el “servicio público esencial, cuyo interés no es otro que el de la nación.”¹⁷

Las actividades de la organización puede que se piensen menores, pero en muchas ocasiones, los países latinoamericanos no contaban con las normas más básicas de una correcta administración, por lo cual era necesario atender cosas tan elementales como el buen funcionamiento de la banca o del propio poder judicial, cosas que en Europa han sido superadas desde hace varias décadas.

Sin embargo, no se puede construir en la nada y es necesario que los Estados miembro solucionen sus problemas básicos para que puedan evolucionar e ir realizando actividades cada vez más complejas y de la mejor manera, al igual que otros países latinoamericanos que han superado algunos de los problemas antes mencionados y hoy se encuentran en un proceso de integración, donde no solamente nutren al derecho administrativo nacional sino a las normas administrativas internacionales.

IV Conclusión

En los últimos años hemos visto cómo se han roto paradigmas que creíamos establecidos e irrompibles. La historia nos ha demostrado que nada es eterno y que toda creación humana de la índole que sea, debe evolucionar para adaptarse o perecer. Las creaciones del derecho, la política, la administración de gobierno, las formas de Gobierno y por supuesto las organizaciones internacionales, son producto de la mente humana, por lo cual deben estar en una constante actualización o perecer.

Hemos visto como instituciones que creíamos inquebrantables como la Unión Europea hoy en día se encuentra al borde de la ruptura. Reino Unido fue el primero en separarse, dicho fenómeno era inesperado y se hizo visible en 2016 con el *Brexit*, en el cual, el gobierno británico de “Su Majestad”, a cargo del Primer Ministro Conservador David Cameron, sometió a referéndum la decisión sobre la permanencia del Estado británico en la Unión Europea, tras un reñido resultado los ciudadanos británicos votaron por abandonar la Unión, y consecuentemente el gobierno de Su Majestad se vio obligado a activar el artículo 50 del Tratado de la Unión Europea; dando paso a un proceso difícil de separación entre Londres y Bruselas sumado a un cambio en el propio gobierno británico.

Las razones que motivaron su salida merecen un análisis multidisciplinario, pero entre las más destacables está que los órganos comunitarios decidían en su plena función sobre las políticas comunes de la organización, las cuales afectan a los intereses directos de la nación británica, ello sumado a fuertes sumas económicas en aportaciones por parte

¹⁶ THE COMMONWEALTH. Our WORK: Strengthening financial sector regulation through Commonwealth institutional linkages. 2015. Disponible en: <<http://thecommonwealth.org/project/strengthening-financial-sector-regulation-through-commonwealth-institutional-linkages>>. Consultado el: 13 jun. 2018.

¹⁷ ÁLVAREZ LAVERDE, Juan Manuel. *La Función de la Banca Central*. 2007. 224 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Economía, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2006.

del Reino Unido a la UE, las cuales son destinadas en gran medida al rescate financiero de España y Grecia, además de una fuerte crisis migratoria que afecta a diversos sectores, como el laboral, salud, educación entre otros.

Hoy en día vemos que el sentimiento de abandonar la Unión ha esparcido, y países como Italia o Francia han estado a punto de abandonar dicha integración, tirando por la borda el trabajo de décadas de construcción y progreso. Como hemos señalado, nada está escrito, pero ante los retos que representa la comunidad internacional, la mejor apuesta de los Estados debe ser la cooperación internacional y el mejor uso de las relaciones internacionales.

El aislacionismo no trae consigo nada bueno, por el contrario representaría un retroceso en todos los niveles de la actividad estatal, debe entenderse que las acciones colectivas son aquellas que tienden a tener un mejor y mayor impacto sobre la sociedad y sobre el individuo. Por ello resulta importante ver a la Mancomunidad de Naciones como una opción viable y sólida para realizar las tareas internacionales y nacionales que la población demanda a la administración de cada Estado y con ello romper un paradigma más.

Tal vez en un futuro veamos a naciones que nunca nos imaginamos integrarse a la organización, como México u otro país latinoamericano.

Referencias

ÁLVAREZ LAVERDE, Juan Manuel. *La función de la banca central*. 2007. 224 f. Dissertação (Mestrado) - Curso de Economía, Pontificia Universidad Javeriana, Bogotá, 2006.

