

LOS RETOS DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO
EN CONTEXTOS ORDINARIOS
Y EXTRAORDINARIOS
UNA VISIÓN DE LA JUVENTUD
IBEROAMERICANA



María Guadalupe Fernández Ruiz
Emigdio Julián Becerra Valenzuela
Antonio Rosalío Rodríguez Berrelleza
Coordinadores

MARÍA GUADALUPE FERNÁNDEZ RUIZ
EMIGDIO JULIÁN BECERRA VALENZUELA
ANTONIO ROSALÍO RODRÍGUEZ BERRELLEZA
Coordinadores

LOS RETOS DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO EN
CONTEXTOS ORDINARIOS
Y EXTRAORDINARIOS
UNA VISIÓN DE LA JUVENTUD
IBEROAMERICANA

ARTIFICIOS UNIVERSIDAD
SERIE DIVULGACIÓN

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE BAJA CALIFORNIA
Facultad de Derecho Mexicali

Dra. Ana Edith Canales Murillo
Directora

Mtro. Roberto Villa González
Subdirector

Mtra. Elizabeth García Espinoza
Administradora

Dr. Pablo Latorre Rodríguez
Coordinador de Investigación y Posgrado

Dra. María Salomé Magaña Martínez
Coordinadora de Formación Profesional

Dr. Luis Xavier Garavito Torres
Coordinador de Extensión y Vinculación

Esta publicación ha sido arbitrada por pares académicos

©María Guadalupe Fernández Ruiz
©Emigdio Julián Becerra Valenzuela
©Antonio Rosalío Rodríguez Berrelleza

Primera edición: Marzo de 2022

D.R. ©Universidad Autónoma de Baja California
D.R. ©Editorial Artificios
ISBN: 978-1-947921-87-0

Edición: Leobardo Sarabia / Metro Editores
Formación y diseño de portada: Raymundo Larios

Impreso y hecho en México
Prohibida su reproducción por cualquier medio mecánico
o electrónico sin la autorización escrita del editor.

MARÍA GUADALUPE FERNÁNDEZ RUIZ
EMIGDIO JULIÁN BECERRA VALENZUELA
ANTONIO ROSALÍO RODRÍGUEZ BERRELLEZA
Coordinadores

LOS RETOS DEL DERECHO
ADMINISTRATIVO EN
CONTEXTOS ORDINARIOS
Y EXTRAORDINARIOS
UNA VISIÓN DE LA JUVENTUD
IBEROAMERICANA



PRÓLOGO

Jorge Vargas Morgado

“No hay deseo más natural que el del conocimiento”,¹ es la impecable e irrefutable afirmación de Michel Eyquem de Montaigne, en ella se encuentra involucrada la función natural, química, que distingue al humano dentro del elenco riquísimo de seres vivos, el pensamiento, la búsqueda de la consciencia y de la consciencia misma, de la construcción del esquema epistémico, del sistema ético, del método lógico, de la autopercepción antropológica, de la ubicación histórica, en fin, todo aquello que integra la búsqueda del saber y del saber mismo.

Encontramos en la estupenda obra de Gustavo Zagrebelsky, *En contra de la ética de la verdad*, el siguiente reto: “Contra la ética de la verdad significa *a favor* de una ética de la duda. Más allá de las apariencias. La duda no es en absoluto contraria a la verdad. En cierto sentido implica su afirmación, un homenaje a la verdad”.²

La duda pues, la pregunta incesante, son la energía inagotable que dinamiza el natural deseo de saber, propio exclusivamente de la humanidad como especie; esto es una gran dicha, y, a la vez, una gran responsabilidad, esta última recae, principalmente y casi totalmente en los investigadores, en los académicos que dedican todo o parte de su tiempo a la enseñanza, a la investigación o a la difusión del conocimiento.

En el investigador descansa la esperanza en un mundo mejor,

1 Michel Eyquem de Montaigne. *De la experiencia y otros ensayos*. Barcelona. Folio. 2007. p. 45.

2 Gustavo Zagrebelsky, *Contra la ética de la verdad*. Madrid. Editorial Trotta. 2010. p. 9.

porque se encuentra ajeno al muy deteriorado ambiente político y partidista y se ubica en un espacio todavía libre de la conveniencia política, en la Universidad.

La búsqueda de respuestas es incompatible con la imposición de ideologías; no es infrecuente que se intente manipular la investigación científica, pero es sistémicamente imposible porque su esencia es la duda, es la búsqueda, es la soberbia fe en que las cosas pueden ser mejores, todo lo cual es contrario a la contemporización política.

Isaac Asimov propone que: “Desde los días de Newton, la ciencia ha tenido una confianza en sí misma que jamás ha vuelto a decaer”.³ Este aserto es puntual y exacto, la investigación científica tiene un aliento permanente y esa certeza de que es posible un mundo mejor.

La ciencia del Derecho tiene un permanente reto, regresemos con Montaigne, nos dice que: “Nada hay tan grave, vasta y ordinariamente defectuoso como las leyes”⁴, esta frase no es un juego del ingenio, era una realidad en su época y es una realidad agravada en el presente.

Las leyes, así se trate de un producto dictatorial o de uno democrático, son textos imperfectos, carentes de visión sistémica, de lógica, de lingüística jurídica competente, todo lo cual nos impone la disciplina de su estudio y, fundamentalmente, su crítica. Porque como expone Santo Tomás de Aquino: *Luego es necesario que la ley ante todo se dirija al orden de la felicidad*,⁵ de tal suerte que es una exigencia perenne el hacer la crítica racional práctica de la legislación, señalando inconsistencias, ineficien-

3 Isaac Asimov, *Momentos estelares de la ciencia*. Madrid. Alianza Editorial. 1ª edición, 10ª reimpresión. 2010. p. 42.

4 Michel Eyquem de Montaigne, op. cit. p. 56.

5 Santo Tomás de Aquino. *Tratado de la ley*. México. Porrúa. Colección “Sepan cuantos ...” número 301. 1975. P. 5.

cias y desaciertos.

Niklas Luhmann propone el concepto de *autopoiesis*⁶ de la ley, se modo que “El Derecho sería un sistema que se autorregula y se autorreproduce al margen, en cierto modo, del sistema social”.⁷

En sentido paralelo, Benjamín N. Cardozo, el paradigmático juez de la Suprema Corte norteamericana afirma lo mismo, pero en relación con las resoluciones judiciales: “Todo juicio tiene un poder generativo,”⁸ es decir, es el ejercicio de la actividad jurisdiccional generación de criterios jurídicos.

Es decir, la legislación, en manos de sus perpetradores y de sus intérpretes, entra en una inercia de crecimiento desmedido, siempre a costa de los derechos fundamentales de las personas.

Este fenómeno, evidente y, en gran medida, inevitable, debe se limitable, por efecto, mayormente, de la investigación académica, de no existir un contrapeso a la actividad institucional generadora de derecho, sea como norma o como interpretación ejecutiva de la misma, el resultado sería y, de hecho, es la dictadura. Paolo Grossi expone de manera difícilmente cuestionable que:

El derecho moderno está marcado por su esencial vinculación con el poder político que aparece como un mandato de un superior a un inferior -de arriba a abajo-, visión imperativa que lo identifica con una norma, es decir, con una regla autorizada y autoritaria ...⁹

6 Vocablo que proviene de αὐτός *autós* “por sí mismo” y ποιητικός *poiētikós* “(producir), que se genera a sí mismo.

7 Manuel Atienza. *Podemos hacer más. otra forma de pensar el derecho*. Madrid. Pasos Perdidos. 2013. pp. 16-17.

8 Benjamin N. Cardozo, *The nature of the judicial process*. New Orleans. Quid Pro Laws Books. 2010. p. 9.

9 Paolo Grossi. *Mitología jurídica de la modernidad*. Madrid. Editorial Trotta. 2003. p. 16.

Este es evidentemente un vicio vivo y agresivo, por vías institucionales y legales, soterradamente, los órganos públicos van creciendo funcional y competencialmente a costa de los derechos fundamentales, hecho ya gravemente arraigado en el derecho administrativo, en el que a base de argucias como el *interés público* se motiva cualquier atropello al espectro jurídico subjetivo.

La batalla se encuentra en manos de la investigación, de ahí la relevancia del V Congreso Internacional Estudiantil de Derecho Administrativo, celebrado en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Baja California, en el mes de octubre de 2020 y del Foro de Jóvenes Administrativistas que se llevó a cabo simultáneamente.

Los eventos del que proceden los ensayos incluidos en la presente edición son el producto de la investigación científica jurídica de un conjunto de jóvenes inquietos y creativos de Iberoamérica que han dado cauce a las dudas y a las consecuentes preguntas acerca del Derecho administrativo, que llevan como propósito la construcción de un Derecho sistematizado.

El filósofo del derecho Juan José Bremer, maestro mexicano, nos dice que, para Herbert Spencer, la ciencia es un conocimiento parcialmente unificado y, en paralelo, para Edmund Husserl, la ciencia es un conjunto de actos de saber en conexión sistémica¹⁰, de modo que los jóvenes autores de esta obra han ejercitado la necesaria la investigación ordenada y sistematizada.

En esa dirección, el Congreso convocado por las Facultades de Derecho de las Universidades Autónomas Nacional y de Baja California; por la Red Iberoamericana Juvenil de Estudiantes de Derecho Administrativo -formada durante el II Congreso de la

10 Juan José Bremer Barrera, *El panorama del conocimiento jurídico*. México. Asociación Nacional de Abogados. 1985. p. 11.

serie- y por la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo, desahogó un compacto programa de ponencias de estudiantes de Derecho que expusieron el fruto de sus investigaciones, en ponencias que fueron metodológicamente dictaminadas, alcanzando un nivel técnico muy alto, contribuyendo a la mejor y más útil comprensión de distintos retos que el apasionante ámbito del Derecho administrativo nos ofrece, proponiendo diagnósticos y rutas que enriquecen mucho la ciencia jurídica.

Con entusiasmo puede el lector emprender el recorrido de los textos incluidos en esta edición en la que encontrará un piélago de sugerentes e ingeniosos puntos de vista que propiciarán la serena reflexión.

EL ACTO ADMINISTRATIVO

Jorge Fernández Ruiz*

Un equipo científico ha descubierto recientemente, a 12.000 millones de años luz, una galaxia más distante de características similares a la Vía Láctea, se trata de un suceso de los muchísimos que ocurren cotidianamente en el universo, pero este suceso no todos lo podemos percibir por ser un acontecimiento imperceptible para la inmensa mayoría de la población mundial.

Ningún ser humano puede conocer los sucesos mentales ajenos, o sean, los pensamientos de los demás individuos, en tanto no se exterioricen, por lo que no me ocuparé de ninguno de ellos en este ensayo, sino sólo de los que ocurren en nuestro mundo y que podamos percibir por medio de los sentidos, los cuales son susceptibles de separarse en dos grandes grupos: los que son producidos por la naturaleza, y los que son llevados a cabo por las personas, sean éstas físicas o jurídicas; para distinguirlos, denominaremos *hecho* al suceso generado por la naturaleza, y reservaremos el nombre de *acto* para referirnos al producido por las personas.

I. EL HECHO

En este orden de ideas, se puede entender por *hecho*, todo acontecimiento ocurrido por la acción o inacción de la naturaleza,

* Abogado por la Universidad de Guadalajara. Economista, Maestro y Doctor en Derecho por la UNAM. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores Nivel III del CONACYT. Autor de más de 30 obras y se han publicado 8 obras en su homenaje.

así, la caída de una hoja de un árbol situado en un acantilado en la costa, es un hecho, lo mismo que la caída de todo el árbol, e incluso la caída de todo el acantilado, pueden ser obra de la naturaleza, cuando la hoja cae por la sola acción del viento, o en el caso de que el árbol es derribado por efecto de un ciclón, o en el supuesto de que el acantilado desaparece en el mar a consecuencia de un tsunami; en los tres casos estaríamos frente a sendos sucesos generados por la naturaleza, por lo que podríamos llamarlos *hechos*.

Como no todos los hechos son de la misma índole, es dable diferenciar los positivos de los negativos y los que acarrear consecuencias jurídicas distinguirlos de los que no tienen esos efectos.

Serán hechos positivos los que resulten de la acción de la naturaleza; se considerarán hechos negativos los resultantes de la inactividad de la naturaleza. La lluvia, por ejemplo, evidencia actividad, en cambio, la sequía, acusa inactividad de la naturaleza.

Unos hechos carecen de consecuencias jurídicas, por lo que los identificamos como hechos simples, ejemplo, la caída de la hoja del árbol, o la caída de una rama del árbol, o bien, la caída de todo el árbol, si no causa daños en personas o bienes.

Caso distinto, la desaparición de todo el acantilado donde estaba el árbol por haber sido arrasado por un tsunami, porque ese acantilado era un terreno donde estaba una casa que había sido arrendada a un inquilino; la desaparición del acantilado con todo su terreno y casa, produjo diversas consecuencias jurídicas, como la extinción del derecho de propiedad sobre el inmueble respectivo, la terminación anticipada del contrato de arrendamiento correspondiente, por haber desaparecido el inmueble arrendado, y por consiguiente, la terminación del derecho del propietario a cobrar las rentas y de la obligación del arrendatario a pagarlas, así como la extinción del deber del propietario de pagar el impuesto

predial relativo a ese bien. A estos los consideramos hechos jurídicos.

Ciertos hechos que tienen consecuencia jurídicas atañen directamente a las personas y se producen sin participación de la voluntad humana, como ocurre con el nacimiento de todo ser humano al que se le habrán de atribuir derechos e imputar obligaciones; el arribo a la mayoría de edad, que conlleva la adquisición de derechos políticos, e incluso, la muerte no provocada intencionalmente, por lo que se pueden considerar acontecimientos naturales susceptibles de identificarse como hecho jurídicos inevitables.

II. EL ACTO

Se explica el acto, como el acontecimiento realizado por la acción de un ser humano, se exteriorice o no; el suceso producto de la actividad humana que se exterioriza, puede ser voluntario o involuntario; los voluntarios podrán ser lícitos o ilícitos, en estos últimos se encuadran los delitos y los cuasidelitos.

Entiendo por acto involuntario, la acción mecánica realizada por un individuo, que produce consecuencias no deseadas por el sujeto que la realizó, pues estuvieron ausentes en su ánimo o intención. Por ejemplo, una persona conduce por primera ocasión en su vida, un vehículo automotor de transmisión automática y, equivocadamente oprime el acelerador del vehículo, en lugar de presionar el pedal del freno, lo que ocasiona que impacte a otro automóvil, al que causa daños, en cuyo caso estaríamos ante un acto involuntario de daño en propiedad ajena. Esta obra no abordará los actos involuntarios, sino sólo se ocupará de los actos voluntarios.

Para explicar el acto voluntario diré que es el realizado de manera consciente por un sujeto con una finalidad, con un *telos* específico, que lo diferencia del apetito característico de la vida vegetativa.

Los actos son de diversa índole y de consecuencias distintas, por lo que, para diferenciarlos, se pueden dividir en actos simples y actos con efectos jurídicos.

Al acto que no produzca efectos jurídicos, le llamaremos acto simple, por ejemplo, la recolección de las hojas caídas de los árboles, o la transformación que hace el propietario del árbol caído en leña es un acto simple.

En tanto que el acto con efectos jurídicos puede ser de tres tipos: acto jurídico, acto antijurídico y acto involuntario; el jurídico, es un acto lícito y, además, voluntario; el acto antijurídico, es un acto voluntario y, simultáneamente ilícito, y el acto involuntario, es un acto que puede ser lícito o ilícito, pero realizado sin la voluntad de su ejecutor.

III. EL ACTO JURÍDICO

De lo antes expuesto podemos inferir que tanto los hechos como los actos pueden pertenecer al género del suceso jurídico, pero guardan entre sí diferencias específicas, porque los hechos son acontecimientos naturales en los que no interviene la voluntad, en tanto que los actos jurídicos, sólo se realizan por determinación de la voluntad de alguna o algunas personas.

1. CONCEPTO DE ACTO JURÍDICO

Se puede entender por acto jurídico la manifestación de voluntad, o conjunto de manifestaciones de voluntad, que conlleve conse-

cuencias jurídicas, por crear, modificar, transferir, certificar o extinguir, tanto derechos como obligaciones, de conformidad con el orden jurídico vigente.

Para comprender a cabalidad al acto jurídico es necesario examinar, y entender, lo que es la voluntad que se manifiesta a través de su realización. La voluntad viene a ser la facultad de hacer o no hacer algo; de dar o no dar alguna cosa; o también se puede entender la voluntad, como la intención o deseo de hacer algo, o también como el libre albedrío o la libre determinación; en fin, el *Diccionario de la lengua española*, en su primera acepción, la explica como la *facultad de decidir y ordenar la propia conducta*.

2. ELEMENTOS DEL ACTO JURÍDICO

En el acto jurídico encontramos como elementos esenciales a la voluntad, el objeto, la causa y la finalidad.

3. CLASIFICACIÓN DE LOS ACTOS JURÍDICOS.

El acto jurídico es voluntario y, además, lícito pues se apega a la norma legal o, en el peor de los casos, no está prohibido por la ley; se trata de una acción voluntaria que la normativa jurídica, cuando menos, tolera, que dará lugar a crear, modificar, transferir, certificar o extinguir, derechos, deberes y obligaciones.

Los actos jurídicos se pueden distinguir, en razón de los sujetos que los realizan en actos de particulares y actos de autoridades, pudiendo ser éstos últimos: legislativos, jurisdiccionales y administrativos.

Por el número de sujetos que realizan el acto jurídico, este puede ser unilateral, bilateral o multilateral, según se realice por

la sola declaración de voluntad de una persona, por la manifestación de voluntad de dos personas, o por la de tres o más personas. También se hace distinción entre actos jurídicos onerosos y gratuitos, actos de administración y actos de dominio; consensuales y reales; solemnes, formales e informales; inter vivos y mortis causa; típicos y atípicos.

Los actos jurídicos se pueden clasificar también en civiles, mercantiles, penales, laborales, electorales, procesales y administrativos.

IV. CLASIFICACIÓN, DEFINICIÓN Y CARACTERES DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Como queda dicho en páginas anteriores, el acto administrativo es una modalidad o especie del *acto jurídico*, lo que significa que tiene características propias que no comparte con otras clases del mismo género.

I. CLASIFICACIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

No hay que olvidar que la Administración realiza actos administrativos de distintas clases, como son los bilaterales y los unilaterales, los individuales y los generales.

Actos administrativos bilaterales son los nacidos del acuerdo entre la Administración y los particulares, como la celebración de un contrato de obra pública, o el otorgamiento de una concesión de servicio público; a este tipo de actos la doctrina los reconoce específicamente como contratos administrativos, o como concesiones administrativas.

Actos unilaterales de la Administración son los realizados por su sola declaración unilateral de voluntad, como ocurre en la im-

posición de una multa, y pueden clasificarse en individuales o generales.

Se identifican como actos administrativos generales los actos unilaterales de la Administración que producen efectos jurídicos respecto de un conglomerado indeterminado o una generalidad de personas o casos, como ocurre, por ejemplo, con el reglamento de las actividades a que se refiere el título tercero de la Ley de Hidrocarburos.

A los actos administrativos unilaterales, y a la vez generales, de la administración pública la doctrina los denomina de diversos modos, entre otros: reglamentos, circulares, manuales, reglas de aplicación y lineamientos administrativos, los cuales son considerados materialmente como leyes, por tratarse de normas generales, abstractas, generales y obligatorias, emitidas por la administración pública.

Por otra parte, se consideran actos administrativos individuales los que realiza unilateralmente la administración pública con efectos jurídicos respecto de una o varias personas determinadas, acerca de uno o varios casos específicos, como sucede en el otorgamiento de un permiso para expendio de licores o de una licencia de construcción, que confieren autorizaciones específicas a sus titulares.

2. DEFINICIÓN DE ACTO ADMINISTRATIVO

Sin duda la noción de acto administrativo representa una pieza fundamental del derecho administrativo contemporáneo por tener repercusiones en muchos de sus ámbitos, de ahí la importancia de clarificarla y entenderla.

En ese sentido restringido, el Ministro de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Alberto Pérez Dayán ha definido con

pulcritud al acto administrativo, como “toda declaración de voluntad unilateral y concreta, dictada por un órgano de la administración pública, en ejercicio de su competencia administrativa, cuyos efectos jurídicos son directos e inmediatos.”¹

Los efectos jurídicos de referencia se traducen en la creación, modificación, certificación o extinción de derechos y obligaciones en favor, o a cargo, de sujetos individuales específicos, o en la determinación de las condiciones para la creación, modificación, certificación o extinción de derechos y obligaciones para un caso específico.

3. CARACTERES DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Sirven los caracteres esenciales del acto administrativo para diferenciarlo del resto de actos jurídicos.

A. La presunción de legitimidad

Uno de los caracteres jurídicos esenciales que distinguen al acto administrativo, es la presunción de legitimidad.

También llamada presunción de justicia, la presunción de legitimidad expresa la suposición de que el acto administrativo se ha producido con apego al derecho positivo vigente que regula el que hacer administrativo. En rigor, la presunción de legitimidad del acto administrativo no es más que una suposición de que éste se ha producido conforme a derecho, y por tanto admite prueba en contrario.

B. La ejecutoriedad

El carácter de ejecutoriedad del acto administrativo puede inter-

1 PÉREZ DAYÁN, Alberto, *Teoría general del acto administrativo*, 4a. ed., México, Porrúa, 2014, p. 53.

pretarse en dos sentidos, en el primero, que es obligatorio o exigible y por tanto debe cumplirse; y, en un segundo sentido, que entraña una fuerza especial, gracias a la cual la Administración puede ejecutar coactivamente el acto contra la oposición de los interesados, sin tener que contar con el concurso del órgano jurisdiccional. Sobre este punto, Manuel María Díez opina: “En cuanto a la ejecutoriedad puede considerarse como una manifestación especial de la eficacia de los actos administrativos, en cuanto éstos imponen deberes o restricciones a los administrados, que pueden ser realizados, aun contra la voluntad de los mismos, por medio de los órganos administrativos sin intervención previa de los órganos jurisdiccionales.”²

4. LOS ELEMENTOS DEL ACTO ADMINISTRATIVO Y SUS REQUISITOS

Para no confundir los elementos con los requisitos debemos tener presente que no son sinónimos, y elemento es la parte de un todo, en tanto que requisito es la condición de validez de algo: la Ley Federal de Procedimiento Administrativo. sin aclarar cuáles son unos y cuáles son otros, en su artículo 3° dice que son elementos y requisitos del acto administrativo:

- I. Ser expedido por órgano competente, a través de servidor público, y en caso de que dicho órgano fuere colegiado, reúna las formalidades de la ley o decreto para emitirlo;
- II. Tener objeto que pueda ser materia del mismo, determinado o determinable, preciso en cuanto a las circunstancias de tiempo y lugar, y previsto por la ley;
- III. Cumplir con la finalidad de interés público regulado por

² Manuel María Díez, *El acto administrativo*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1961, pp. 261 y 262.

- las normas en que se concreta, sin que puedan perseguirse otros fines distintos;
- IV. Hacer constar por escrito y con la firma autógrafa de la autoridad que lo expida, salvo en aquéllos casos en que la ley autorice otra forma de expedición;
 - V. Estar fundado y motivado;
 - VI. Derogada;
 - VII. Ser expedido sujetándose a las disposiciones relativas al procedimiento administrativo previstas en esta Ley;
 - VIII. Ser expedido sin que medie error sobre el objeto, causa o motivo, o sobre el fin del acto;
 - IX. Ser expedido sin que medie dolo o violencia en su emisión
 - X. Mencionar el órgano del cual emana;
 - XI. Derogada;
 - XII. Ser expedido sin que medie error respecto a la referencia específica de identificación del expediente, documentos o nombre completo de las personas;
 - XIII. Ser expedido señalando lugar y fecha de emisión;
 - XIV. Tratándose de actos administrativos deban notificarse deberá hacerse mención de la oficina en que se encuentra y puede ser consultado el expediente respectivo;
 - XV. Tratándose de actos administrativos recurribles deberá hacerse mención de los recursos que procedan; y
 - XVI. Ser expedido decidiendo expresamente todos los puntos propuestos por las partes o establecidos por la ley.

En la doctrina, aun cuando no existe unanimidad, se mencionan con insistencia como elementos del acto administrativo en sentido restringido el sujeto, el objeto, el motivo, el fin, y la forma.

A. *El sujeto*

En el acto administrativo en sentido restringido se detecta un sujeto activo y otro pasivo, el primero viene a ser el órgano competente del Estado, que produce el acto mediante la emisión de su declaración unilateral de voluntad con efectos jurídicos subjetivos; el papel de sujeto pasivo corresponde al particular a quien afecta el acto jurídicamente; en el acto administrativo la voluntad está referida al sujeto activo, o sea, al órgano emisor; no puede ser tácita y debe declararse expresamente en los términos previstos por la norma jurídica aplicable, a efecto de que el sujeto pasivo quede debidamente enterado y, por tanto, en condiciones de cumplir con las obligaciones que el acto le impone y de ejercer los derechos que le confiere.

A juicio del doctor Miguel Acosta Romero, en la producción del acto administrativo la voluntad del sujeto activo debe ser espontánea y libre; figurar dentro de las facultades del órgano; no debe estar viciada por error, dolo, violencia u otra causa; y debe expresarse en los términos previstos en la ley.³

B. *El objeto*

El objeto es sin duda elemento esencial del acto administrativo, consiste en lo que el sujeto activo del mismo “decide, certifica u opina”,⁴ debiendo cubrir los requisitos de ser lícito, cierto, determinado o determinable, física y jurídicamente posible.

3 Miguel Acosta Romero, *Teoría general del derecho administrativo*. México, UNAM, 1975, p. 143.

4 Juan Carlos Cassagne, op. cit., p. 201.- Gordillo, Agustín A.- *El Acto Administrativo*, Op. cit. p.244.

C. La causa

Uno de los presuntos elementos más discutidos del acto administrativo en sentido restringido es la causa o motivo del mismo, habida cuenta que eminentes tratadistas como Guido Zanobini, Renato Alessi y Miguel Acosta Romero no lo admiten como elemento de tal acto, en tanto que otros, no menos distinguidos, como Maurice Hauriou, Andrés Serra Rojas y Juan Carlos Casagane sí le reconocen ese carácter.

Sobre este tema debe tenerse en cuenta el principio lógico de que no hay efecto sin causa, que aplicado al caso significa que no puede haber acto administrativo sin una causa, razón o motivo que lo determine.

A este respecto, en su encabezado, el artículo 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ordena: “Nadie puede ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente que funde y motive la causa legal del procedimiento”.

El motivo del acto administrativo viene a ser su apoyo fáctico, y puede interpretarse como la apreciación y valoración de los hechos y de las circunstancias en que se realizan, que el sujeto activo lleva a cabo para emitir su correspondiente declaración unilateral de voluntad. En opinión del profesor Rogelio Martínez Vera:

El motivo del acto administrativo consiste en aquellas condiciones o circunstancias que el órgano estatal ha tomado en cuenta para manifestar su voluntad en determinado sentido. En materia administrativa nos encontramos que cuando la autoridad (sujeto activo) dicta una resolución (manifestación de la voluntad) debe

exponer los motivos que ha tenido, a fin de que el gobernado (sujeto pasivo) esté en posibilidad de conocer las razones, causas y fundamentos de dicha resolución.”⁵

Así pues, en los términos del artículo 16 constitucional, el acto administrativo tiene entre sus elementos al motivo o causa, y exige para su validez el requisito de estar fundado.

D. *El fin*

Dentro de los elementos del acto administrativo se incluye el fin o finalidad del mismo, explicable como el efecto que el sujeto activo se propone alcanzar con su realización; a este respecto, el profesor español José María Boquera Oliver, explica: “El fin, como elemento del acto administrativo, es aquello que pretende la voluntad del titular de poder administrativo con los efectos jurídicos que unilateralmente crea e impone.”⁶

El fin del acto administrativo debe ser de interés público encaminado a atender las pretensiones que comparte el grueso de la sociedad, estar apegado a la ley, figurar dentro de la competencia del sujeto activo, y tratar de alcanzarse mediante actos establecidos en la ley.

Cuando falta cualquiera de los requisitos apuntados en el párrafo anterior se dice que hay desvío de poder, es decir que el sujeto activo del acto administrativo ha aplicado la potestad de que está investido para fines distintos a los de interés público previstos en la ley.

5 Rogelio Martínez Vera, *Nociones de derecho administrativo*. México, 5a. ed. Editorial Banca y Comercio, 1978, pp. 139 y 140.

6 José María Boquera Oliver, *Estudios sobre el acto administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, p. 78

E. *La forma*

Un amplio sector de la doctrina reconoce a la forma, es decir, a la manera de exteriorizar la voluntad del sujeto activo que realiza el acto, como uno de los elementos del acto administrativo, pero para quien esto escribe, la forma es un requisito de su elemento *voluntad*, concretamente a la manera de exteriorizarse.

Según observa el maestro Gabino Fraga: “A diferencia de lo que ocurre en el derecho privado, la forma en el derecho administrativo tiene normalmente el carácter de una solemnidad necesaria no solo para la prueba sino principalmente para la existencia del acto y es que en esta última rama del Derecho el elemento formal constituye una garantía automática de la regularidad de la actuación administrativa.”⁷

5. CAUSAS DE EXTINCIÓN DEL ACTO ADMINISTRATIVO

Sobre este asunto, la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, dispone en su artículo 11:

El acto administrativo de carácter individual se extingue de pleno derecho, por las siguientes causas:

- I. Cumplimiento de su finalidad;
- II. Expiración del plazo;
- III. Cuando la formación del acto administrativo esté sujeto a una condición o término suspensivo y este no se realiza dentro del plazo señalado en el propio acto;
- IV. Acaecimiento de una condición resolutoria;
- V. Renuncia del interesado, cuando el acto hubiere sido dictado en exclusivo beneficio de este y no sea en perjuicio del interés público; y

⁷ Gabino Fraga, op. cit. p. 270.

VI. Por revocación, cuando así lo exija el interés público, de acuerdo con la ley de la materia.

6. LA INVALIDEZ DEL ACTO ADMINISTRATIVO

En el ámbito jurídico es dable distinguir tres clases de invalidez: inexistencia, nulidad y anulabilidad; la lógica dice que hablar de acto administrativo inexistente es una incongruencia, pues se refiere a la nada jurídica, por tratarse de un acto nonato, y si no nació, nunca existió. En lo que hace al acto administrativo, podría ocurrir que un sujeto que no es funcionario público se ostente como tal, o que, habiendo dejado de serlo, aparente seguir en funciones, en ambas situaciones estaríamos en el supuesto que la doctrina identifica como funcionario de hecho o funcionario de facto.

Si con esa falsa apariencia un funcionario de hecho realiza un “acto administrativo”, consistente, por ejemplo, en el otorgamiento de un permiso para poner un anuncio luminoso en la vía pública, en cuyo caso, indudablemente se efectúa un acto voluntario por parte de una persona física particular que no es autoridad, pero que aparenta serlo, por lo que en este supuesto está ausente el elemento esencial del acto administrativo que es el sujeto investido del carácter de autoridad, lo que significa que no es administrativo el acto que lleva a cabo el usurpador de funciones.

Por lo que ve a la invalidez del acto administrativo, la doctrina, como la legislación y la jurisprudencia reconocen distintos grados que en orden descendente suelen ser: inexistencia, nulidad y anulabilidad, como lo hace la Ley Federal de Procedimiento Administrativo en su antes citado artículo 91, en relación con el recurso de revisión, al disponer que la autoridad encargada de

resolver el recurso podrá declarar la inexistencia, nulidad o anulabilidad del acto impugnado.

A. La inexistencia del acto administrativo

Obviamente, la falta de cualquiera de los elementos esenciales del acto administrativo no es causa de extinción, pues no se puede extinguir lo que no existe; por ello, Gabino Fraga consideró innecesario que la ley establezca expresamente la figura de la inexistencia de los actos administrativos, ya que esta opera “como una necesidad lógica”, cuando el acto carece de sus elementos esenciales. Según su criterio, la inexistencia del acto administrativo se origina por falta de voluntad, de objeto, de competencia para la realización del acto, y por omisión de sus formas constitutivas.⁸

B. La nulidad y la anulabilidad

La posible existencia de actos administrativos viciados abre la posibilidad de dividir a los actos administrativos en correctos y defectuosos.

Adolfo Merkl, en su *Teoría general del derecho administrativo*, se ocupa del acto administrativo defectuoso, al afirmar: “se hablará de acto administrativo defectuoso, cuando no se halle de acuerdo con la regla jurídica de producción que le corresponda, esto es, generalmente con el derecho administrativo que condiciona el acto administrativo en cuestión.”⁹

Los defectos de los que puede adolecer los actos administrativos, insisto, son de diferente intensidad e importancia, circuns-

⁸ Gabino Fraga, op. cit. pp. 292 y 293.

⁹ Adolfo Merkl, *Teoría general del derecho administrativo*, México, Editora Nacional, 1975, p. 252.

tancia que se refleja en su grado de invalidez, por lo que se hace distinción entre nulidad, cuyos defectos son insanables y anulabilidad, cuyos efectos son subsanables.

Conforme a lo establecido en el capítulo primero del título sexto de la Ley Federal de Procedimiento Administrativo, los afectados por actos administrativos que pongan fin al procedimiento administrativo, a una instancia o resuelvan un expediente, podrán interponer recurso de revisión, respecto del cual, la autoridad encargada de resolverlo está facultada para declarar su inexistencia, nulidad o anulabilidad o revocarlo total o parcialmente.

V. REFLEXIÓN FINAL

Sin duda, el acto administrativo es un tema fundamental del derecho administrativo, toda vez que nos muestra a cabalidad a la administración pública en su aspecto dinámico, es decir, en movimiento, de ahí la importancia de analizarlo y de profundizar en su investigación a efecto de mejorar y perfeccionar su regulación jurídica; de ahí la conveniencia de que los alumnos de la carrera de derecho lo estudien con ahínco para entenderlo.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta Romero, Miguel, *Teoría general del derecho administrativo*. México, UNAM, 1975, p. 143.
- Cassagne, Juan Carlos. op. cit., p. 201.- Gordillo, Agustín A.- *El acto administrativo*, Op. cit. p.244.
- Boquera Oliver, José María, *Estudios sobre el acto administrativo*, Madrid, Civitas, 1982, p. 78.
- Díez, Manuel María, *El acto administrativo*, Buenos Aires, Tipográfica Editora Argentina, 1961, pp. 261 y 262.
- Martínez Vera, Rogelio, *Nociones de derecho administrativo*. México, 5a. ed. Editorial Banca y Comercio, 1978, pp. 139 y 140.
- Merkl, Adolfo, *Teoría general del derecho administrativo*, México, Editora Nacional, 1975, p. 252.
- Pérez Dayán, Alberto, *Teoría general del acto administrativo*, México, 4a. ed., Porrúa, 2014, p. 53.

EL SUSTENTO ÉTICO COMO ELEMENTO FUNDAMENTAL DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Marina del Pilar Olmeda García*

INTRODUCCIÓN

El punto de partida del presente trabajo es una línea de investigación amplia que se realiza en la Universidad Autónoma de Baja California, en la que participa la autora, en el tema de derecho constitucional y derecho administrativo; por lo que se trata de un producto o resultado de esta línea de investigación. Otro antecedente invaluable para este trabajo es la realización del V Congreso Internacional Estudiantil de Derecho Administrativo y el Foro de Jóvenes Administrativistas, organizado por el Posgrado en Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México, la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo, la Red Interamericana Juvenil de Derecho Administrativo y la Universidad Autónoma de Baja California, que en forma virtual por primera ocasión tuvo su sede en esta última Institución. En esta forma, el presente trabajo integra los sustentos y contenidos de la ponencia magistral vertida en este congreso.

* Profesora-investigadora de la Universidad Autónoma de Baja California, México. Doctora en Educación, por la Universidad Iberoamericana y Estudios de Doctorado en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla La Mancha. Integrante del Sistema Nacional de Investigadores, SNI-II; del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; de la Asociación Mexicana e Internacional de Derecho Administrativo y de las Redes Mexicanas e Internacional de Posgrado en Derecho. Responsable del Cuerpo Académico Estudios Sociales y Jurídicos, Derechos Humanos y Seguridad Pública. Es autora de varias obras individuales y colectivas, así como artículos científicos.

En particular, el producto del estudio que se presenta, reflexiona desde una visión jurídica, sobre el impacto y los desafíos que plantea para el derecho administrativo la ética pública y la buena administración. Una problemática que se revisa es la de mejorar la forma de gobierno, incluyendo la ética pública como base fundamental de la democracia y la gobernanza. Se incluye también en este trabajo la consideración de que el grave vicio de la corrupción incide en perjuicio de todos al tratarse del uso indebido del poder público para lograr beneficios en forma ilegal.

Objetivo de estudio. El objetivo del presente trabajo es reflexionar desde una visión jurídica sobre el impacto de la ética pública y la buena administración en el derecho administrativo, como un principio que debe regir el accionar de un buen gobierno y como la mejor manera de abatir la corrupción. Este grave vicio se presenta bajo diferentes supuestos, que en el ámbito jurídico abarcan varios tipos de responsabilidad, que conforme a su naturaleza pueden ser de carácter administrativo, civil, laboral, penal y política, hasta los que quedan registrados en el ámbito de la conciencia.

En esta forma, el propósito es presentar los puntos relevantes y resultados de un estudio sobre uno de los paradigmas del derecho administrativo, el de la ética pública, con la finalidad de aportar argumentos y orientaciones con sustento en los fundamentos y principios de la filosofía y teoría administrativa. Así, el trabajo se constituye en una reflexión sobre la naturaleza del sustento ético que exige el derecho administrativo, como imperativo ciudadano de una buena administración pública.