COMMONWEALTH. Leaders Statement n° 1, de 20 de abril de 2018. Commonwealth Heads of Government Meeting Leaders Statement 2018. London: The Commonwealth, 22 abr. 2018. Disponible en: <https://www.chogm2018.org.uk/sites/default/files/CHOGM_2018_Leaders_Statement.pdf>. Consultado el: 12 jun. 2018.

FERGUSON, Niall. *El Imperio Británico: Cómo Gran Bretaña forjó el orden mundial*. Barcelona: Debate, 2011. Título original: Empire. How Britain Made the Modern World.

GÓMEZ MÁRQUEZ, Daniel. *La Función de Fiscalización: Avances, Retrocesos y Proyecciones a la luz de la Reforma de 2009*. Ciudad de México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.

GUIMÓN, Pablo. *El Traje nuevo del Imperio*. El País. Ciudad de México, 20 abr. 2018.

INTER IMPERIAL RELATIONS COMMITTEE. Declaration n° 26, de noviembre de 1926. Declaration: Balfour Declaration 1926. 146. ed. Balfour: Imperial Conference, nov. 1926. n. 129. Disponible en <https://www.foundingdocs.gov.au/resources/transcripts/cth11_doc_1926.pdf>. Consultado el: 12 jun. 2018.

LÓPEZ, Sergio. La rendición de cuentas en México: perspectivas y retos. In: AYLLÓN, Sergio; MERINO, Mauricio. *La estructura de la rendición de cuentas en México*. México: CIDE, 2010. Cap. 1.

LÓPEZ ZAMARRIPA, Norka. *El Nuevo Derecho Internacional Público Teoría, Doctrina, Práctica e Instituciones: La desigualdad en la distribución del poder económico*. México: Porrúa, 2008.

MAKAROVA, E. *Transformation of Constitutional status: British Dominions in the first half of the 20th Century*. Terrahumana, San Petersburgo, v. 2, 2008. Trimestral. Disponible en: <http://www.terrahumana.ru/arhiv/08_02/08_02_02.pdf>. Consultado el: 12 jun. 2018

THE COMMONWEALTH. Declaration n° 1, de 28 de abril de 1949. London Declaration 1949: Commonwealth Prime Ministers Conference. London: The Commonwealth, 27 set. 2017. Disponible en: <<https://web.archive.org/web/20120927031216/http://www.thecommonwealth.org/files/214257/FileName/TheLondonDeclaration1949.pdf>>. Consultado el: 12 jun. 2018.

THE COMMONWEALTH. *The Commonwealth: Our history*. 2018. Disponible en: <<http://thecommonwealth.org/our-history#12>>. Consultado el: 12 jun. 2018.

THE COMMONWEALTH. Our Work: Supporting Jamaica's legal system. 2018. Disponible en: <<http://thecommonwealth.org/project/supporting-jamaicas-legal-system>>. Consultado el: 12 jun. 2018.

THE COMMONWEALTH. Our Work: Institutional Strengthening and capacity building of Belize's public sector. 2015. Disponible en: <<http://thecommonwealth.org/project/institutional-strengthening-and-capacity-building-belizes-public-sector>>. Consultado el: 13 jun. 2018.

THE COMMONWEALTH. Our Work: Improving functional administration within Grenada's Cabinet Office. 2014. Disponible en: <<http://thecommonwealth.org/project/improving-functional-administration-within-grenadas-cabinet-office>>. Consultado el: 13 jun. 2018.

THE COMMONWEALTH. Our Work: Institutional strengthening of the Attorney General's Office in the Bahamas. 2015. Disponible en: <<http://thecommonwealth.org/project/institutional-strengthening-attorney-generals-office-bahamas>>. Consultado el: 13 jun. 2018.

THE COMMONWEALTH. Our Work: Strengthening financial sector regulation through Commonwealth institutional linkages. 2015. Disponible en: <<http://thecommonwealth.org/project/strengthening-financial-sector-regulation-through-commonwealth-institutional-linkages>>. Consultado el: 13 jun. 2018.

WALTERS, Mark D. Succession to the Throne and the Architecture of the Constitution of Canada. In: BÉDARD, Michel; LAGASSÉ, Philippe. *The Crown and Parliament*. Quebec: Thomson Reuters, 2015. Cap. 10. Disponible en: <http://cspg-gcep.ca/pdf/the_crown_and_parliament_la_couronne_et_le_parlement_chapter_10.pdf>. Consultado el: 12 jun. 2018.

Informação bibliográfica deste texto, conforme a NBR 6023:2002 da Associação Brasileira de Normas Técnicas (ABNT):

GUTIÉRREZ, Luis Miguel. Los aciertos del derecho administrativo en los estados miembro de la mancomunidad de naciones en América Latina. In: GALLO, William Iván et al. (Coord.). *Derecho Administrativo para el siglo XXI: hacia el garantismo normativo y la transparencia institucional*. Belo Horizonte: Fórum, 2018. p. 431-439. ISBN 978-85-450-0569-8.

CONCLUSIÓN GENERAL

El derecho es dúctil en su esencia, se mantiene en constante evolución sin variar en su ritmo de crecimiento. Esta obra materializa los aciertos y desaciertos que el derecho administrativo ha presentado en el siglo XXI. Los artículos que se han incorporado, provienen de diversas ópticas, generando debate y una serie de enfoques sobre las problemáticas que han suscitado en varios países de Latinoamérica en la materia.

En el primer capítulo, se analiza la relación entre el derecho constitucional y el derecho administrativo, dos materias que históricamente han perdurado, y que, a manera de semejanza, han logrado regular las relaciones entre los ciudadanos con el Estado. Se genera la interrogante ¿cuándo es arbitraria la administración pública?, y se genera un espacio de discusión sobre la vinculación entre los derechos fundamentales y la rama del derecho objeto de estudio, comprendiendo los cambios que han dado con el tiempo y el espíritu legislativo en ellos.

En el segundo capítulo, se entiende a la garantía de los derechos humanos y su relación con la administración pública. Resulta refrescante analizar la inmersión de los derechos humanos con la corrupción institucional, entender los alcances de la garantía de la dignidad humana como un concepto que debe ser vigente en el ejercicio de la administración pública. A su vez, obtener una comprensión acerca de lo que significa en realidad una buena administración pública y la implicación de la flexibilización de la soberanía en la protección de derechos fundamentales.

En el tercer capítulo, se ha puesto en evidencia ciertas cuestiones primordiales en torno al procedimiento administrativo en diversas legislaciones latinoamericanas, con una especial atención a Ecuador, gracias a la expedición del Código Orgánico Administrativo: ¿cómo se limita al silencio administrativo?, ¿cómo opera la caducidad?, ¿cómo se prueban los hechos?, entre otras interrogantes, que incluyen situaciones en torno a la responsabilidad estatal.

En el cuarto capítulo, se analiza a la contratación pública, con mención a situaciones de relevancia, como la sostenibilidad ambiental, la democratización de la propiedad pública, y la responsabilidad estatal pero de carácter contractual. La negociación, contratación y posterior ejecución contractual con el Estado es un tema de carácter general, que a la larga genera una afectación o beneficio colectivo, y que se debe fortalecer, a fin de evitar la proliferación de corrupción, que en la actualidad es común y lamentable.

En el quinto capítulo, se revisa a profundidad la efectividad de los mecanismos de control en la administración pública, evitar arbitrariedad, prevenir actos ilegítimos,

la existencia de funcionarios públicos sin una visión de servicio y que coadyuven a mantener una corrupción sistematizada que afecte al bien común, haciendo énfasis en un problema de carácter institucional.

Finalmente, se hace una visión innovadora y fresca sobre las nuevas tendencias del derecho administrativo, estableciendo sus retos, evolución, mancomunidad y cooperativismo.

Contar con una visión juvenil acerca de una rama del derecho que existe desde hace un periodo de tiempo considerable es fructífero y gratificante porque enseña que con trabajo fuerte y dedicación se puede cambiar el mundo. Por medio de la presente obra, se exalta ese espíritu investigativo de los juristas de Latinoamérica, a fin de que siempre formen su criterio y sean motores para que todas las fortalezas del derecho administrativo se mantengan, y que todas sus debilidades sean reformadas, porque en la juventud se encuentra el cambio.

Fabara & Compañía Abogados C.L.

Ecuador

ABCARIUS, Lisa

Abogada del Área de Litigio y Solución de Conflictos de Fabara & Compañía Abogados (Ecuador) y Secretaria General de la Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo, graduada en la Universidad de las Américas (Ecuador), estudiante del Máster Universitario en Derecho Penal Económico de la Universidad de la Rioja (España), y del Experto Universitario en Técnicas de Litigación Oral de la misma casa de estudios. Correo electrónico: abcariuslisa@gmail.com

ALBÁN GUATO, Kevin Arney

Estudiante de la carrera en Derecho en la Facultad de Jurisprudencia, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador. Ha realizado prácticas pre profesionales en los Consultorios Jurídicos Gratuitos de la UCE, sector “la Galápagos” y ha colaborado en el Consorcio Jurídico Empresarial. Dra. María del Carmen Ojeda de Larco.