Hipótesis. La hipótesis de este estudio se centra en la convicción de que en la administración pública la ética o el elemento axiológico, es una parte consustancial de todo su quehacer. Todo

acto de gobierno tiene que estar sustentado en principios, valores y bases que justifiquen la toma de decisiones públicas, que orienten a la vez, los mejores procedimientos y que guíen hacia los mejores resultados como exigencia para una democracia de calidad y buena gobernanza.

Metodología. Se aplicó como metodología para este trabajo, la investigación cualitativa, a través del análisis de la doctrina y la amplia elaboración teórica sobre el importante tema de la ética pública, así como los antecedentes y ámbito contextual sobre este tema y su contraparte, la corrupción. Para la investigación cuantitativa se emplean técnicas empíricas, trabajo de campo e insumos estadísticos. La revisión normativa comprende el examen de la producción legislativa universal, regional y nacional. Los métodos utilizados para el estudio tuvieron un tratamiento tanto cualitativo como cuantitativo, con apoyo en el método deductivo, analítico y el dialéctico, sin olvidar la revisión de las políticas públicas y acciones gubernamentales, además de experiencias internacionales exitosas.

En su estructura, este trabajo se encuentra sistematizado con un primer apartado que integra esta Introducción, particularmente con los objetivos y la metodología. En una segunda sección, ya entrando al cuerpo de trabajo, a manera de delimitación conceptual se examina el ámbito del derecho administrativo, sus principios y desafíos para una buena administración pública. En un tercer apartado se avanza en el análisis mediante una reflexión sobre el derecho administrativo y buen gobierno en el arte, en la historia y en la doctrina jurídica. En el cuarto apartado se examinan las bases para tener un buen gobierno y la ética pública, para concluir en el quinto y último apartado de consideraciones finales.

DEFINICIONES PREVIAS

Es necesario iniciar con la delimitación de los conceptos fundamentales que guían este trabajo, partamos del objeto del derecho administrativo, como certeramente opinan algunos destacados administrativistas, “el más importante es comprender el objeto del derecho administrativo que elaborar una definición del mismo” (Brewer-Carías, Allan R, 1984, p. 5). En este sentido, la ciencia del derecho administrativo tiene por objeto el estudio de las reglas jurídicas que conciernen a la acción administrativa del Estado, es decir, el estudio de la regulación de los entes del poder ejecutivo y sus relaciones. El doctor don Jorge Fernández Ruiz en su magna obra sobre el derecho administrativo, sostiene que nuestra disciplina no se dedica a analizar la estructura y el funcionamiento de todo el sector público estatal sino solo de una de sus partes: la administración pública (Fernández Ruiz, Jorge, 2006, p. 46).

Continúa el doctor Fernández Ruiz, que, “el derecho administrativo es el conjunto de normas y principios del derecho público que rigen la estructura, organización y funcionamiento de las diversas áreas de la administración pública, de las relaciones de estas entre sí, así como de sus relaciones con las demás instituciones del Estado y con los particulares.” (Fernández Ruiz, Jorge, 2006, p. 65). Por su parte, el doctor Enrique Rojas Franco define al derecho administrativo como: “El derecho administrativo es la rama del derecho público aplicable a la administración pública. También se puede definir como el conjunto de reglas jurídicas relativas a la organización, a la actividad y a su control.” (Rojas Franco, Enrique, 2006, p.p. 44 y 45).

Una referencia obligada en esta materia es la opinión del doctor Maurice Hauriou quien sostiene, que: “el derecho administra-

tivo es la rama del derecho público que regula: la organización de la empresa de la administración pública y de las diversas personas administrativas en las cuales ha encarnado; los poderes y los derechos que poseen estas personas administrativas para manejar los servicios públicos; el ejercicio de estos poderes y de estos derechos por la prerrogativa especial, o del procedimiento de acción de oficio y las consecuencias contenciosas que se siguen” (Hauriou, Maurice, 2017, p.56). Por su parte, el doctor Agustín Humberto Gordillo al referirse a nuestra disciplina la caracteriza, como: “hemos definido al derecho administrativo como la rama del derecho público que estudia el ejercicio de la función administrativa y a la protección judicial existente contra esta” (Gordillo Agustín, Humberto, 2013, p. V-28).

Las opiniones de tan destacados juristas permiten afirmar, que el derecho administrativo tiene como objeto los principios que efectúan valoraciones y los tipos de conducta en la administración pública. En efecto, el derecho administrativo tiene como objeto el comportamiento de la función administrativa, las normas que lo rigen, así como las relaciones jurídicas creadas en ejercicio de esta función.

Refiriéndonos ahora a la administración pública, esta área del conocimiento está referida al conjunto de medios de acción, de que dispone la función ejecutiva para lograr sus finalidades y objetivos en la realización de las políticas públicas, medidas y tareas de interés público que le determina el mandato constitucional. Estos medios de acción son de diversa naturaleza: humanos, financieros, materiales, técnicos, directos o indirectos, entre otros. Jaime Orlando Santofimio Gamboa afirma, que: “la acepción moderna de la administración comprende la acción, los medios por razón de los cuales se ejecuta la acción, los sujetos y órganos

predeterminados para este propósito [...]. Conjunto de funciones que se ejecutan por un sujeto administrador.” (Santofimio Gamboa, Jaime Orlando, 2003, p.p. 14-15).

De la integración de los dos conceptos, *derecho administrativo y administración pública*, resulta que la administración pública es la parte de los órganos del Estado que integran el poder ejecutivo, que tiene a su cargo la actividad estatal que no desarrollan los otros dos poderes, el legislativo y el judicial. “El Estado, a través de la Administración Pública debe adoptar las medidas y acciones necesarias para satisfacer las necesidades de los ciudadanos, ya que es, en muchas de las ocasiones, a través de esta que se tutelan o violentan diversos derechos humanos. Es por ello que se afirma que los administrados tienen derecho de contar con una buena Administración Pública, la cual se viva a través de la óptica de los derechos humanos” (Lagos Fregoso Jessica Abeth, 2018, p.1)

El doctor Miguel Acosta Romero nos explica que la acción del poder ejecutivo “es continua y permanente, siempre persigue el interés público, adopta una organización jerarquizada y cuenta con elementos personales, patrimoniales, estructura jurídica y procedimientos técnicos” (Acosta Romero, Miguel, 1991, p. 96).

II. PRINCIPIOS, CONTENIDOS Y RETOS DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Pasando ahora a los principios del derecho administrativo, se encuentra que estos son categorizados brillantemente por el doctor don Jorge Fernández Ruíz entre los que destacan:

- De legalidad
- De moralidad administrativa
- De proporcionalidad
- De interdicción de la arbitrariedad
- De igualdad
- De celeridad
- De eficacia
- De transparencia
- De la buena fe
- De subsidiariedad
- De solidaridad
- De generalidad
- De exclusividad
- De seguridad jurídica
- De supremacía del interés público sobre el interés privado
(Fernández Ruiz, Jorge, 2014, pp. 276-284).

Otro ámbito de conocimiento necesario de delimitar en este estudio es el concerniente al contenido del derecho administrativo. Es incuestionable que el contenido del derecho administrativo tuvo un crecimiento exponencial conforme al desarrollo de la administración pública y las amplias demandas del ejercicio del poder y del servicio público. En efecto, el derecho administrativo tiene una gran amplitud y profundidad, que plantea exigencias muy fuertes para generar las mejores aportaciones al quehacer de la función ejecutiva. Los ejes temáticos en los que podemos estructurar los contenidos del derecho administrativo, los consideramos a partir de criterios por área y sistematización de esta disciplina, en coincidencia con las opiniones doctrinales:

- La organización administrativa de un Estado determinado.

- La estructura de sus autoridades y órganos administrativos.
- La actividad, que desempeña la estructura administrativa, en sus diferentes formas en que se manifiesta esta actividad como procedimientos administrativos, servicios públicos, contratos administrativos y la responsabilidad administrativa;
- Los recursos de la administración, que comprende el régimen jurídico de los recursos humanos al servicio del Estado y servidores públicos en general, así como los recursos financieros y bienes materiales que el Estado utiliza para su función administrativa;
- La actividad financiera y el sistema tributario del Estado, que por su importancia tienen un lugar diferenciado de los recursos de la administración en general;
- El procedimiento contencioso administrativo y el control jurídico de la administración, es decir la solución de controversias que se presenten entre la Administración pública y los particulares;
- Régimen de responsabilidad de los servidores públicos, que en el caso de México integra el sistema anticorrupción;
- Sistemas de rendición de cuentas y de transparencia administrativa.

Para cerrar este apartado es necesario detenernos en los retos y desafíos de la administración pública que demandan altas exigencias al derecho administrativo como:

- La complejidad contextual;
- La mayor democratización y pluralidad política;
- La multifactorialidad de los problemas públicos;
- La interdependencia organizacional y el encadenamiento de

acciones derivadas de esta, que produzca resultados y cumplimiento de los objetivos;

- Desigualdad en las capacidades institucionales;
- La fragmentación de la autoridad;
- Hasta dónde alcanza la privatización de áreas públicas;
- Los crecientes problemas financieros y tributarios;
- La necesidad de una mayor sustentabilidad social de las políticas;
- Las políticas globales.

Con estas delimitaciones conceptuales y postulados teóricos podemos definir y caracterizar al derecho administrativo como la gran área de la ciencia jurídica que integra los principios, valores, sustentos y metodologías del derecho público relativas a la organización y ejercicio de la función administrativa del Estado, de sus relaciones con las otras dos funciones, la legislativa y la jurisdiccional, así como con los particulares. En esta forma, el derecho administrativo como conocimiento científico tiene por objeto el estudio de las reglas jurídicas que conciernen a la acción administrativa del Estado, al estudio de la regulación de los entes del poder ejecutivo y de sus relaciones.

Por su parte, la administración pública es el área del conocimiento que integra el conjunto de medios de acción de que dispone la función ejecutiva para lograr sus finalidades y objetivos, a través de la realización de políticas públicas, medidas y acciones de interés público que le determina el mandato institucional.

III. LA VISIÓN DE UN BUEN GOBIERNO EN EL ARTE

La aspiración de los gobernados por un buen ejercicio del po-

der es un anhelo presente en las comunidades humanas desde el origen de las sociedades, Juli Ponce Solé afirma que: “La existencia de un buen gobierno y de una buena administración se contempla, posiblemente desde que han existido comunidades donde alguien (un jefe de la tribu, un reyezuelo) ha ejercido un poder, esto es, desde que ha existido una autoridad pública” (Juli, Ponce Solé, 2016, p.1). En efecto, esta preocupación humana por su arraigo en las comunidades trascendió a la ciencia política, a la sociología, a la macroeconomía y en particular al derecho y es objeto de estudio de la filosofía, de la antropología y del arte. Iniciemos con el arte, donde los seres humanos expresaron su preocupación que hunde sus raíces en la noche de los frescos de Ambrogio Lorenzetti del siglo XIV sobre “Il buon” en el “pala-zzo publico” de Siena en Italia, donde se demuestra la preocupación en Europa por la exigencia de un buen gobierno.

En el ámbito latinoamericano, los murales de Diego Rivera así lo demuestran también. Su mural en la Universidad de Chapingo, así se titula precisamente *El buen gobierno*, en 1924; *El hombre en el cruce del camino* es un mural pintado para el Rockefeller Center, pero repintado para el Palacio de Bellas Artes en la Ciudad de México en 1934; el mural *Sueño de una tarde dominical en la Alameda Central*, donde están plasmados dos elementos, las mujeres y los obreros, pintado en 1946 y situado después en el Hotel del Prado. En 1985 al derrumbarse este hotel por un terremoto fue trasladado el mural al Museo Diego Rivera, creado en honor del pintor para resguardar esta emblemática obra en 1988. Y el mural *La epopeya del pueblo mexicano*, que representa una visión del pasado y futuro del país. Esta pintura se ubica en Palacio Nacional desde 1935.

En el ámbito de la literatura, en un trabajo recientemente pu-

blicado por la autora hago referencia a varias obras magnas de la literatura universal, que paso a relacionar: la *Divina Comedia*, escrita por el poeta italiano Dante Alighieri, aproximadamente entre 1307-1321; esta obra es considerada una de las magnas aportaciones de la literatura italiana al mundo, dentro de sus pasajes se observa el mensaje moralista del autor, en particular en el Canto V se describe como rey Minos Cretense es designado por su integridad como el juez que determinará a qué círculo le compete ir a cada persona: “Así bajé del círculo primero/ al segundo, que menos trecho ciñe, con más dolor y es de aves hervidero. Minos horriblemente gruñe y riñe, mientras juzga las culpas a la entrada, y su rabo al juzgar ciñe y descñe. Digo que cuando el alma desdichada se presenta ante él, confiesa todo; y él, que en esta cuestión no ignora nada, asígnale lugar de extraño modo/ tantas vueltas se encincha con la cola/ cuantos grados señala a su acomodo. / Almas llegan ante él en batahola y en turno comparecen para el juicio/ hablan, oyen y se hunden ola a ola” (Alighieri, Dante, 2012, p. 28).

Otra obra excelente es *Romeo y Julieta*, del famoso escritor inglés William Shakespeare, escrita en 1597. Esta obra fue inspirada en relatos e historias de la mitología y literatura griega, así como en algunas leyendas medievales. Algunos de sus diálogos memorables, son: “El alma humana tiene grandes misterios que penetrar y grandes cuestiones que debatir cuando está sola. -Romeo (acto I. escena I, p. 16). En los hombres no hay lealtad, fidelidad, ni honradez. Todos son perjuros, embusteros, perversos y falsos. -Ama” (Acto III, escena II, p. 68).

En la magna obra de la literatura española *El Quijote de la Mancha*, de Miguel de Cervantes y Saavedra de 1605, destaca en la segunda parte en el capítulo cuarenta y dos: “De los consejos

que dio don Quijote a Sancho Panza, antes de que fuese a gobernar la Ínsula, el caballero de la triste figura instruye a su fiel escudero sobre la manera de gobernar los quiméricos territorios que le ofrecen, bajo las premisas de temerle a Dios y procurando conocerte a ti mismo, que es el más difícil conocimiento que puede imaginarse” (Cervantes Saavedra, Miguel de, 1999, capítulo XLIII). Según don Quijote, si tomas por medio a la virtud y te aprecias de hacer hechos virtuosos, no hay para qué tener envidia a los que los tienen príncipes y señores; porque la sangre se hereda, y la virtud se aquista, y la virtud vale por sí sola lo que la sangre no vale (Cervantes Saavedra, Miguel de, 1999, capítulo XLIII).

Más adelante, en el recorrido de la literatura universal se encuentra *Los Miserables*, novela clásica del romanticismo creada por Víctor Hugo en 1862. Esta obra narra una historia sobre el amor, sacrificio, redención, religión y revolución centrada en los cambios políticos y desigualdades sociales que existían en la Francia del siglo XIX. En el capítulo 10, primera parte, tiene el señor obispo una conversación con un antiguo convencional. Este hombre anciano, no había votado a favor de la ejecución del rey Luis XVI, por esa razón no había sido desterrado; este ermitaño medio ateo dice, “en cuanto a Luis XVI, yo dije no. No me creo con derecho para matar a un hombre; pero me siento con el deber de exterminar el mal. He votado el fin del tirano. Es decir, el fin de la prostitución de la mujer, el fin de la esclavitud del hombre, el fin de la ignorancia del niño. Al votar por la república, voté todo esto. ¡He votado la fraternidad, la concordia, la aurora! He ayudado a la caída de los prejuicios y de los errores. El hundimiento de los unos y de los otros produce luz. Hemos hecho caer el viejo mundo; y el viejo mundo, vaso de miseria, al volcarse sobre el género humano, se ha convertido en una urna

de alegría” (V́ctor Hugo, 2013, p. 42).

Otra referencia destacada del sentimiento humano por el buen gobierno es la magnífica obra *La guerra y la paz*, libro escrito por León Tolstoi en 1865, en el que se cuenta la historia de dos familias de la nobleza rusa, los Bolkonski y los Rostov, protagonistas de un mundo que empieza a desaparecer, con la campaña napoleónica contra Rusia como trasfondo. Esta obra extraordinaria de la literatura refleja en sus frases los acontecimientos de la época que siguen estando vigentes, si todos hicieran la guerra por convicción, no habría guerra (Tolstoi, León, 2006, p.11).

Las anteriores obras magnas de la literatura universal han sido seleccionadas a manera de ejemplo para demostrar el sentimiento y la preocupación humana por encontrar la armonía social, la mejor forma de entender la vida pública, el ejercicio del poder público y de entender la equidad y la justicia.

IV. ANTECEDENTES Y MARCO DOCTRINAL

En su contexto histórico, se acepta que la Revolución Francesa es el acontecimiento que marca el nacimiento del derecho administrativo como disciplina, en atención al surgimiento como verdad científica, política y jurídica de los principios de legalidad y división de poderes. Con esta convicción, hay autores que sostienen que la *Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano* es el acta de nacimiento de esta rama del derecho. No obstante, la historia de la humanidad demuestra que en todas las épocas de los pueblos han existido instituciones administrativas, órganos administrativos, reglas en las que queda comprendido el actuar de los servidores públicos.

En esta forma, el derecho administrativo no es por lo tanto producto de una generación ni de una necesidad específica, es por el contrario la herencia de una historia evolutiva que da como producto la construcción del Estado y la sociedad democrática. En esta evolución histórica de la edificación del derecho administrativo, se reconoce el aporte de los juristas, con su trabajo perseverante de construcción teórica, análisis y sistematización. La idea de que los gobernantes están sujetos a la responsabilidad de “un buen gobierno”, se encuentra desde la doctrina clásica, Solón, Platón, Sócrates, Aristóteles y Cicerón, entre tantos pensadores de la antigüedad, quienes sustentaron que la naturaleza de un buen gobierno estaba centrada en lograr el bien de la “polis”, el bien de la comunidad. (Olmeda García, Marina del Pilar, 2020, p. 202). Se afirma también que estos pensadores expresaron su convicción de que los gobernantes “debían buscar la felicidad de todos sus gobernados, no de unos pocos, ordenando a tal fin lo conveniente” (De Asís Roig, R., 1991, p. 269).

Algunas corrientes teóricas sostienen con convicción de que esta exigencia sustentada en el campo del conocimiento de las ciencias sociales y en particular de la ciencia jurídica, encuentra también su raigambre en las ciencias exactas, en la misma física newtoniana para demostrar la exigencia de la buena administración como parte de una ley inmutable del universo. Esta traslación de la física al mundo de la ciencia jurídica se observa con claridad en Montesquieu, cuando explica, que: “las leyes en su significación más lata son las relaciones necesarias que se derivan de la naturaleza de las cosas [...]. El hombre, como ser físico está gobernado, al igual que los otros cuerpos por leyes inmutables [...]. La ley, en general es la razón humana en tanto gobierna a todos los pueblos de la tierra” (Bullinger, M, 1987, p. 899).