BECILLA, Carlos Ernesto

Magíster en Derecho de Empresas Universidad Católica de Santiago de Guayaquil, Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República del Ecuador (mención en Derecho Económico) por la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil. Actualmente es estudiante de Maestría en Derecho Administrativo y Contratación Pública Universidad Andina Simón Bolívar. Cursó Diplomado en Asociaciones Público Privadas para el Desarrollo del Tecnológico de Monterrey.

BENMERGUI, Joaquín Gabriel

Estudiante y cientibecario de la facultad de Derecho de la Universidad Nacional del Litoral. Miembro del CAI+D “La tutela del mínimo para una existencia digna en la Administración Pública del Siglo XXI”. Contacto: joaquin.benmergui@gmail.com.

BRITO, Xelha

Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, autora de artículos en revistas nacionales e internacionales, ponente en congresos del mismo carácter, presidenta de la Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo. Actualmente se desempeña como asistente de investigación del Dr. Jorge Fernández Ruiz en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y colaboradora de la Revista de la Facultad de Derecho de México.

CASTRO, Rodrigo Pironti Aguirre de

Pós-doutor em Direito pela Universidad Complutense de Madrid (Espanha). Doutor em Direito Econômico pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Mestre em Direito Econômico e Social pela mesma instituição. Especialista em Direito Administrativo pelo Instituto de Direito Romeu Felipe Bacellar. Especialista em Direito Empresarial pela Pontifícia Universidade Católica do Paraná (PUC-PR). Professor da Universidade Positivo-UP. Ex-Procurador-geral do Município de Pinhais. Ex-presidente da Comissão de Gestão Pública da Ordem dos Advogados do Brasil, seção Paraná. Membro fundador do Instituto de Estudios Avanzados en Derecho Administrativo. Professor convidado em diferentes Universidades de Espanha, México, Brasil, Argentina, Itália, etc. Advogado fundador do Pironti Advogados.

CENTENO, Paúl Alejandro

Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República, con maestría en Gestión Pública y Especialista en Derecho con mención en Abogacía del Estado. Socio Director de CENTENO Firma de Abogados patrocinando empresas y personas naturales. En 2014 fue Asesor Jurídico y Responsable de Compras Públicas del Hospital Básico 11 BCB Galápagos, en 2016 Asesor Jurídico de la Coordinación Zonal 3 del Ministerio del Deporte.

CID, Javiera

Estudiante de Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Ayudante de Derecho Constitucional, Departamento de Derecho Público de la misma casa de Estudios.

FÁCIO, Rafaella Nátaly

Graduanda em Direito do Estado pela Universidade Federal do Paraná (Curitiba-PR, Brasil). Membro-fundadora e Secretária Executiva da Red Iberoamericana Juvenil Derecho Administrativo. Pesquisadora no Programa de Iniciação Científica na Pró-Reitoria de Pesquisa e Pós-Graduação – IC-PRPPG/UFPR. E-mail: rafaellafacio@gmail.com.

FERNÁNDEZ, Paolo

Estudiante del último ciclo de la Pontificia Universidad Católica del Perú

GALLO, William Iván

Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, asistente de investigación del Departamento de Derecho del Medio Ambiente de la misma casa de estudios. Vicepresidente de la Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo, miembro del semillero en Compras Públicas de la Universidad Externado de Colombia. Autor de diferentes artículos sobre Derecho Público en América Latina.

GARCÍA, Raquel Fernanda

Licenciada en Derecho por la Facultad de Derecho, Campus Mexicali, Universidad Autónoma de Baja California. Ha sido ponente en diversos congresos nacionales e internacionales, miembro fundador de la Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo y tesorera de la misma. Actualmente es asistente de Investigación de la Dra. Marina del Pilar Olmeda García, en la Facultad de Derecho Campus Mexicali, de la Universidad Autónoma de Baja California.

GUTIÉRREZ, Luis Miguel

Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, ha colaborado en diversos trabajos de investigación en la disciplina de derecho internacional público. Ha sido ponente en eventos internacionales. Correo electrónico: gutierrezgarcialuism@gmail.com

HUDSON, Tomás

Estudiante de Derecho en la Universidad Adolfo Ibáñez, Chile. Actualmente es ayudante en las cátedras de Razonamiento Jurídico y Derecho Constitucional.

MARTÍNEZ, Francisco Javier

Alumno de la Licenciatura en Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Ha trabajado en diferentes despachos mexicanos, dependencias de gobierno y ponente en congresos nacionales e internacionales. Es uno de los miembros fundadores de la Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo.

MARTÍNEZ, Issac Roberto

Egresado y Consejero Técnico de la Facultad de Derecho UNAM; Fundador y Secretario General Ejecutivo de la Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo (RIJDA); Actividades de apoyo a la investigación en instituciones de educación superior, destacan Facultad de Ciencias Políticas y Sociales, Instituto de investigaciones Jurídicas UNAM, y UAM; Apoyo en actividades de investigación en Derecho Constitucional en la Universitat Pompeu Fabra, Barcelona España, Formación en el seminario internacional Oral Adversarial Skill Building Immersion Summer, por The University of San Diego, California, USA. Orientación en teoría política y derecho público; áreas de interés: derecho constitucional, derechos humanos, derecho electoral y administrativo, elecciones, democracia, participación ciudadana. Correo Electrónico: roberto17mb@gmail.com Twitter: @IssacMtzBarraza

MATURANA, Andrea

Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás de Santiago de Chile. Ayudante de cátedra del profesor Gonzalo Ruz Lártiga.

MATUS, Karla Paulina

Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM), con especialidad en Derecho Constitucional. Su trabajo se enmarca en la investigación y ejecución de proyectos relacionados con las cooperativas de ahorro y préstamos en su incidencia social y económica. Se desempeña como asesora en procesos de contratación de entidades privadas a escala global.

MENDOZA, Alfonso

Asistente de investigación en Cuestiones Constitucionales Revista Mexicana de Derecho Constitucional del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM

MOLINA, Mario

Estudiante de la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México. Miembro fundador de la Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo. Contacto: mmolinah95@gmail.com

MUNDACA, Bernardo

Estudiante de la Facultad de derecho de la Universidad de Chile. Se desempeñó como ayudante de los profesores Fernando Atria Lemaitre en la cátedra de Introducción al Derecho, Juan Ormeño Karzulovic en la cátedra “Lógica de las Normas” y “Filosofía de la Moral”. Asimismo, del profesor Sebastian Figueroa Rúbio en la Universidad Adolfo Ibañez con la cátedra “Acción y Responsabilidad discusiones en torno al pensamiento de H.L.A Hart”. Actualmente contribuye en la cátedra de “Razonamiento Jurídico” en la Universidad Adolfo Ibañez. Autor de diversos artículos a nivel nacional e internacional, colaborador en traducciones así como asistente en diferentes congresos.

NASCIMENTO NETO, José Osório do

Professor de Direito Administrativo na UFPR, Estácio e UniBrasil. Pós-doutorando em Direito Político pela Universidade MACKENZIE/SP. Doutor e Mestre em Direito Econômico e Social pela PUC/PR. Especialista em Direito Público pela UCAM/RJ. Advogado. Membro da Comissão de Educação Jurídica da OAB/PR. Contato: osorio.nascimento@gmail.com.

OYARCE, Natalia

Estudiante de Derecho en la Facultad de Derecho de la Universidad Santo Tomás, Santiago, Chile. Actualmente es ayudante-alumna en la Catedra Quiebras con el Profesor Gonzalo Ruz Lártiga.

OYUELA, Bradis Oswaldo

Estudiante de la carrera de Derecho y Sociología de la universidad Nacional Autónoma de Honduras. Miembro propietario del Consejo Juvenil del Gobierno Abierto 2016-2017, Cursó diplomados en Gobierno abierto, Derecho Electoral, Cultura y Paz en el Instituto Universitario de Democracia y Paz.

PAVÓN, Ignacio

Estudiante de la carrera en Derecho en la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso. Fue procurador en el área corporativa del estudio jurídico Eluchans Abogados y Cía. SpA. Actualmente se desempeña como ayudante de Cátedra de Derecho Administrativo y es miembro del Semillero de Derecho Procesal de la PUCV.

SANABRIA, Alejandro

Egresado de la Facultad de Derecho de la Universidad Externado de Colombia, participante en el grupo de investigación de la Cátedra UNESCO en la misma casa de estudios. Autor de diferentes artículos sobre Derechos Humanos y Responsabilidad del Estado, publicados en México, Perú y Colombia. Contribuye activamente en el grupo de divulgación académica del Circulo de Derecho Administrativo de la Pontificia Universidad Católica del Perú.