Más adelante, en el marco del pensamiento de la Ilustración, Pufendorf explicó en el siglo XVIII la existencia de deberes del soberano sustentados en el cumplimiento de las máximas de la ciencia del gobierno. Alexander Hamilton en 1788, en su gran obra *El federalista*, una de las obras más relevantes sobre el análisis del poder público, sostiene, que: “la verdadera prueba de un buen gobierno es su aptitud y tendencia a producir una buena administración”. En la doctrina francesa las ideas de Maurice Hauriou, a finales del siglo XIX, desarrollaron a lo largo de sus obras la idea de “una buena administración”, desde la perspectiva de la “moralidad administrativa”, incluso al margen de la existencia de deberes u obligaciones jurídicas.

En el siglo XX, el arte del buen gobierno y buena administración pasan de la metafísica a la realidad jurídica concreta gracias a los aportes de la doctrina, la jurisprudencia y la propia normatividad. Así, el derecho público surgido de las revoluciones liberales del siglo XVIII especialmente de la francesa y los movimientos revolucionarios de independencia en América Latina del siglo XIX, se enraizó el principio de legalidad como manifestación de la voluntad popular.

Para finales del siglo XX se consolida la traslación de la física al derecho como ideal de la doctrina del derecho público, que enclava el actuar del gobernante en “potestades regladas”, es decir en el principio de legalidad, dejando la discrecionalidad como un mínimo del estado de derecho. El profesor español Eduardo García de Enterría explica “el comportamiento administrativo debe ser cierto y predecible, ubicado en la mera aplicación automática de normas preexistentes” (García de Enterría, Fernández y Tomás Ramón, 2020, p.49). Y ante la imposibilidad de eliminar la discrecionalidad como mal inevitable, se procedió a limitarla

en forma brillante mediante la identificación del control jurisdiccional, con sustento en los principios generales del derecho y elementos debidamente normados.

La lucha contra la inmunidad del poder marca el siglo XXI los paradigmas del derecho administrativo en Iberoamérica y en el desarrollo de algunos países europeos. Estos desarrollos doctrinales sustentaron la ciencia administrativa, en la formación universitaria y en la formación de operadores jurídicos, particularmente de los juzgadores encargados de controlar la administración. No obstante, se observa una indiferencia del derecho con relación al núcleo de las potestades discrecionales, argumentando que este núcleo de decisión discrecional, al estar fundada en criterios no jurídicos, ya sea económicos, políticos o culturales entre otros, es algo no controlable judicialmente, que esta intervención judicial en ese núcleo “supondría la vulneración del principio de separación de poderes y el denominado gobierno de los jueces”. (Ponce Solé, Juli, 2012, p. 223).

En esta circunstancia se da aquí una identificación entre la función del derecho administrativo y el control judicial de la administración, con lo que no se coincide, porque el derecho administrativo es algo más amplio y diferente que el mero control judicial de las decisiones administrativas, sin por esto desconocer la importancia de este control tiene en un estado de derecho.

En las últimas décadas, la crisis de la ciencia del derecho administrativo orientado por la ciencia económica y por la ciencia política, se centra en la necesidad de completar los paradigmas existentes en el que destaca el interés que el derecho tiene en el núcleo de la discrecionalidad para incidir en el comportamiento público.

En la revisión del marco contextual por naciones, se puede ca-

racterizar la presencia y la esencia del derecho administrativo en la siguiente forma: Francia cuna del derecho administrativo; Alemania, una perspectiva técnica-científica; Italia, la conjunción; España, la escuela para América Latina y puerta de acceso al conocimiento jurídico occidental. En América Latina destacan las aportaciones de la doctrina de Argentina, de Brasil, de Colombia, de Chile, de Ecuador y de Perú entre otros. (Venegas Álvarez, Sonia, 2012, p.p. 38-49).

V. HACIA UN BUEN GOBIERNO Y ÉTICA PÚBLICA

Un elemento necesario de sumar en el estudio del derecho administrativo es el relativo al paradigma sobre la eficiencia y calidad de la administración pública, ligado a la idea de un “buen gobierno”. En el presente, la sociedad exige de una administración pública que enfatiza su quehacer en la calidad, la eficiencia, eficacia, el control y ética en el desempeño. El maestro Daniel Márquez Gómez afirma, que “destaca el tema de la revitalización administrativa [...] donde se establecen los derechos, para resaltar la presencia de un derecho humano a la buena administración pública en México” (Márquez Gómez, Daniel, 2012, p. 79). A esto se agrega, “el derecho de los particulares a una buena administración pública en correlación al régimen de responsabilidad del servidor público, para proponer recomendaciones orientadas al mejoramiento del servicio público, con énfasis en los principios que aporta la ética” (Olmeda García, Marina del Pilar, 2012). En efecto, en todo análisis de la relación Estado-particular, deberá estar presente las exigencias ciudadanas de una buena administración pública, asunto necesario que se destaca en este trabajo.

Otra consideración que no puede dejarse de lado es el referido a las afectaciones tan altas a la capacidad de respuesta del Estado, como consecuencia del modelo neoliberal aplicado en nuestro país en las últimas décadas. Este modelo ha propiciado grandes endeudamientos a cargo de empresas públicas; privatización de algunos sectores de la economía como en materia de energéticos; transformación de deudas privadas en deudas públicas como el FOBAPROA, que desvían recursos que pudieran destinarse a finalidades sociales; crecimiento de la marginación y empobrecimiento de la población; incremento de la desigualdad social; corrupción pública en contubernio con sectores privados, y el incremento de la incontenible delincuencia e inseguridad pública, entre otros.

El doctor don Jorge Fernández Ruíz sostiene, que: “la administración pública, como persona jurídica de derecho público, a su interés desarrolla sus actividades a través de personas físicas, que colabora en la conformación de la voluntad de la administración” (Fernández Ruíz, Jorge, 2009, pp. 233-234). En el mismo sentido, se afirma, que el Estado mexicano, “goza de una estructura operativa que ha sido establecida en conjunto con otros elementos y principios en la Constitución general de la República, esta estructura existe para cumplir con los objetivos, cuya materialización el propio documento constitucional le ha encomendado al Estado” (Altamirano Alcocer, Arturo y otros, 2018). Se afirma también, que “para enfrentar los retos de una sociedad compleja y demandante se requiere de un gobierno que modernice e innove [...] la idea central es que las instituciones públicas satisfagan a los usuarios con servicios de calidad y acciones transparentes que generen valor público” (Zamudio Robles, Luis Fernando, 2011. p. 29).

La administración pública de la segunda década del siglo XXI

ya no resulta ser la misma que conocieron los tratadistas de principios del siglo XX, se trata ahora de encontrar nuevas vías y respuestas a las nuevas formas de colaboración público-privado y de reparto de responsabilidades entre la administración y la sociedad, de nuevas estrategias regulatorias. Hoy la sociedad exige que la administración pública cumpla eficientemente con su cometido desde varios ámbitos, el correcto desempeño de los servidores públicos; los sistemas de organización; el apego a criterios científicos y técnicos, y lógicamente en especial, el desempeño ético de toda la estructura administrativa.

Estamos en presencia aquí de lo que algunos llaman la “revitalización administrativa” (Márquez Gómez, Daniel, 2012, p. 80), en el que se destaca la presencia de un derecho humano a una buena administración pública. Se afirma también, que: “La administración pública es pues, la parte del Estado que depende del poder Ejecutivo, su acción es continua y permanente, su finalidad es el interés público. Asimismo, la Administración Pública engloba *per se* actividades de índole político y administrativo, tomando en su poder diversas atribuciones para la distribución de recursos y servicios públicos. Esta actividad acompaña al hombre desde su nacimiento hasta su desaparición de la vida terrestre”. (Colmeiro, 2004, p. 1159).

En la resolución A/RES/60/34 de la Asamblea General de las Naciones Unidas del 7 de marzo de 2006 en el numeral 5, se solicita a los estados miembros, que “respeten los principios de debida gestión de los asuntos y los bienes públicos, equidad, responsabilidad e igualdad ante la ley y la necesidad de salvaguardar la integridad y fomentar una cultura de transparencia, rendición de cuentas y rechazo de la corrupción en todos los niveles y en todas formas. En el numeral 7 de esta resolución se conviene en que las Naciones Unidas promoverán las innovaciones en el gobierno y

la administración pública [...]. En el proceso conducente a revitalizar la administración pública creando una cultura de innovación, colaboración y respuesta a las necesidades.” (ONU, 2006, p. 2).

En el marco de la ética pública y en coincidencia con la construcción de un derecho humano a la buena administración pública, se dio en México un nicho de oportunidad con la reforma constitucional del 10 de junio de 2011. Así se interpreta y valora el enfoque sustentado en derechos, y con la obligación que se impone a todo servidor público privilegiar los derechos humanos, aprovechemos esta oportunidad.

Cabe destacar que en el constitucionalismo mexicano está presente la ética pública y el derecho humano a una buena administración pública, así se preceptúa en la ley fundamental mexicana desde los dos ámbitos de su estructura. Desde el ámbito dogmático se encuentran los preceptos 6to, relativo al principio de máxima publicidad; el 8vo, respecto al derecho de petición; el 16, relativo al principio de fundamentación y motivación de todo mandamiento de autoridad; el 26, relativo a la planeación democrática, entre otros destacados principios de derechos humanos aplicados a la administración pública.

Desde el ámbito orgánico constitucional, se encuentra en primer término las bases de nuestra forma de gobierno y división de poderes en el precepto 40 como “una república, representativa, democrática, laica y federal compuesta por estados libres y soberanos”. En el precepto 49 que consagra la separación y colaboración de poderes. Por lo que respecta a la forma de ejercer la administración pública se determina en los preceptos 80, 89, 90, 91 y 92 de la ley fundamental que contienen el modelo de administración pública centralizada y paraestatal, en el que se sustenta un esquema de organización jerárquica y estructura

organizacional de funciones y atribuciones.

Otro ámbito de la administración pública en el sistema constitucional mexicano es el relativo al federalismo, en el que quedan integradas las entidades federativas y los municipios. El sistema federal que cruza toda la historia constitucional mexicana está previsto en los preceptos del 15 al 22 y 24 constitucionales en los que se preceptúa la estructura, organización de los gobiernos estatales y municipales, así como su coordinación con la federación.

CONSIDERACIONES FINALES

Para concluir, destacamos que el derecho administrativo integra en la administración pública el elemento ético y la exigencia de una visión desde los derechos humanos. Estamos en presencia de un nuevo derecho administrativo al servicio del interés general y al derecho a una buena administración pública.

Un asunto que no puede quedar fuera de esta reflexión es la tragedia que la humanidad enfrenta al desafío mayúsculo de una pandemia tan grave, en la que se pregunta ¿Cómo asegurar las perspectivas de protección integral frente a esta pandemia, a la altura de la magnitud del problema? Y nos contestamos, se ha demostrado que las grandes crisis ponen a prueba la fortaleza humana, la capacidad del ser humano ante la adversidad. En el presente, el Covid-19 llegó violentamente, sin avisar y lo hizo globalmente; ninguna nación, ninguna comunidad, ningún ser humano, estaba preparado para su fuerte embestida. La magnitud de esta pandemia exige de los esfuerzos gubernamentales, exige rescatar, extraer, profundizar en los más altos valores del comportamiento humano, como la responsabilidad, la solidaridad so-

cial, la cooperación y la ayuda.

La emergencia sanitaria por el Covid-19 representa fuertes desafíos para la humanidad, con miradas y aproximaciones diferentes. Puede afirmarse, que es el resultado del modelo de desarrollo económico dominante de desigualdad social, política y económica global, en particular de algunas regiones del mundo como Latinoamérica de la que México es parte. Esta pandemia ha hecho también evidente con claridad, el abuso de los recursos planetarios y sobre todo la vulnerabilidad de la especie humana. Ante esta situación, el Estado deberá evaluar políticas públicas y programas gubernamentales tanto nacionales como regionales, para dar respuestas eficaces que mitiguen los impactos de la pandemia, a corto, mediano y largo plazo. Aquí el derecho administrativo aporta soluciones orientadas a: fortalecimiento políticas públicas en salud, educación, trabajo, empleo y cultura; acciones para el alivio de crédito; esquemas de reprogramación y flexibilidad de pago de obligaciones monetarias; mitigación financiera de cargas tributarias, medidas compensatorias, entre otras estrategias.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta Romero, Miguel (1991), *Teoría general del derecho administrativo*. décima edición, México, Ed. Porrúa.
- Altamirano Alcocer, Arturo y otros (2018), Análisis del procedimiento administrativo de ejecución de la autoridad hacendaria federal, en Nettel Barrera, Alina del Carmen, Aguado Romero, Gabriela, Vello Gallardo (coordinadores), *El discurso de los procedimientos administrativos*. México: Contamara.
- Alighieri, Dante (2012). *Divina Comedia*; traducción en verso ajustada al original por Bartolomé Mitre, Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Recuperado de <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bm-chh6t0>
- Brewer-Carías, Allan R. (1984), en el prólogo al libro de Parejo Alfonso, Luciano, *El concepto del derecho administrativo*. Colección de Estudios Jurídicos No. 23, Caracas: Ed. Jurídica Venezolana.
- Cervantes Saavedra, Miguel de (1999), *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha*. Alicante: Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. Recuperado de: <http://www.cervantesvirtual.com/nd/ark:/59851/bmcd4t2>
- Colmeiro Manuel (2004), *Teoría general del derecho administrativo*. Decimoséptima edición actualizada, México: Ed. Porrúa,
- De Asís Roig, R. (1991), *Deberes y obligaciones en la Constitución*. Madrid: Ed. CEC.
- Fernández Ruiz, Jorge (2006). *Derecho administrativo de Aguas-*

- calientes*. México: Ed. Porrúa- UNAM.
- Fernández Ruíz, Jorge (2009). *Derecho administrativo y administración pública, serie doctrina jurídica*. México: Ed. Porrúa.
- García de Enterría Fernández y Tomás Ramón (2020). *Curso de derecho administrativo*, decimonovena edición, Tomo I, España, Ed. Civitas.
- Gordillo, Agustín H. (2013). *Teoría general del derecho administrativo*, Buenos Aires: Ed. Fundación del Derecho Administrativo.
- Hauriou, Maurice (2017). *La gestión administrative: étude théorique de droit administratif*. United States of America, Ed. Andesite press.
- Huber, citado por Bullinger, M. (1987). La discrecionalidad de la Administración. Evolución y funciones, control judicial, *La Ley*, Año VIII, N° 1831, 30 de octubre de 1987.
- Lagos Fregoso, Jessica Abeth (2001). La administración pública como derecho humano en el marco del derecho internacional de los derechos humanos, México.
- Márquez Gómez, Daniel (2012). Un nuevo paradigma en la administración pública: el derecho humano a una buena administración, en Fernández Ruiz, Jorge (Coordinador), *Estudios jurídicos sobre administración pública*. México: IIJ UNAM y otros.
- Olmeda García, Marina del Pilar (2020). *Ética profesional en el ejercicio del derecho*. México: UABC-Colección conocimiento.
- Olmeda García, Marina del Pilar (2012). Responsabilidad del servidor público y el derecho a una buena administración pública en Fernández Ruiz, Jorge (Coordinador), *Estudios jurídicos sobre administración pública*. México: IIJ

UNAM y otros.

ONU, Resolución 60/34: Administración Pública y Desarrollo, 2006, recuperado de: <https://undocs.org/pdf?symbol=es/A/RES/60/34>

Ponce Solé Juli (2012). *El derecho a una buena administración y el derecho administrativo iberoamericano del siglo XXI, buen gobierno y derecho a una buena administración contra arbitrariedad y corrupción*, España: Universidad de Barcelona.

Rojas Franco, Enrique (2006). *Derecho administrativo de Costa Rica*. México: Porrúa- UNAM.

Santofimio Gamboa, Jaime (2003). *Tratado de derecho administrativo*. 3a. edición, Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

Tolstoi, León. *La guerra y la paz* (2006). Editorial del Cardo, Biblioteca virtual Miguel de Cervantes. Recuperado de: <https://biblioteca.org.ar/libros/133591.pdf>

Venegas Álvarez, Sonia (2012). *Contenido y retos del derecho administrativo mexicano en el siglo XXI*.

Víctor Hugo. *Los Miserables* (2013). E-pub: e-books con estilo. Recuperado de: <http://campusquindio.ddns.net/principal/bibliotecags/Los%20miserables%20victor%20hugo.pdf>

Zamudio Robles, Luis Fernando (2011). Modernización de la administración y las nuevas tendencias de la administración pública, en Concepción Montiel Luis Enrique y Tanimoto Licon, David (coordinadores). *Políticas y nuevas propuestas de gestión pública*. México: Ed. UABC.

EL ESTADO DE DERECHO Y SU RELACIÓN CON LA JUSTICIA ADMINISTRATIVA

María Guadalupe Fernández Ruiz*

El primero en acuñar el concepto de Estado de Derecho fue el jurista alemán Robert von Mohl, quien lo desarrolló en los inicios del siglo XIX, bajo la construcción teórica del concepto de *Rechtsstaat*. Posteriormente, el término fue utilizado a mediados del siglo XX en Francia por *Carré de Malberg* en su idioma: *État de Droit*. Luego, Albert Dicey, en Gran Bretaña, hacia finales del mismo siglo, formuló el *Rule of Law*.

Ya sea el *Rechtsstaat*, *État de Droit* o *Rule of Law*, la acuñación de estos conceptos tiene en común la consigna de la restricción y control del poder político, esto es, la reconducción del poder a las normas, el respeto de las mismas, la tutela judicial y la protección frente a los abusos de los que pueden ser víctimas los individuos en su integridad, libertad o propiedad.¹ En otras palabras, el Estado de Derecho, implica pensar en el ejercicio del poder de manera limitada y sujeta al ordenamiento jurídico.

Entre los estudiosos contemporáneos del concepto de Estado de Derecho, destaca Gustavo Zagrebelsky, quien en su obra “El derecho dúctil” realiza un recuento de la evolución histórica de

* Licenciada, maestra y doctora en Derecho, por la Universidad Nacional Autónoma de México. Actualmente, se desempeña como Jefa de la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la misma Casa de Estudios.

1 Rivero Ortega, Fernández Ruiz. (2019) *Derecho administrativo*, México: Tirant lo Blanch, p. 31.

los conceptos Estado de Derecho, Estado liberal de Derecho y Estado constitucional de Derecho. Desde su perspectiva, el primero de ellos es empleado como “fórmula carente de significado”², y se utilizó para justificar el actuar de Estados totalitarios, bajo el argumento de que la actuación era conforme a la ley, la cual podía ser incluso paralela a las aspiraciones de un Führer, es decir, con aspiraciones de dominio.

Más tarde, con la adición del concepto de “libertad” al Estado de derecho, el autor afirma que la sociedad se convirtió en el centro del ejercicio político-jurídico, por lo que la ley pasó a concebirse como “instrumento de garantía de los derechos”³. De este modo, es posible afirmar que las características principales del Estado liberal de derecho, con la finalidad de evitar la arbitrariedad y generar un equilibrio entre las libertades individuales, fueron la representación electiva, los derechos y libertades de los ciudadanos y la separación de poderes.