SANTOS, Priscila Beppler

Advogada. Bacharel em Direito pelo UNICURITIBA - Centro Universitário Curitiba. Membro-fundadora da Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo. Foi pesquisadora-bolsista do PIBIC Programa Institucional de Bolsas de Iniciação Científica/CNPq (2015-2016) pelo Projeto de Iniciação Científica: Dever-Poder Sancionador com Limites para as Microempresas e Empresas de Pequeno Porte nos Contratos Administrativos e Integrante do Grupo de Pesquisa: Intervenção do estado e da administração pública no domínio econômico e social: políticas públicas com vistas à promoção do desenvolvimento nacional sustentável (da sanção punitiva à sanção premial), liderado pelo Prof. Dr. Daniel Ferreira. Tem experiência na área de Direito, com ênfase em Direito Administrativo e Direito Civil. Email: pribeppler@hotmail.com

SCHIAVI, Pablo

Doctor en Derecho y Ciencias Sociales por la Facultad de Derecho de la Universidad de la República Oriental del Uruguay. Máster en Derecho Administrativo Económico por la Universidad de Montevideo (UM). Profesor Adjunto Grado 3 (I) de Derecho Público II y III (Derecho Administrativo y Derecho Procesal Constitucional, respectivamente) en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor Ayudante Grado 1 (I) de Derecho Público I y III (Derecho Constitucional y Derecho Procesal Constitucional, respectivamente) en la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Profesor de “Información Pública y Datos Personales”; de “Protección de Datos Personales en Salud “E Salud”; y de “Protección de Datos Personales Tributarios y Bancarios” en el Máster de Derecho Administrativo Económico (MDAE) en la Facultad de Derecho en la Universidad de Montevideo. Profesor de “Datos Personales en Salud” en el Máster en Dirección de Empresas de Salud (MDES) en la Escuela de Negocios de la Universidad de Montevideo (IEEM). Profesor de “Derecho de la Información” y de “Investigación y Documentación” en la Facultad de Comunicación de la Universidad de Montevideo. Profesor Asistente de “Procedimientos Administrativos” en el Máster de Derecho Administrativo Económico (MDAE) en la Universidad

de Montevideo. Diplomado en Desarrollo y Financiamiento de Infraestructuras por la Universidad Politécnica de Madrid. Certificado en Prevención del Lavado de Dinero y Financiamiento del Terrorismo por el Isede y la Facultad de Derecho de la Universidad Católica del Uruguay “Dámaso Antonio Larrañaga”. Miembro del Instituto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Universidad de la República. Miembro Titular de la Asociación Derecho Público del Mercosur. Coordinador de Estudios de Derecho Administrativo de la Editorial La Ley Uruguay - Thomson Reuters. Coordinador Nacional por Uruguay de la Red Iberoamericana de Contratación Pública (REDICOP). Miembro de la Red Internacional de Bienes Públicos (RIBP). Asesor Director en la Oficina de Planeamiento y Presupuesto (OPP), Presidencia de la República, Uruguay. Consultor y Asesor Corporativo Data Privacy. Autor de libros y artículos sobre temas de su especialidad. <https://www.linkedin.com/in/pabloschiavi/>; psschiavi@hotmail.com.

URTUBIA, Francisco

Ayudante ad honorem de los cursos Derecho Administrativo I y II dictados por la profesora Gladys Camacho en la Facultad de Derecho de la Universidad de Chile, y de las cátedras de Derecho Constitucional y de Derecho Administrativo I con el profesor Francisco Zambrano en la Facultad de Administración y Economía de la Universidad de Santiago de Chile. Correo electrónico de contacto: francisco.urtubia@derecho.uchile.cl.

VALVERDE, Gianpierre

Investigador ordinario del Grupo de Investigación en Derecho Administrativo (GIDA). Bachiller en Derecho por la Pontificia Universidad Católica del Perú. Profesor Adjunto de Derecho Administrativo de la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro fundador de la Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo. [<gvalverde@pucp.pe>](mailto:gvalverde@pucp.pe)

WINCARDT, Rafael Balbinotte

Advogada, Bacharel em Direito pela Universidade Federal do Paraná, membro-fundadora da Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo. E-mail: rafawincardt@gmail.com.