Aspecto crucial del Estado liberal —según Zagrebelsky— es su afirmación a través del principio de legalidad, el cual reposiciona a la administración pública con la ley como consecuencia, así como el regimiento de la libertad como el segundo de sus pilares. Así, en caso de colisión, los poderes de la administración pública se conciben como ejecución de autorizaciones legislativas.

Posteriormente, el estudio histórico nos lleva a plantear el Estado constitucional de Derecho, conforme al cual, entre sus críticas, aduce el autor que el Estado da vuelta al paternalismo, que se refleja, por ejemplo, en las funciones de planificación, afirmándose un “principio de autonomía funcional de la Administración” y haciéndose temible la orientación de la ley por su cierta impre-

2 Gustavo Zagrebelsky, Gustavo. (2019) *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 11ª ed., 1ª reimpr., Trotta, 2019, p. 22.

3 *Ibidem.*, p. 23.

visibilidad.⁴

Otros autores, como Zippelius, aseveran de manera general, que el Estado de Derecho se posiciona como contestatario del abuso y arbitrariedad de poder, de su concentración y del absolutismo estatal. Añade que es proveniente de un proceso de surgimiento de instituciones protectoras de derechos y libertades en el que se desea alcanzar un compromiso entre la necesidad de un poder estatal homogéneo, que garantice la paz jurídica y la necesidad de asegurar el mayor grado posible de libertad individual.⁵

En ese tenor, la subordinación del poder al ordenamiento jurídico consiste en “la sujeción de la actividad estatal a la constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca, que garantiza el funcionamiento responsable y controlado de los órganos del poder, el ejercicio de la autoridad conforme a disposiciones conocidas y no retroactivas en términos perjudiciales, y la observancia de los derechos individuales, colectivos, culturales y políticos.”⁶

Independientemente de la denominación o postura, es aceptado por la doctrina que existen ciertas condiciones o elementos necesarios para que exista un auténtico Estado de Derecho, entre las que se encuentran: 1) el imperio de la ley; 2) la jerarquía normativa; 3) la división de poderes; 4) la legalidad de la administración; 5) la fiscalización de la administración pública y, 6) el reconocimiento y respeto de los derechos y libertades fundamentales.

A continuación, analizaremos cada uno de estos elementos:

4 Ibidem., pp. 35 y 36.

5 R. Zippelius, R. (1985) *Teoría general del Estado. Ciencia de la política*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, pp. 310 y 311.

6 D. Valadés, (2002) *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 7.

- 1) Imperio de la ley. La primera condicionante del Estado de Derecho es que la ley se constituya como expresión de la voluntad general, emitida por el órgano de representación popular, subordinada y en conexión a la Constitución. Cabe apuntar que la ley es legítima cuando en el proceso de creación fue observado el procedimiento establecido en el ordenamiento jurídico para su aprobación y, en cuanto a que su emisión fue producto del órgano competente constitucional y legalmente para tal efecto. Asimismo, la ley será eficaz cuando sea observada y acatada por aquéllos a quienes va dirigida, tanto gobernantes como gobernados.
- 2) La jerarquía normativa. Este postulado implica la existencia de una ordenación gradual, lo que deja entrever que no todas las normas se encuentran en el mismo rango, sino que existe una prevalencia de algunas sobre las demás. Así, es preciso recalcar que las normas constitucionales prevalecen sobre las normas secundarias, en tanto las primeras constituyen el fundamento de legitimidad de un Estado.

De este modo, la supremacía constitucional en México funciona como lo dispone el artículo 133 de nuestra Carta Magna, el cual determina que la ordenación normativa se conforma en función de la Constitución Federal, las leyes que de ella emanen, expedidas por el Congreso de la Unión y los tratados internacionales suscritos por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, lo cual constituye la Ley Suprema de toda la Unión y el llamado bloque de constitucionalidad.

En el caso de las entidades federativas, si las legislaturas locales expiden leyes que sean contrarias a la Constitu-

ción, deben prevalecer las disposiciones de la Norma Fundamental y no las de esas leyes ordinarias, aun y cuando provengan de su Constitución local.

- 3) La división del poder es una forma de protección de las libertades del individuo contra el poder absoluto del gobernante, entiéndase, principalmente, el poder ejecutivo. Cabe añadirse que la teoría de separación de poderes fue concebida como un medio para limitar el poder absoluto del monarca, a través de la segmentación del ejercicio del poder en tres bloques separados y limitados (ejecutivo, legislativo y judicial), que impidieran la nociva concentración de la toma de decisiones y los abusos y excesos que ello implica, por lo que en buena medida puede ser vista como un sistema de frenos y contrapesos en donde cada bloque de poder tiene un cierto peso que le permite resistir a los otros para lograr un equilibrio, de esta manera se realiza lo ideado por Montesquieu, ‘que el poder detenga al poder’.

En México, la aparición de nuevos actores, como los organismos constitucionales autónomos, ha hecho pensar si la doctrina planteada por Montesquieu continua vigente; posiblemente pudiera ser actualizada en el sentido de contemplar a los nuevos entes, pero indudablemente, la esencia y el espíritu de la teoría deben permanecer con la misma exigencia que cuando fue creada, porque lo que plantea es una distribución del poder que funcione como un sistema de frenos y contrapesos, que no excluye la colaboración entre los diversos órganos del poder pero sí la concentración de éste en las mismas manos.⁷

⁷ Ivanega, M. M., (2010) *Instituciones de derecho administrativo*, Bogotá:

- 4) El principio de legalidad. Resulta fundamental este principio para la definición de Estado de Derecho, ya que, en un sentido, este dicta que la autoridad únicamente puede realizar aquello para lo que está previamente facultada por una norma jurídica, en la forma y términos determinados por ésta.

Además, dicho principio ampara los derechos humanos de las personas al imponer delimitaciones jurídicas a la voluntad de los gobernantes, con la certeza jurídica que de ello deriva.

En la actualidad, cuando se afirma que el principio de legalidad implica el sometimiento de la autoridad a la ley, se quiere hacer notar el sometimiento al ordenamiento jurídico, el cual está integrado por la Constitución, los tratados internacionales, leyes, reglamentos y demás disposiciones jurídicas, pero además también, por principios y valores. Por otra parte, es preciso recordar que el surgimiento del control de convencionalidad y la trascendencia del ámbito supraconstitucional, han marcado una evolución en el principio de legalidad, pues ahora se hace exigible que exista congruencia con las normas de la Convención Americana sobre Derechos Humanos⁸, así como respecto a otros tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En este sentido, el principio de legalidad se ve potenciado en sus efectos, pues ahora la actuación administrativa se amplía a principios axiológicos de un ámbito supra-

Universidad Externado de Colombia, p. 103.

8 M. A. López Olvera, (2014). *El control de convencionalidad en la administración pública*, México: Novum, p.161 y ss.

constitucional, con lo que la dignidad humana se coloca en una posición crucial, lo que deriva en cambios profundos que dan lugar al principio de juridicidad.

Lo anterior se encuentra establecido en el ordenamiento constitucional que desde la reforma de 2011, reza:

Artículo 1º En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

En seguimiento a lo esgrimido, es de advertirse que el modelo constitucional actual presenta como base el respeto a la dignidad humana y necesaria e ineludiblemente, a los derechos humanos de las personas, lo que debe trascender al ámbito de actuación de las administraciones públicas y de cualquier autoridad.

Conforme a criterios jurisprudenciales, la dignidad humana es un derecho humano y con base en él se reconocen la superioridad de la persona frente a las cosas, la paridad, la individualidad del ser humano, su libertad y autodeterminación, la garantía de su existencia material mínima, la posibilidad real y efectiva del derecho de participación en la toma de decisiones, entre otros aspectos, todo lo cual conforma el fundamento conceptual de la dignidad.

De esta forma, la superioridad del derecho fundamental a la dignidad humana es reconocida también en diversos instrumentos internacionales de los que México es parte, entre ellos, la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Po-

líticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, así como la Declaración y Programa de Acción de Viena, de donde resulta que la dignidad humana es base de los demás derechos humanos reconocidos convencionalmente.⁹

En consecuencia, sobra decir que la actuación de toda autoridad del Estado, en cualquiera de sus órganos depositarios de poder, debe tener como punto de partida para su actuación el respeto a la dignidad humana, lo que pone sobre la mesa el hecho de que los principios axiológicos supraconstitucionales han impactado positivamente el orden jurídico interno.

- 5) Fiscalización de la Administración Pública. Congruente con el principio de legalidad, la administración pública se ve sujeta en su actuación a diversos controles, algunos internos y otros externos a ella. Se precisa de mecanismos, instituciones y procedimientos, que aseguren que esta actúa con sujeción al ordenamiento jurídico; que permitan al ciudadano exigir el cumplimiento de responsabilidades por parte de aquella, así como de vigilar, supervisar y fiscalizar a la administración pública.

Como se había advertido anteriormente, la vigilancia y control de la administración pública se ejerce desde fuera (control externo) y desde dentro de la propia administración (control interno). El primer tipo de control es ejercido por medio de los órganos jurisdiccionales, del órgano Legislativo, del órgano de fiscalización superior (que a

⁹ Dignidad humana. Constituye un derecho fundamental que es la base de los demás derechos humanos reconocidos constitucional y convencionalmente. Tesis I.10°. A. 1CS (10°.) *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, mayo de 2018, p. 2548.

nivel federal es la Auditoría Superior de la Federación), y del *ombudsperson* (la Comisión Nacional de los Derechos Humanos).

Por su parte, en el caso del control interno la función es realizada por la Secretaría de la Función Pública, la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, y por los órganos internos de control de cada una de las dependencias y entidades de la administración pública federal.¹⁰

En cuanto a los controles externos, el realizado por la Auditoría Superior de la Federación, lo ejerce en calidad de órgano técnico de fiscalización de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, dotado de autonomía técnica y de gestión, que se encarga de revisar el uso de los recursos públicos federales en los órganos depositarios del poder, los órganos constitucionales autónomos, las entidades federativas y los municipios, así como en cualquier entidad, persona física o moral que haya manejado o ejercido recursos públicos federales.

Asimismo, como he afirmado, el control externo sobre la administración pública es también el realizado por los órganos jurisdiccionales, bien sea que se encuentren den-

10 El 27 de mayo de 2015 se promulgó la reforma constitucional en materia de combate a la corrupción, en virtud de la cual se reformaron 14 artículos constitucionales, se crearon cuatro leyes y se reformaron otras tres para crear el Sistema Nacional Anticorrupción, como una instancia de coordinación entre las autoridades de todos los órdenes de gobierno en la prevención, detección y sanción de faltas administrativas y hechos de corrupción, así como en la fiscalización y control de recursos públicos. Las autoridades integrantes del Sistema Nacional Anticorrupción, son: Secretaría de la Función Pública, Auditoría Superior de la Federación, Tribunal Federal de Justicia Administrativa, Consejo de la Judicatura Federal, Fiscalía especializada en Combate a la Corrupción, Instituto Nacional de Transparencia, Acceso a la Información y Protección y Protección de Datos Personales, Comité de Participación Ciudadana.

tro del poder judicial o fuera de éste, mediante la actividad jurisdiccional consistente en dictar o decir el derecho en situaciones de controversia, la cual constituye una función pública, término que debe reservarse para designar los modos primarios de manifestarse la soberanía, de donde la numeración primaria de las funciones del Estado, legislativa, ejecutiva y judicial.¹¹

Es preciso añadir que, sin un control jurisdiccional de los actos de la administración, concebida ésta con todos sus poderes, se estaría al margen del Estado de Derecho, en proximidad a un terreno de arbitrariedad con un poder ilimitado e incontrolado jurídicamente. En consecuencia, el Estado de Derecho supone que toda violación cometida en el ámbito de la administración pública, sea rectificadas por ésta, o al menos que se prevea su impugnación ante órganos material y/o formalmente jurisdiccionales¹²; de suerte que la actuación jurisdiccional fuerte e independiente, sin subordinación a ninguno de los otros órganos depositarios del poder, cobra especial relevancia en la eficacia del Estado de Derecho.

6) Protección de los derechos humanos. Una de las principa-

11 Díez, M. M. (1967) *Derecho administrativo*, Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, t. III, p. 187.

12 M. López Olvera y Cienfuegos Salgado, D. (coord.). (2005) *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*, México: Universidad Nacional Autónoma de México, p. 195. En opinión del jurista Héctor Fix Zamudio, la jurisdicción administrativa constituye un sector de la función jurisdiccional del Estado contemporáneo, como un aspecto especializado de la misma por razón de la materia y con independencia del órgano público que ejerce la propia función, ya que debe partirse de un concepto que no sea puramente formal, puesto que en la realidad son numerosos los organismos que realizan esta actividad jurisdiccional y algunos se encuentran estructurados como verdaderos tribunales ya sea que formen o no parte del poder judicial.

les premisas que acompañan a la defensa de los derechos humanos es la aspiración a la consolidación de un auténtico Estado de Derecho. Su esencia comprende aspectos morales, filosóficos, sociales, políticos, culturales y jurídicos.

En otras palabras, se trata de derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición, en la inteligencia de que todos los seres humanos poseemos los mismos derechos, sin ningún tipo de discriminación.¹³

La protección de los derechos humanos se encuentra establecida en el orden jurídico mexicano, tal como se aprecia en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, leyes emanadas de ella y tratados internacionales suscritos por el Ejecutivo y ratificados por el Senado de la República.

En virtud de que el Estado mexicano ha suscrito la Convención Americana sobre Derechos Humanos, fundamento del llamado sistema interamericano, debe respetar los derechos y libertades contenidos en ella, pero aún más, debe estructurar su aparato de gobierno de manera que el ejercicio del poder se realice de forma que garantice el pleno goce de dichas prerrogativas.

En este sentido, México, al igual que otros Estados parte, “debe tomar todas las medidas necesarias para remover los obstáculos que puedan existir para que los individuos puedan disfrutar de los derechos humanos.”¹⁴ Y es que, de otra forma, si no se cuenta con

13 Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/issues/pages/whatarehumanrights.aspx#:~:text=Los%20derechos%20humanos%20son%20derechos,derechos%20humanos%2C%20sin%20discriminaci%C3%B3n%20alguna>, consultada el 2 de febrero de 2020.

14 Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Caso “González y otras*

los órganos, ordenamientos, instituciones y mecanismos que permitan asegurar respeto y plena vigencia a los derechos humanos, éstos se convertirán en meras declaraciones y palabras.

En esta labor, a todos los órganos del Estado incumbe el respeto a tales derechos, y, además, si se mira desde la perspectiva del Estado de Derecho, “precisamente al propio Estado, a sus órganos y poderes, a sus representantes y gobernantes, [les obliga] en cuanto tales a actuaciones en todo momento concordes con las normas jurídicas, con el imperio de la ley, con el principio de la legalidad...”¹⁵, tal y como lo señala Elías Díaz.

En ese sentido, cada uno de los elementos o condiciones mencionados como integrantes del Estado de Derecho resulta vital para su existencia, por lo que no es posible prescindir de alguno; pero no es fútil destacar el papel de la función jurisdiccional como un componente indispensable, pues el progreso y perfeccionamiento de aquel va en paralelo al desarrollo de la jurisdicción. Al respecto, Ferrajoli afirma que, a toda expansión del principio de la legalidad, a todo paso dado en la tarea de limitación y sujeción al derecho del poder, ha correspondido un incremento de los espacios de jurisdicción.¹⁶

La justicia administrativa no ha sido ajena al progreso del Estado de Derecho del que hace mención Ferrajoli, pues es precisamente mediante la función jurisdiccional especializada (tribunales administrativos), que se busca tutelar los derechos de los

(“*Campo Algodonero*”) vs. *México*”, sentencia del 16 de noviembre de 2009.

15 Botegón, J. y Laporta, F. J. (Coord.). (2004). *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, p. 25.

16 L. Ferrajoli, L., *El papel de la función judicial en el Estado de Derecho*, disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juselec/cont/18/drl/drl3.pdf>, consultado el 3 de febrero de 2020.

particulares frente a la Administración Pública.¹⁷

En ese sentido, es indispensable el ejercicio de la función jurisdiccional para solucionar conflictos surgidos entre los administrados y la administración pública, haciendo uso de instituciones, procesos y procedimientos propios, por lo que la justicia administrativa exige el establecimiento de un control jurisdiccional contra las posibles infracciones legales llevadas a cabo por los órganos de la administración pública: es el denominado “régimen jurídico de la Administración”, o sistema de “justicia administrativa”.¹⁸

Al respecto, Velázquez Tolsá considera como herramientas principales de la justicia administrativa los tribunales administrativos y las leyes de procedimiento administrativo. Los primeros por ser en ellos donde se dirimen los conflictos surgidos; y las segundas por establecer límites a la autoridad para la creación, modificación, extinción y ejecución de actos y resoluciones de carácter administrativo, mediante la emisión de actos o resoluciones administrativas, previo al seguimiento de un procedimiento debidamente establecido en el que se respete el derecho humano de audiencia y sus fases esenciales que la componen.¹⁹

De origen francés, la justicia administrativa fue tomando carta de naturalización en distintos países. Inicialmente la función jurisdiccional se encomendó a los tribunales judiciales, pero, más tarde, al amparo de la teoría de la separación de poderes y del principio de “juzgar a la administración es también administrar”, el conocimiento de las controversias derivadas de impugnacio-

17 Fix Zamudio, H. (2002). *La justicia administrativa en México, Conferencias Magistrales*, México: Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto de Defensoría Pública, pp. 29-117.

18 E. Díaz, E. (2010). *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid: Taurus, 4ª ed., p.35.

19 Fernández Ruiz y Otero Salas (coords.). (2015). *Derecho administrativo, segundo curso*, México: Veritatis Verbum, pp. 350-351.

nes de actos administrativos o disposiciones reglamentarias, en que es parte la administración pública, en diversos países se ha encargado a tribunales administrativos. El Tribunal Fiscal de la Federación se crea en 1937, por disposición de la Ley de Justicia Fiscal de 1936; se inicia, como un órgano de jurisdicción delegada, la cual, consiste en que el tribunal administrativo elabora sus decisiones con carácter definitivo y obligatorio, sólo que tales decisiones son pronunciadas a nombre de la administración pública, debido a que esos tribunales se ubican en el ámbito de la propia administración.

Hoy en día, el Tribunal Federal de Justicia Administrativa es, de conformidad con el artículo 73 constitucional, fracción XXIX-H, un tribunal dotado de plena autonomía para dictar sus fallos, y para establecer su organización, su funcionamiento y los recursos para impugnar sus resoluciones. En tanto que el Tribunal de Justicia Administrativa de la Ciudad de México es un órgano jurisdiccional con autonomía administrativa y presupuestaria para emitir sus fallos y con jurisdicción plena.

Ambos tribunales, así como sus homólogos en la República Mexicana, son piezas fundamentales del Estado de Derecho, al ejercer la función jurisdiccional en el ámbito de sus respectivas competencias y contribuyentes en la tutela de los derechos humanos, de modo que, conforme a lo dispuesto en el artículo 1º constitucional, están llamados a salvaguardar los derechos y libertades de los particulares mediante la impartición de justicia fiscal y administrativa, en el ámbito de un esquema de justicia administrativa que ofrece la posibilidad de que la autoridad administrativa se transforme en “poder justiciable”²⁰.

Por tanto, si la razón de ser del Estado de Derecho son los

20 Díaz, E., op. cit., p. 36.

derechos humanos, la justicia administrativa se ve más comprometida a justificarse a sí misma, pues debe ser guardiana de las autoridades para asegurar la eficacia de los multicitados derechos humanos, teniendo en la mira su tutela efectiva ante la actuación de la autoridad administrativa.

FUENTES DE INFORMACIÓN

- Botegón, J. y Laporta, F. J. (Coord.). (2004) *Constitución y derechos fundamentales*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “González y otras (“Campo Algodonero”) vs. México”, sentencia del 16 de noviembre de 2009.
- Díaz, E. (2010) *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid: Taurus, 4ª ed.
- Díez, M. M. (1967) *Derecho administrativo*, Buenos Aires: Bibliográfica Omeba, t. III.
- Dignidad Humana. Constituye un derecho fundamental que es la base de los demás derechos humanos reconocidos constitucional y convencionalmente. Tesis I.10º. A. 1CS (10ª.) *Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t. III, mayo de 2018, p. 2548.
- Fernández Ruiz y Otero Salas (coords.). (2015) *Derecho administrativo, segundo curso*, México: Veritatis Verbum.
- Ferrajoli, L., *El papel de la función judicial en el Estado de Derecho*, disponible en: <http://historico.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/juselec/cont/18/drl/drl3.pdf>, consultado el 3 de febrero de 2020.
- Fix.Zamudio, H. (2002) *La justicia administrativa en México, Conferencias Magistrales*, México: Poder Judicial de la Federación, Consejo de la Judicatura Federal, Instituto de Defensoría Pública.
- Ivanega, M. M., (2010) *Instituciones de derecho administrativo*, Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- López Olvera, M. A. (2014) *El control de convencionalidad en la administración pública*, México: Novum.

- López Olvera, M. y Cienfuegos Salgado, D. (coord.). (2005) *Estudios en homenaje a don Jorge Fernández Ruiz*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas, disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/issues/pages/whatarehumanrights.aspx#:~:text=Los%20derechos%20humanos%20son%20derechos,derechos%20humanos%2C%20sin%20discriminaci%C3%B3n%20alguna>, consultada el 2 de febrero de 2020.
- Rivero Ortega, Fernández Ruiz. (2019) *Derecho administrativo*, México: Tirant lo Blanch.
- Valadés, D. (2002) *Problemas constitucionales del Estado de derecho*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Zippelius, R. (1985) *Teoría general del Estado. Ciencia de la política*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Zagrebel'sky, G. (2019) *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, 11ª ed., 1ª reimpr., Trotta.

PONENCIAS DEL FORO DE JÓVENES
ADMINISTRATIVISTAS
MEDIO AMBIENTE Y
ADMINISTRACIÓN PÚBLICA*

* Foro de Jóvenes Administrativistas, los días 8 y 9 de octubre de 2020, en la Universidad Autónoma de Baja California.

DIMENSIÓN Y ALCANCE SUBJETIVO Y OBJETIVO DE LA RESPONSABILIDAD AMBIENTAL DE LOS ESTADOS EN LA APLICACIÓN DE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD, CONFIANZA LEGÍTIMA, SEGURIDAD JURÍDICA, EFICACIA Y CARGA DE LA PRUEBA

Carlos Fernández-Espinar Muñoz*

I. INTRODUCCIÓN

La presente ponencia tiene por objeto el análisis del alcance y contenido de la responsabilidad de los Estados por vulneración de la normativa ambiental, así como la exposición de los principios y criterios en su aplicación según la doctrina expansiva de las últimas sentencias del Tribunal de Justicia de la Unión Europea y Tribunal Supremo Español. Se ha producido un avance muy esperanzador en los últimos años ampliando de forma decidida su alcance, que tiene una doble dimensión tanto subjetiva como objetiva. Dimensión subjetiva, de una parte, que afecta a cualquier autoridad o poder público de los Estados, y de otra el alcance objetivo relativo a su contenido, como es el resarcimiento de los daños que comprende dicha responsabilidad entre otras medidas.

Muy recientemente, el 28 de noviembre de 2019, la Unión Europea a través del Parlamento Europeo, declaró la emergen-

* Investigador en la Universidad Autónoma de Madrid y en la Spin-off Ius Publicum Innovatio. Colaborador del Anuario de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Madrid, (carlos.fernandezespinar@gmail.com)

cia climática y medioambiental en Europa pero también a nivel global con el objetivo de lograr, a más tardar en el 2050, la neutralidad de la totalidad de las emisiones de gases efecto invernadero (el denominado “balance cero neto de emisiones”), dando un indudable salto cualitativo en la ya relevante posición en estos últimos años de la política ambiental en relación con las demás políticas sectoriales de los 27 Estados miembros en aplicación del esencial principio de transversalidad o integración de la protección ambiental en todas y cada una de las estrategias, programas y planes en la Unión Europea.

En este ámbito, el tratado impone cargas y deberes a los ciudadanos, pero también les otorga derechos que entran a formar parte de su patrimonio jurídico (así por todas, las tempranas sentencias de 5 de febrero 1963, *Van Gend en Loos*, 26/62, y de 15 de julio 1964, *Costa*, 6/64). Pero fue a partir de 1991 (sentencia de 19 de noviembre 1991, *Francovich* C-6/90 y C-9/90) cuando surgen de forma decidida las primeras sentencias en las que se declara que “el Derecho comunitario impone el principio de que los Estados miembros están obligados a reparar los daños causados a los particulares por las violaciones del Derecho comunitario que les sean imputables” (muy relevantes las sentencias de 5 de marzo 1996, *Brasserie du Pêcheur y Factortame*, C-46/93 y C-48/93, de 7 de enero 2004, *Wells*, C-201/02, y de 25 de noviembre 2010, *FuB* C-429/09). En las mismas, se establece ya con claridad que la responsabilidad es objetiva (vulneración del derecho comunitario), sin que tenga que existir culpa, concepto que se concreta en “un acto intencional o en negligencia” del órgano estatal al que sea imputable la infracción.

Sin embargo, ha sido a partir de la Sentencia de 14 de marzo 2013, en el asunto *Leth*, C-420/11, cuando el Tribunal ha am-

pliado la responsabilidad de los daños a los bienes patrimoniales de los ciudadanos por vulneración de la normativa ambiental, en este caso de la Directiva de evaluación ambiental de proyectos al no llevarse a cabo la evaluación requerida de un proyecto de ampliación del aeropuerto de Viena-Schwechat. A partir de la misma, el Tribunal establece que el objetivo de protección ambiental sí puede incluir los perjuicios patrimoniales ocasionados en la medida que sean consecuencia económica directa de las repercusiones sobre el medio ambiente de un proyecto (así, la devaluación del valor de la casa del reclamante y futuros daños en el denominado medio ambiente del ser humano y su calidad de vida).

La evolución en la exigencia del correcto desempeño de la función preventiva de la protección medioambiental, indisolublemente unida a la de la salud humana, supone un decisivo y necesario avance que parece haber calado ya hondo en la jurisprudencia y criterio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea. Todo ello, de conformidad con el relevante desarrollo en la aplicación de los principios y criterios clásicos sobre responsabilidad, entre otros: objetividad, proporcionalidad, confianza legítima, seguridad jurídica, prevalencia de los diversos intereses en juego, eficacia..

Así, en las últimas sentencias de 2019 y 2020 (C-636/18 Francia calidad del aire y C- 752/18 Baviera calidad del aire), destaca la firmeza del Tribunal al exigir la adopción de las medidas y objetivos medioambientales vinculantes “en el tiempo más breve posible” y la carga probatoria por parte del Estado, situando de manera prevalente la protección medioambiental y de la salud humana respecto a otros valores tradicionalmente inatacables. Todo ello a la vez que hace caso omiso, acertadamente, de las

infundadas alegaciones formuladas por las potencias europeas relativas a “deficiencias estructurales” que imposibilitaban la implementación de las referidas medidas. Por último, en relación con estas sentencias, subrayar como gran novedad la posibilidad de establecer medidas de arresto personal a las autoridades responsables del incumplimiento.

II. PRINCIPIOS CLÁSICOS EN LA JURISPRUDENCIA ESPAÑOLA

Una vez expuesto el contexto jurisprudencial europeo, en las siguientes páginas nos dedicaremos a un estudio en profundidad sobre la aplicación y evolución de la doctrina jurisprudencial española respecto de los principios clásicos citados en el anterior párrafo en las sentencias del Tribunal Supremo de 23 de enero de 2020, 27 de febrero de 2018, 20 de diciembre de 2017 y del Tribunal Constitucional de 17 de diciembre de 2015 y de 17 de octubre de 2018, entre otras.

La reciente sentencia del Tribunal Supremo 156/2020, de 23 de enero, Sala de lo Contencioso-Administrativo (Sección 5ª), se ha ocupado de una relevante cuestión que tiene un gran interés casacional objetivo. Se trata de determinar el impacto que sobre el régimen de la responsabilidad patrimonial de las administraciones públicas puede tener una norma legislativa posterior que deja sin efecto un acto administrativo previamente declarado nulo por sentencia, a efectos de determinar si esa actuación del poder legislativo (que no prevé un régimen indemnizatorio específico) posterior a la sentencia rompe el nexo causal entre los posibles daños padecidos por el administrado y dicha actuación administrativa.

La Sala Tercera se pronuncia así sobre la problemática relativa a la existencia o no de exención de responsabilidad patrimonial, ante la pretensión de eliminación del nexo causal a posteriori por el legislador, derivada de la previa vulneración de la normativa de evaluación ambiental por la propia Administración Pública en relación con determinadas situaciones inherentes al fomento y desarrollo de instalaciones de energías renovables. Es destacable que se analizan tanto la responsabilidad patrimonial por actuación administrativa como la responsabilidad patrimonial por actuación legislativa, supuestos bien distintos y analizados en la Jurisprudencia en la que estos dos diferentes tipos de responsabilidad se distinguen fácilmente.

Las normas jurídicas objeto de interpretación consisten en los artículos 106.2 de la Constitución Española y 32.1 y 34.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público. Además de estos artículos, la sentencia también se extiende al artículo 32.3 y apartados siguientes de la Ley 40/2015. Mientras que el artículo 32.1 Ley 40/2015 tiene por objeto de una parte la responsabilidad patrimonial por actuaciones de las administraciones públicas como consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, de otra el artículo 32.3 Ley 40/2015 se ocupa de la responsabilidad patrimonial por actos legislativos no expropiatorios de derechos cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que especifiquen dichos actos.¹

1 Sobre la responsabilidad patrimonial del Estado legislador, entre otros, los trabajos de Alonso García, M.^aC. (2013) “La responsabilidad patrimonial del Estado legislador” en *La Responsabilidad patrimonial de la Administración Pública*, págs.503-550, Tirant lo Blanch, 2^a ed. Valencia (Dir. Quintana López, T.); Blasco Esteve, A. (2007). “Supuestos indemnizatorios en la Ley del Suelo”, REALA n° 304, págs. 9 y ss; Martín Rebollo, L (2007). La responsabilidad local

Los particulares tienen derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas correspondientes, de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos, siempre que la lesión sea consecuencia del funcionamiento normal o anormal de los servicios públicos, salvo en los casos de fuerza mayor o de daños que el particular tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. La anulación en vía administrativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización (artículo 32.1 Ley actual 40/2015). Mientras que, los particulares tienen derecho a ser indemnizados por las Administraciones Públicas de toda lesión que sufran en sus bienes y derechos como consecuencia de la aplicación de actos legislativos de naturaleza no expropiatoria de derechos que no tengan el deber jurídico de soportar, cuando así se establezca en los propios actos legislativos y en los términos que en ellos se especifiquen (artículo 32.3 Ley actual 40/2015).

En relación con la interesante cuestión relativa a si este principio legal del artículo 32.3 es acorde con las exigencias constitucionales o por el contrario sería inconstitucional, se pronuncia Rodríguez de Santiago mediante una sugerente reflexión acudiendo a la doctrina alemana:

La demostración utiliza razones semejantes a las que se usan para afirmar la vigencia en el Derecho español de la

en materia de urbanismo, *Anuario del Gobierno Local*, págs. 113 y ss., Barcelona; García de Enterría, E. *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*, 2ª ed. Civitas-Aranzadi, Pamplona 2007; Santamaría Pastor, J.A. (1972) “La teoría de la responsabilidad del Estado legislador”, RAP n° 68, págs. 57 y ss; y Quintana López, T. (1994) “La responsabilidad del Estado legislador”, RAP n° 135, págs.103-148.

Junktim-Klausel alemana, conforme a la cual una ley que lleve a cabo una expropiación sólo es constitucional si ella misma regula el tipo y la medida de la indemnización. El principio de legalidad presupuestaria (art. 134.2 CE) y la competencia presupuestaria del Parlamento (art. 66.2 CE) no se hacen fácilmente compatibles con el reconocimiento por Administración y Tribunales de derechos económicos que pudo haber previsto (sin hacerlo) el legislador, si hubiera tramitado un procedimiento suficientemente reflexivo del proyecto legislativo. Por otra parte, para los casos (como el del segundo supuesto planteado más arriba) en los que el órgano judicial concede una indemnización para salvar una supuesta inconstitucionalidad de la norma legal que no la previera, es necesario destacar que el monopolio del Tribunal Constitucional para expulsar del ordenamiento las leyes inconstitucionales casa mal con la posibilidad de que los órganos administrativos y judiciales convaliden una ley que vulnere la confianza legítima y que no prevé la indemnización mediante el reconocimiento *a posteriori* de una compensación no regulada legalmente, que salvaría la constitucionalidad de la ley.²

Es requisito esencial y punto de referencia para la aplicación del instituto resarcitorio, que sólo serán indemnizables las lesiones producidas a los ciudadanos que provengan de daños que este no tenga el deber jurídico de soportar de acuerdo con la Ley. Igualmente, siendo esta cuestión de indudable importancia

2 J.M^a. Rodríguez de Santiago (2020), “Vulneración por el legislador de la confianza legítima: ¿inconstitucionalidad o responsabilidad?”, en *Almacén de Derecho*.

en materias de valoración y evaluación técnica como la materia relativa a la evaluación de proyectos de energías renovables, objeto del presente trabajo, debe tenerse en cuenta que no serán indemnizables 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 existentes en el momento de producción de aquéllos”, todo ello sin perjuicio de las prestaciones asistenciales o económicas que las leyes puedan establecer para estos casos (artículo 34.1 Ley actual 40/2015).

El Tribunal Supremo resuelve la cuestión central de indudable interés casacional estimando el recurso, argumentando que la Disposición Adicional Tercera de la Ley autonómica 7/2013 no afecta al Concurso litigioso en sí, y se limita a “*dejar sin efecto*” las asignaciones de potencia realizadas en la resolución del concurso, sin proceder a su anulación por cuanto el mismo se encontraba en ese momento sujeto a un procedimiento jurisdiccional ante el Tribunal Supremo. En definitiva, esta sentencia casacional distingue claramente en estos casos, en expresión de la Sala Tercera la existencia de dos relaciones y dos consecuencias jurídicas diferentes. En efecto, ambas parten de unas causas totalmente distintas, por una parte, la exigencia de responsabilidad patrimonial a la Administración de Cantabria por una incorrecta actuación administrativa, judicialmente anulada al haberse omitido el preceptivo trámite de evaluación ambiental (cuestión principal que compete resolver al tribunal), y por otra la responsabilidad patrimonial por un acto legislativo que deja sin efecto la asignación de potencia eólica.

El imprescindible requisito del nexo causal como uno de los cuatro requisitos de la responsabilidad patrimonial, que niega la sentencia de instancia al entender erróneamente que “el mismo

ya no existía al haberse dejado sin efecto el concurso por la ley de Cantabria”. Bien al contrario, no es posible la denominada “validación legislativa a la inversa”, estableciendo el Tribunal Supremo la relevante doctrina casacional relativa a que la ley posterior no puede alterar, interrumpir, afectar, o incidir en el nexo causal de una exigencia de responsabilidad patrimonial derivada de una actuación administrativa ilegal.

La anulación jurisdiccional de la convocatoria de un concurso para la asignación de potencia eólica, como consecuencia de la vulneración de normas medioambientales, constituye un supuesto de funcionamiento anormal de los servicios públicos. Debemos destacar, para ulteriores casos en la materia, no sólo ya en supuestos de concursos anulados sino, por ejemplo, en situaciones en que se ha producido la anulación judicial de Declaraciones de Impacto Ambiental y de las autorizaciones relativas a instalaciones de energías renovables por la “inadecuada declaración de impacto ambiental aprobada por la Administración”, principalmente hasta ahora parques eólicos, incluso en funcionamiento desde su acta de puesta en marcha, que la intervención en el mismo de la entidad promotora, confiando legítimamente en la validez del concurso, provoca, sin duda, la responsabilidad patrimonial correspondiente y el derecho a la indemnización mediante la reparación integral de los daños causados.

De gran interés es el fundamento con el que concluye la Sentencia relativa a la importancia del concepto relativo a “la apariencia de legalidad” causada por la administración pública antes de la anulación de la actuación administrativa, concepto distinto al de “razonabilidad”, “margen de tolerancia” o “margen de apreciación”, utilizado en diversas sentencias y al que se acude con frecuencia con vistas a la desestimación de las reclamaciones en

los informes preceptivos previos de los Consejos consultivos autonómicos, de forma muy confusa y difícil en su interpretación y aplicación, estableciendo la Sala Tercera la existencia de una indudable responsabilidad patrimonial de la Administración cuando “las circunstancias concretas del caso hayan creado, antes de su nulidad, “un ámbito o una apariencia de legalidad de tal intensidad que haya sido el fundamento de la inversión realizada”.

“Aunque no en todos los supuestos de anulación de actos administrativos se desencadena necesariamente una responsabilidad patrimonial de la Administración, la misma sí procede, en supuestos como el de autos, en el que los participantes, confiados en la vigencia y legalidad del curso ---apariciencia provocada por la Administración Pública--- han devengado gastos que han devenidos inútiles. Obvio es, por tanto, que no toda anulación de actuaciones administrativas planeamiento conlleva irremisiblemente la responsabilidad patrimonial de la Administración, sino sólo en los supuestos en que las circunstancias concretas del caso hayan creado, antes de su nulidad, un ámbito o una apariencia de legalidad de tal intensidad que haya sido el fundamento de la inversión realizada. Y este es el supuesto de autos en el que se ha producido un daño efectivo (por importe de 471.557 euros), que no meras expectativas ---estas no se reclaman---, por cuanto fueron gastos efectivos y devenidos inútiles”.

Bien distinto, como decíamos, de la doctrina sobre la razonabilidad, actuación “razonada y razonable” de la Administración, habitualmente invocada por la misma para rechazar en vía administrativa la reclamación presentada o para su defensa en el posterior ámbito judicial del proceso contencioso-administrativo, pretendiendo buscar amparo legal en el vigente artículo 32.1 de la Ley 40/2015 que establece que “La anulación en vía adminis-

trativa o por el orden jurisdiccional contencioso administrativo de los actos o disposiciones administrativas no presupone, por sí misma, derecho a la indemnización”.

La razonabilidad de la actuación de la Administración consiste en considerar si la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de las normas que aplica, y se relacionaría así con la inexistencia de la antijuridicidad del daño, uno de los requisitos básicos necesarios como es bien conocido para la aplicación de la responsabilidad patrimonial, consistente en que el ciudadano no tenga el deber jurídico de soportar el perjuicio que le ha ocasionado la actuación de la Administración como establece el actual artículo 32.1 de la Ley 40/2015.

Como exponente de este principio de razonabilidad en la actuación de la Administración, de indudable inseguridad para el ciudadano en el resultado de su aplicación judicial por el enorme margen de apreciación en el mismo, se encuentra entre otras la Sentencia del Tribunal Supremo de 27 de febrero de 2018 (casación 2981/2016), reiteradamente invocada por la Administración, y que establece:

La responsabilidad patrimonial no se anuda con carácter necesario a la anulación del acto o resolución administrativa, sino que es preciso valorar tal actividad administrativa se ha producido en el margen de razonabilidad que corresponde al caso. Ciertamente la anulación del acto pone de manifiesto la ilegalidad de la actuación administrativa y el derecho de quien obtiene tal declaración a que se restablezca la legalidad perturbada, pero ello no lleva necesariamente consigo la producción de una lesión para el interesado que resulte indemnizable en concepto de responsabilidad patrimonial, para lo cual es preciso que concurren los requisitos

exigidos al efecto, entre ellos la antijuridicidad del daño, que, como hemos señalado antes, no viene referida al aspecto subjetivo de la legalidad o ilegalidad de la actividad administrativa sino al objetivo de la reparabilidad del perjuicio que resulta de la inexistencia de un título que justifique el daño.

La teoría sobre el margen de tolerancia y la posibilidad de que el órgano judicial aprecie una supuesta razonabilidad de la actuación de la Administración declarada ilegal, que sustentaría el supuesto deber jurídico de soportar la lesión por parte del ciudadano, no encajan con el carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial de la Administración³ y suponen, en definitiva, una huida del carácter objetivo de la responsabilidad que es onerosa económicamente e incómoda en el “prestigio” técnico en que se funda la pretendida “discrecionalidad técnica” de la Administración en relación a la sociedad.

El fundamento último del principio de razonabilidad se pretende apoyar, de forma injustificada en nuestra opinión, y en contra del ya indiscutido carácter objetivo de la responsabilidad patrimonial como indudable conquista de la evolución de nuestra institución resarcitoria, en el principio de eficacia del artículo 103.1 de la Constitución, argumentando que los órganos judiciales que han de resolver sobre una decisión denegatoria del reconocimiento a un ciudadano del derecho a ser indemnizado por los daños que le ha causado una actuación administrativa después anulada, debería afrontar su análisis para comprobar si la decisión administrativa refleja una interpretación razonable de

3 Sobre la cuestión, Díez Sastre, S. (2012), “Culpa vs. ilegalidad. De nuevo sobre el fundamento de la responsabilidad por acto administrativo”, *Revista española de derecho administrativo*, N° 153, págs. 63-88.

las normas que aplica, orientada a satisfacer los fines para lo que se la ha atribuido la potestad que ejercita, y, con ello, si se ha producido dentro de los parámetros de racionalidad exigibles a una organización pública llamada a satisfacer los intereses generales con objetividad, pero también con eficacia.

III. LA RESPONSABILIDAD OBJETIVA DE LAS ADMINISTRACIONES PÚBLICAS

En la reciente Sentencia del Tribunal Constitucional 112/2018 de 17 de octubre, nuestro Alto Tribunal ha venido a poner fin a la discusión doctrinal sobre si el artículo 106.2 de la Constitución recoge un sistema de responsabilidad objetiva o si, por el contrario, la remisión que se hace a la ley al establecer “los particulares en los términos establecidos por la ley” podría amparar otro sistema de responsabilidad como el subjetivo basado en la culpa de la Administración, sistema característico con carácter general de la responsabilidad civil (artículo 1902 Código Civil).

Responsabilidad patrimonial objetiva en nuestro Estado de Derecho que, a diferencia de otros sistemas jurídicos donde para determinar si la Administración es responsable hay que examinar la conducta o negligencia del agente causante, de ahí su denominación de subjetiva en otros países, en España se ha consolidado una institución resarcitoria bien distinta en la que, para determinar dicha responsabilidad, no hay que pasar por un primer filtro relativo a examinar la actuación u omisión del agente causante del daño, sino en si se ha causado un daño en el patrimonio del perjudicado, pudiendo ser la actuación tanto lícita como ilícita, regular o irregular, al poder proceder y ser consecuencia

la lesión causada al ciudadano tanto del funcionamiento normal como anormal de los servicios públicos respectivamente, como destaca García de Enterría.⁴

Por otra parte, la sentencia del Tribunal Supremo 2038/2017, de 20 de diciembre, aplica la doctrina del Supremo consistente en que, en la interpretación y aplicación de las normas ordenadoras del régimen jurídico y económico de producción de energía eléctrica a partir de fuentes renovables, las mismas garantizan a los titulares de estas instalaciones el derecho a una rentabilidad razonable de sus inversiones, pero no les reconocen “un derecho inmodificable” a que se mantenga inalterado el marco retributivo aprobado:

Esta línea jurisprudencial ha continuado hasta nuestros días, en sentencias de este Tribunal de 20 de marzo de 2007 (recurso 11/2005), 9 de diciembre de 2009 (recursos 149/2007 y 152/2007), 12 de abril de 2012 (recurso 40/2011), 13 de septiembre de 2012 (recurso 48/2011), 15 de octubre de 2012 (recurso 64/2011), 10 de diciembre de 2012 (recurso 138/2011), 29 de enero de 2013 (recurso 232/2012), 29 de mayo de 2013 (recurso 193/2010) y de 16 de marzo de 2015 (recurso 118/2013), entre otras, en las que este Tribunal ha venido insistiendo, ante sucesivas modificaciones normativas, en que no era posible reconocer pro futuro a los titulares de las instalaciones de producción de energía eléctrica en régimen especial, un “derecho inmodificable” a que se mantenga inalterado el marco retributivo aprobado

4 E. García de Enterría y Fernández Rodríguez, T.R. (2017) “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo II, Capítulo XXI sobre la Responsabilidad patrimonial de la Administración, 15ª edición. Ed. Civitas, Madrid.

por el titular de la potestad reglamentaria, siempre que se respeten las prescripciones de la Ley del Sector Eléctrico en cuanto a la rentabilidad razonable de las inversiones.

Y por ello, establece que no resulta de aplicación en estos casos el principio de confianza legítima frente a los argumentos de los recurrentes que defienden que las cuantías de las indemnizaciones no pueden limitarse, en el presente caso, únicamente a dichos reducidos gastos, pretendiendo que comprendan tanto el daño emergente como el lucro cesante ante el cambio normativo autonómico producido en materia de regulación energética en Galicia en 2009.

Los continuos y recientes cambios normativos, nada convenientes ni deseables para la seguridad de las inversiones y desarrollo del sector en materia de energías renovables, han puesto de manifiesto la tensión del ejercicio de la legítima capacidad y función legislativa de los poderes públicos y su permanente adaptación al interés general con dos principios básicos en un Estado de Derecho a saber, el constitucional de seguridad jurídica (art. 9.3 CE) y su corolario principio de confianza legítima. La referencia de todo ello es la Sentencia del Tribunal Constitucional 270/2015, de 17 de diciembre, que aborda la cuestión de la vulneración o no de dichos principios por el Real Decreto-ley 9/2013, de 12 de julio, por el que se adoptan medidas urgentes para garantizar la estabilidad financiera del sistema eléctrico, y considera que dichos principios no resultan vulnerados por las relevantes modificaciones en el régimen retributivo que supuso para el sector de energías renovables dicho cambio normativo sobre el régimen retributivo primado anterior al Real Decreto-ley 9/2013, cuya última regulación estaba contenido en el Real De-

creto 661/2007, 25 de mayo. Como es bien sabido, la doctrina de dicha Sentencia no ha sido compartida en el ámbito internacional de arbitrajes al que han acudido numerosas empresas afectadas y con el resultado de resoluciones de condena al Estado español por cuantiosas cifras. Ante ello, recientemente el Gobierno ha aprobado el Real Decreto-ley 17/2019, 22 de noviembre, que intenta “in extremis” paliar y reconducir la situación en la medida de lo posible.⁵ La Sentencia del Tribunal Supremo 2038/2017, de 20 de diciembre, que confirma la del Tribunal Superior de Justicia de Galicia aquí comentada, aplica la doctrina del Tribunal Constitucional en su controvertida y citada Sentencia 270/2015⁶,

5 Sobre los principios de seguridad jurídica, y su corolario la confianza legítima, vid. Bacigalupo Saggese, M. (2003) “Límites constitucionales a la innovación legislativa: retroactividad, retrospectión y responsabilidad patrimonial del Estado” en el número monográfico sobre El principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones, Documentación Administrativa nº 263-264, págs. 105-135; Del Guayo Castiella, I. (2012) “Seguridad jurídica y cambios regulatorios (A propósito del Real Decreto-ley núm. 1/2012, de 27 de enero, de suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y de supresión de las primas para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica mediante fuentes de energía)”, *Revista española de derecho administrativo*, Nº 156, págs. 217-254; y García Luengo, J. (2002) “El principio de protección de la confianza en el Derecho Administrativo”, *Civitas*, Madrid.

6 La STC 270/2015 de 17 de diciembre establece al respecto que: “En palabras de este Tribunal, los principios de seguridad jurídica y confianza legítima no “permiten consagrar un pretendido derecho a la congelación del ordenamiento jurídico existente (SSTC 182/1997, de 28 de octubre, FJ 13, y 183/2014, de 6 de noviembre, FJ 3) ni, evidentemente pueden impedir la introducción de modificaciones legislativas repentinas, máxime cuando lo hace el legislador de urgencia (STC 237/2012, de 13 de diciembre, FJ 6). En estos casos, es precisamente la perentoriedad de la reacción legislativa -cuya concurrencia en este caso ya ha sido examinada- la que abre la puerta a la injerencia del gobierno en la legislación vigente, al amparo del art. 86.1 CE” (STC 81/2015, de 30 de abril, FJ 8). No sería coherente con el carácter dinámico del ordenamiento jurídico y con nuestra doctrina constante acerca de que la realización del principio de seguridad jurídica, aquí en su vertiente de protección de la confianza legítima,

estableciendo que, en el presente caso, no se han vulnerado los principios de seguridad jurídica y confianza legítima. La Sentencia del Tribunal Supremo concluye que la concurrencia de razones de interés público y la existencia de un cambio de modelo, en gran medida incompatible con el anterior, justificaba la suspensión por parte de la Junta de Galicia de los procedimientos que se estaban tramitando, rechazando cualquier vulneración del principio de confianza legítima, y reiterando lo expuesto por dicha Sala en sus anteriores pronunciamientos contenidos en la STS 955/2016, de 29 de abril, que se remite a la anterior de 30 de marzo de 2016 (recurso de casación 4059/2013).

La suspensión de la tramitación de los procedimientos en curso hasta que se apruebe la nueva normativa legal, basada en el modelo energético diseñado por el actual gobierno autonómico gallego, y el posterior concurso ajustado al modelo aprobado, es avalada por el Tribunal Supremo en razón de preservar el interés general y evitar así que el otorgamiento de las autorizaciones de parques eólicos conforme al modelo anterior pudiera obligar a la Administración incluso a la expropiación de los derechos adquiridos por los adjudicatarios a través de dichas autorizaciones⁷. Para justificar la legalidad de dicha actuación, la Sentencia del Tribunal Supremo acude a la comparación por analogía en materia urbanística con la suspensión de licencias en tramitación ante un cambio en el Planeamiento urbanístico cuya aprobación se

no puede dar lugar a la congelación o petrificación de ese mismo ordenamiento (por todas, STC 183/2014 , FJ 3), por lo que no cabe sino concluir que la regulación impugnada se enmarca en el margen de configuración del legislador, que tiene plena libertad para elegir entre las distintas opciones posibles, dentro de la Constitución.»

⁷ Vid. J.M^a Rodríguez de Santiago, (2016) *Metodología del derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Marcial Pons, Madrid.

encuentra a su vez tramitándose *efectiva del nuevo plan*’ (STS, Sala Tercera, Sección 5 del 22 de mayo de 2014).⁸

IV. REFLEXIÓN FINAL

El análisis realizado demuestra, de una parte, una doctrina más proclive a la responsabilidad patrimonial sobre el principio de “apariencia de legalidad” de la actuación de la Administración y el rechazo del Tribunal Supremo al intento posterior del poder legislativo de la “validación legislativa a la inversa”, y con ello más esperanzadora para los ciudadanos a ser indemnizados de toda lesión que sufran en cualquiera de sus bienes y derechos mediante la efectiva aplicación del artículo 106.2 CE. Sin embargo, de otra parte, estamos siendo testigos en los últimos años de una tendencia a una involución en la rebaja de los estándares de actuación administrativa y principios de buena administración, situación en la que se encuentra muy cómoda el Gobierno correspondiente beneficiado con la cobertura y amparo de ciertos jueces y tribunales, con la consiguiente rebaja de las garantías y los derechos del ciudadano. No podemos ser más contundentes al afirmar que, sería un terrible error la regresión en el plano de adoptar de nuevo el criterio de la subjetividad disfrazada de “ra-

8 En el ámbito de la responsabilidad patrimonial en materia urbanística, los trabajos de Blasco Esteve, A. (2007) “Supuestos indemnizatorios en la Ley del Suelo”, *Reala* nº 304, págs. 9 y ss.; Martín Rebollo, L. (2007) “La responsabilidad local en materia de urbanismo”, *Anuario del Gobierno Local*, págs. 113 y ss., Barcelona; Suay Rincón, J. (2013). Responsabilidad patrimonial en el ámbito urbanístico, en *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*, págs.949-1005, Tirant lo Blanch, 2ª ed. Valencia (Dir. Quintana López, T); y Velasco Caballero, F. (2019) “Derecho urbanístico en la Comunidad de Madrid”, Capítulo XIII sobre Disciplina Urbanística, pág. 382, Versión 1.4. Instituto de Derecho Local UAM, Madrid.

zonabilidad” y “margen de tolerancia”, dejando de lado la conquista histórica de la objetividad de la responsabilidad patrimonial tan defendida por la más autorizada doctrina y confirmada en la interpretación del Tribunal Constitucional del artículo 106.2 de la Constitución Española.

BIBLIOGRAFÍA

- Alonso García, M.^aC. (2013). La responsabilidad patrimonial del Estado legislador, en *La Responsabilidad patrimonial de la administración pública*, págs. 503-550, Tirant lo Blanch, 2^a ed. Valencia (Dir. Quintana López, T.)
- Bacigalupo Saggese, M. (2003). Límites constitucionales a la innovación legislativa: retroactividad, retrospección y responsabilidad patrimonial del Estado, en el número monográfico sobre *El principio de seguridad jurídica y sus manifestaciones*, Documentación Administrativa n^o 263-264, págs. 105-135.
- Blasco Esteve, A. (2007). Supuestos indemnizatorios en la Ley del Suelo, *Reala* n^o 304, págs. 9 y ss.
- Del Guayo Castiella, I. (2012). “Seguridad jurídica y cambios regulatorios (A propósito del Real Decreto-ley núm. 1/2012, de 27 de enero, de suspensión de los procedimientos de preasignación de retribución y de supresión de las primas para nuevas instalaciones de producción de energía eléctrica mediante fuentes de energía)”, *Revista española de derecho administrativo*, N^o 156, págs. 217-254.
- Díez Sastre, S. (2012). Culpa vs. ilegalidad. De nuevo sobre el fundamento de la responsabilidad por acto administrativo, *Revista española de derecho administrativo*, N^o 153, págs. 63-88.
- García Luengo, J. (2002). El principio de protección de la confianza en el derecho administrativo, *Civitas*, Madrid.
- García de Enterría, E, y Fernández Rodríguez, T.R. (2017) “Curso de Derecho Administrativo”, Tomo II, Capítulo XXI

- sobre la *Responsabilidad patrimonial de la administración*, 15ª edición. Ed. Civitas, Madrid.
- García de Enterría, E. (2007) *La responsabilidad patrimonial del Estado legislador en el derecho español*, 2ª ed. Civitas-Aranzadi, Pamplona.
- Martín Rebollo, L. (2007) La responsabilidad local en materia de urbanismo, *Anuario del Gobierno Local*, págs. 113 y ss., Barcelona
- Quintana López, T. (1994) La responsabilidad del Estado legislador, *RAP* nº 135, págs.103-148.
- Rodríguez de Santiago, J.Mª. (2016). *Metodología del derecho administrativo. Reglas de racionalidad para la adopción y el control de la decisión administrativa*, Madrid, Marcial Pons.
- Rodríguez de Santiago, J.Mª. (2020). Vulneración por el legislador de la confianza legítima: ¿inconstitucionalidad o responsabilidad?, en *Almacén de Derecho*.
- Suay Rincón, J. (2013). Responsabilidad patrimonial en el ámbito urbanístico, en *La responsabilidad patrimonial de la administración pública*, págs. 949-1005, Tirant lo Blanch, 2ª ed. Valencia (Dir. Quintana López, T)
- Santamaría Pastor, J.A. (1972). La teoría de la responsabilidad del Estado legislador, *RAP* nº 68, págs. 57 y ss.
- Velasco Caballero, F. (2019) Derecho urbanístico en la Comunidad de Madrid, Capítulo XIII sobre la Disciplina Urbanística, pág. 382, Versión 1.4. Ed. Instituto de Derecho Local UAM, 2019, Madrid.

BIODIVERSIDAD Y CAMBIO CLIMÁTICO EN PERÚ: CRITERIOS PARA UNA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL EXITOSA

Juan Alexander Carranza Aybar*

I. NOTA INTRODUCTORIA

El presente trabajo analiza la regulación de la evaluación de impacto ambiental en Perú, concretamente, sus antecedentes y los acápites referidos a la identificación y caracterización de los impactos ambientales negativos de los proyectos de inversión sujetos al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental peruano (en adelante, SEIA), para determinar si resultan atinentes con las estrategias de gestión de cambio climático y de la biodiversidad.

Se comienza abordando conceptos fundamentales en el derecho ambiental como el cambio climático, la biodiversidad, sus impactos y cómo ambos se relacionan; luego, se analiza cómo el derecho internacional y la normativa doméstica peruana han incorporado en la evaluación de impacto ambiental criterios como el cambio climático y la biodiversidad. Finalmente, se presentarán conclusiones relacionadas a cómo nuestra normativa puede considerar el cambio climático y la biodiversidad en el marco del SEIA.

* Estudiante de Derecho de la Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Practicante en el Ministerio de la Producción, Dirección General de Políticas y Análisis Regulatorio, Dirección de Normatividad. Especial interés en la investigación relacionada a la mejora regulatoria, medio ambiente y cambio climático, integración regional y global y difusión de herramientas para el ejercicio del debate en general.

II. CRISIS CLIMÁTICA: CAMBIO CLIMÁTICO Y PÉRDIDA DE BIODIVERSIDAD

Estamos en medio de una crisis ambiental sin precedentes, originada por patrones de producción y consumo que se contraponen directamente con la resiliencia de nuestros ecosistemas. Nuestro uso de los recursos naturales renovables excede ampliamente su capacidad de carga, y estamos extinguiendo rápidamente nuestras fuentes productoras de recursos naturales no renovables, poniendo en riesgo varios sistemas ecológicos esenciales.¹ Somos testigos de un crecimiento poblacional explosivo: solo entre los años 1950 y 1990, nuestra población se incrementó de 2500 millones a 5000 millones, y se proyecta llegar a 8000 millones en el año 2030.² El consumo de bienes y servicios que una población creciente demanda, y la disminución de recursos a causa del cambio climático, supondrán un contexto propicio para los conflictos socioambientales.

1. EL DESAFÍO DEL CAMBIO CLIMÁTICO:

La Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático (en adelante, CMNUCC), en su artículo 2º, define al cambio climático como el “cambio del clima atribuido directa o indirectamente a la actividad humana que altera la composición de la atmósfera mundial y que se suma a la variabilidad natural de clima observada durante períodos de tiempo comparable”.

Actualmente existe un amplio consenso en dicho origen an-

1 Fondo Mundial para la Naturaleza. (2018). *Informe Planeta Vivo – 2018: apuntando más alto*. Grooten, M. y Almond, R. (Eds). WWF, p. 6.

2 Andaluz Westreicher, C. (2013). *Manual de Derecho Ambiental* (4ta ed.). Iustitia, p. 3.

tropical. El quinto informe de evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático de la Organización de las Naciones Unidas (IPCC, por sus siglas en inglés) concluyó categóricamente que las actividades humanas y los gases de efectos invernadero que estas producen son las principales causas del cambio climático.³ Actividades económicas como la industria, la agricultura, la ganadería, entre otros, liberan a la atmósfera gases como el dióxido de carbono (CO²), el metano (CH⁴), el óxido nitroso (N₂O) y el ozono (O³) que retienen la radiación que emite el suelo terrestre al calentarse por el sol.

Dicho informe también establece que superar los 1.5 °C en el aumento de la temperatura media global con respecto a los niveles preindustriales, comprometería seriamente nuestra supervivencia como especie. El aumento del nivel del mar a causa de la dilatación de los océanos y del deshielo pondría en riesgo la continuidad de grandes territorios que incluye países enteros (v. gr. Kiribati, que hoy en día ya soporta dichos efectos). Además, debido a las alteraciones ecosistémicas y la pérdida de hábitats, se esperan catástrofes naturales de mayor magnitud y la aparición de nuevas enfermedades zoonóticas.

La comunidad internacional no ha sido ajena a estas preocupaciones. Cada año, en virtud de la CMNUCC, se celebra la Conferencia entre las Partes, donde se discute, principalmente, la contribución de los países en la gestión de este desafío. Pese a ello, la falta de consenso y de ambición climática, principalmente por parte de las potencias hemisféricas y grandes países indus-

3 IPCC (2014). *Cambio climático 2014: Informe de síntesis. Contribución de los Grupos de Trabajo I, II, y III al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático*. Pachauri, R. y Meyer, L. (Eds). IPCC, p. 4.

trializados como los Estados Unidos de América y la República Popular China, generan que todavía no tengamos una agenda común y concreta para gestionar esta crisis.

Respecto a Perú, numerosos informes concluyen que las consecuencias del cambio climático se sentirán a todo nivel debido a nuestra especial vulnerabilidad ambiental y social.⁴ Se prevé una agudización del estrés hídrico (impactando seriamente a la población peruana asentada en zonas secas), una disminución de precipitaciones en la selva norte, y el deshielo de nuestros glaciares tropicales. A la fecha, las pequeñas cordilleras de Huagoruncho, Huaytapallana, Cordillera Central, entre otras, ya perdieron hasta el 80% de su superficie.⁵

Claro está que la precariedad ambiental y social también impactará en una crisis económica ya muy bien definida. Antes de la pandemia del COVID-19, se estimaba que el cambio climático haría decrecer entre el 5.7% y el 6.8% nuestro Producto Bruto Interno (PBI) para el año 2030.⁶ Ahora, con una estimación concluyente de una contracción del 14% del PBI a causa de la pandemia,⁷ y la disminución de recursos para implementar medidas de mitigación y adaptación al cambio climático, concebimos que el impacto del cambio climático será mayor.

4 Ministerio del Ambiente del Perú. (2015). *Estrategia Nacional ante el Cambio Climático*. Dirección General de Cambio Climático, Desertificación y Recursos Hídricos, p. 15.

5 Andaluz Westreicher, C., op. cit., nota 2, p. 25.

6 Ibidem, p. 368.

7 Redacción Gestión. (2020, 26 de junio). FMI revisa “marcadamente a la baja” PBI de Perú en el 2020: -13.9%. Gestión. <https://gestion.pe/economia/fmi-revisa-sustancialmente-a-la-baja-pbi-de-peru-en-el-2020-14-noticia/?ref=gesr>

2. NUESTRA RELACIÓN CON LA BIODIVERSIDAD:

La diversidad biológica puede definirse como toda la variedad de especies vivas, incluyendo a las formas de vida monocelular o compuestos de celular, y de ecosistemas y procesos ecológicos de los que estos seres forman parte.⁸ Nuestra especie, los *homo sapiens sapiens*, es parte de los ecosistemas, pese a que una ética antropocentrista nos ubique fuera o encima de los mismos. No obstante, nos diferenciamos con el resto de las especies porque nuestro potencial biótico –determinado por la suma del potencial reproductivo y el de supervivencia– es muy superior al de otras especies, lo que genera explosiones demográficas y el arrebato del hábitat a las demás especies.⁹

Asimismo, el cambio climático es un riesgo trascendente para la biodiversidad. Este proceso implica el aumento de temperatura, y consecuentemente, el derretimiento de los polos, los incendios forestales espontáneos, la pérdida de servicios ecosistémicos, entre otros, lo que resta enormes hectáreas de hábitats a las demás especies. No somos ajenos a las cargas impuestas a las demás especies, pues enfermedades zoonóticas, como aquella que causó la pandemia del Covid-19, seguirán apareciendo y afectando principalmente a poblaciones vulnerables y hacinadas en centros urbanos.

Por lo anterior, los instrumentos que permiten adecuar el impacto de nuestras actividades al medio ambiente son fundamentales para prevenir mayores afectaciones a la biodiversidad, y para mitigar y adaptarnos al proceso de cambio climático que atrave-

8 Andaluz Westreicher, C., op. cit., nota 2, p. 161.

9 Dourojeanni, M. (2020, 23 de marzo). [Opinión] Una interpretación ecológica del coronavirus. SPDA Actualidad Ambiental. <https://www.actualidadambiental.pe/opinion-una-interpretacion-ecologica-del-coronavirus/>

samos. Dichos instrumentos deben considerar cómo las diversas actividades aportan al proceso del cambio climático y/o a la pérdida de biodiversidad, a efectos de tomar las medidas de prevención necesarias o declarar la improcedencia de tales actividades.

III. CAMBIO CLIMÁTICO Y BIODIVERSIDAD EN LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL

La evaluación de impacto ambiental se define por vocación universal como un proceso de análisis multidisciplinario destinado a prever los impactos ambientales potenciales de nuestras actividades o proyectos en el ambiente y sus componentes. Además, según el ordenamiento normativo del que se trate, este puede exigir también la necesidad de establecer medidas de mitigación, recuperación o eventual compensación.¹⁰ Lo que no debe perderse de vista es que el fundamento de este instrumento es la tutela de bienes jurídicos de altísimo valor, como lo son el derecho a la vida, a la salud, a un ambiente sano y equilibrado, al patrimonio cultural y a la propiedad, entre otros que suelen estar reconocidos al máximo nivel normativo en varios países.

I. CONSAGRACIÓN INTERNACIONAL Y PROBLEMAS EN LA CONSIDERACIÓN DEL CAMBIO CLIMÁTICO Y LA PROTECCIÓN DE LA BIODIVERSIDAD

La percepción occidental del siglo XX concebía a nuestra especie y su tecnología como invencibles y a la naturaleza como objeto de apropiación y dominación: podíamos disponer y desechar

10 C. Andaluz Westreicher, op. cit., nota 2, p. 495.

en el ambiente a nuestra voluntad, sin pensar verdaderamente en las consecuencias para las generaciones futuras. Rachel Carson, en su obra *Primavera Silencia* del año 1962, logró evidenciar el impacto del empleo de pesticidas, cuyos venenos se acumulaban en la cadena alimenticia representando riesgos y daños trascendentes para nuestra salud y para la flora y fauna¹¹. Pese a ser objeto de enormes críticas por parte de la industria química estadounidense, tuvo la atención suficiente para que el presidente de Estados Unidos de entonces, John F. Kennedy, ordenará la investigación sobre el tema. Como resultado, se dio respaldo a la tesis de Carson y se creó la Agencia de Protección Ambiental (EPA, por sus siglas en inglés).¹²

Las grandes inversiones que inicialmente eran consideradas económicamente rentables, terminaron siendo objeto de reclamaciones ciudadanas debido a las probadas externalidades negativas impuestas sobre el ambiente y la sociedad. Con el objeto de evitar dicho despropósito, la Ley Nacional de Política Ambiental (National Environmental Policy Act – NEPA, por sus siglas en inglés), promulgada en 1970 en los Estados Unidos de América, formalizó al instrumento de gestión denominado “Evaluación de Impacto Ambiental”, cuyo objeto era equilibrar el proceso de toma de decisiones con la protección del medio ambiente como parte del interés público. Esto fue replicado por muchos países y se dio cabida a la discusión en la comunidad internacional.

11 Bucheli Miranda, K. & Cano Velásquez, M. (2014). *Campaña comunicacional para fomentar un consumo responsable y reducir el desperdicio de alimentos* [Tesis de licenciatura, Universidad San Francisco de Quito]. Repositorio Universidad San Francisco de Quito, p. 21.

12 N. Sánchez Baptista & Caro Porras, R. (2012). *Luces y sombras en el ordenamiento ambiental internacional -Protocolo de Kioto-* [Trabajo de magister, Corporación Universidad Libre]. Repositorio de la Corporación Universidad Libre, p. 25.

Primeros acercamientos de la juridificación de la evaluación de impacto en el Derecho Internacional lo encontramos en el año 1972, con la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano. Su principio 14, si bien no refiere expresamente a la EIA, establece la necesidad de “conciliar las diferencias que puedan surgir entre las exigencias del desarrollo y la necesidad de proteger y mejorar el medio ambiente”. La discusión sobre el medio ambiente dio origen a distintos regímenes jurídicos internacionales; entre estos, la gestión del cambio climático y la protección de la biodiversidad, los cuales hacen referencia a la evaluación de impacto ambiental en sus disposiciones.

Respecto al cambio climático, el primer antecedente mundial es la CMNUCC de 1992, cuyo artículo 4º establece como compromiso de las partes “[...] tener en cuenta, *en la medida de lo posible*, las consideraciones relativas al cambio climático [...] y emplear métodos apropiados, por ejemplo, *evaluaciones del impacto*, formulados y determinados a nivel nacional, con miras a reducir al mínimo los efectos adversos en la economía, la salud pública y la calidad del medio ambiente, de los proyectos o medidas emprendidos por las Partes para mitigar el cambio climático o adaptarse a él [...]” (el resaltado es propio).

Se aprecia que la CMNUCC señaló la necesidad de tener en cuenta “*en la medida de lo posible*” las consideraciones sobre el cambio climático. En la práctica, tal redacción carece de vinculatoriedad para compeler a los Estados parte a una conducta proactiva para considerar al cambio climático como parte importante de la evaluación de impacto ambiental. Perú tardó más de 20 años en consagrar dicha consideración, y países como Chile todavía no lo han hecho.

Por otro lado, el Convenio sobre la Diversidad Biológica de

1992 (en adelante, CDB) establece en su artículo 14 que “Cada Parte Contratante, *en la medida de lo posible y según proceda*: a) Establecerá procedimientos apropiados por los que se exija la *evaluación del impacto ambiental* de sus proyectos propuestos que puedan tener efectos adversos importantes para la diversidad biológica, con miras a evitar o reducir al mínimo estos efectos, y, *cuando proceda*, permitirá la participación del público en esos procedimientos” (el resaltado es propio).

El caso del CDB resulta aún más cuestionable. Como se pudo apreciar, se establece que la exigencia de la evaluación de impacto ambiental en los proyectos potencialmente perjudiciales a la biodiversidad se dará “*en la medida de lo posible y según proceda*”. ¿Es posible que un proyecto que pueda tener efectos adversos importante para la biodiversidad no sea objeto de una evaluación de impacto ambiental? Teniendo en cuenta que dicha evaluación, por definición, es pertinente al acreditarse potenciales riesgo y daños trascendentes al ambiente, sostenemos que la redacción bajo comentario puede comprometer la consecución de la finalidad del tratado y de la misma evaluación.

La negociación del texto del tratado es un asunto central para los Estados. En las etapas de negociación se dan acaloradas discusiones en torno al sentido y alcance que deben tener las disposiciones, lo que suele determinar la decisión de unirse o no, a determinado tratado. No negamos que el empleo de lenguaje característico de *soft law* es de utilidad para lograr, aunque sea mínimamente, la cooperación internacional y cierta tutela de intereses globales; no obstante, el abuso del empleo de dicho lenguaje no representa la mejor estrategia para atender a problemáticas globales que requieren actuaciones urgentes,¹³ y compromete la

13 C. Nava Escudero. (2018). *Estudios ambientales* (3ra ed.). Instituto de In-

protección de la biodiversidad y la gestión del cambio climático. Es importante tener presente que la CMNUCC entró en vigor para Perú el año 10 de febrero de 1995; y el CDB, el 29 de diciembre de 1993. Asimismo, no se mantiene reserva alguna a las disposiciones de ambos tratados, por lo cual deberían aplicarse plenamente todas las disposiciones de dichos tratados.¹⁴

2. LA EVALUACIÓN DE IMPACTO AMBIENTAL EN PERÚ

La evaluación de impacto en nuestro país tiene más de dos décadas de historia¹⁵. El Código del Medio Ambiente y los Recursos Naturales de 1990 (Decreto Legislativo N. ° 613), establecía en su artículo 8° la obligación de desarrollar dicha evaluación en todo proyecto, público o privado, que pueda provocar daños no tolerables al ambiente. Pese a esto, su aplicación era escasa o inexistentes. Ante la ausencia de una autoridad nacional ambiental (hasta el año 2008, con la creación del Ministerio del Ambiente), muchos ministerios no contaban con disposiciones relacionadas al impacto ambiental (v. g. Ministerio de Defensa, Ministerio de Salud); y aquellos que sí, se caracterizaban por ser muy flexibles o por no haber sido continuamente aplicadas.

La Constitución Política del Perú de 1993 establece en su artículo 2°, inciso 2°, que toda persona tiene derecho a gozar de un ambiente equilibrado y adecuado al desarrollo de su vida. Nuestro Tribunal Constitucional, en la sentencia recaída en el Expediente N° 3510-2003-AA/TC, señala que este derecho comprende

vestigaciones Jurídicas, p. 321.

14 Constitución Política del Perú de 1993. Artículo 55.- Tratados. “Los tratados celebrados por el Estado peruano y en vigor forman parte del derecho nacional”.

15 Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles [SENACE]. (2016). ABC del SENACE. <https://www.senace.gob.pe/wp-content/uploads/2016/10/ABCdelSenace.pdf>

dos elementos: i) el derecho a gozar de ese medio ambiente (que implica un entorno adecuado para el desarrollo de la persona y su dignidad), y ii) el derecho a que ese medio ambiente se preserve (que implica obligaciones ineludibles para los poderes públicos y para los particulares,¹⁶ *especialmente aquellos cuyas actividades económicas inciden directamente o indirectamente en el ambiente*).

La Ley General del Ambiente, en su artículo VI del Título Preliminar, establece que la gestión ambiental “tiene como objetivos prioritarios prevenir, vigilar y evitar la degradación ambiental. Cuando no sea posible eliminar las causas que la generan, se adoptan las medidas de mitigación, recuperación, restauración o eventual compensación, que correspondan”. El principio de prevención resulta sumamente importante para nuestro ordenamiento; el Tribunal Constitucional señaló que tal principio “garantiza que se tomen las medidas necesarias a fin de evitar que los daños al ambiente se generen o que, en caso se lleguen a producir, la afectación sea mínima”.¹⁷ En otra sentencia,¹⁸ señaló que “el principio de prevención tiene pleno reconocimiento en la normativa, así como en la jurisprudencia. Los instrumentos de gestión ambiental desempeñan un rol de suma relevancia en relación con la prevención”, constando así la centralidad de la prevención en la evaluación de impacto ambiental.

16 El Tribunal Constitucional de Perú desarrolló en reiterada jurisprudencia que la obligación de preservar el ambiente alcanza en mayor razón, a particulares cuyas actividades económicas son potencialmente lesivas al medio ambiente. Para más información, revisar la Sentencia del Tribunal Constitucional recaída en el Expediente N° 0048-2004-AI/TC, FJ 17.

17 Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú recaída en el Expediente N° 1206-2005 PA/TC. FJ. 6

18 Sentencia del Tribunal Constitucional de Perú recaída en el Expediente N° 3343-2007-PA/TC. FJ. 64

A. La evaluación de impacto ambiental en la regulación doméstica

Nuestra Ley N.º 27446, Ley del Sistema Nacional de Evaluación e Impacto Ambiental, en su artículo 2º, señala que queda comprendido en el ámbito del SEIA las políticas, planes y programas que puedan originar implicaciones ambientales significativas, y los proyectos de inversión pública, privada o mixta, que puedan tener un impacto ambiental negativo significativo. Un impacto ambiental significativo se configura cuando una actividad o situación produce una alteración de carácter permanente o de moderada o larga duración en el sistema ambiental o en alguno de sus componentes.¹⁹

La evaluación de impacto ambiental se realiza mediante los Instrumentos de Gestión Ambiental (IGA), clasificándose según los impactos previstos y/o la naturaleza del área de intervención. Para los impactos negativos leves (categoría I) se requiere una Declaración de Impacto Ambiental (DIA), para los impactos negativos moderados, cuyos efectos negativos pueden ser eliminados o minimizados a través de medidas fácilmente aplicables, se requiere un Estudio de Impacto Ambiental semidetallado (EIA-sd), y para los impactos negativos significativos, cuyos efectos cuantitativos o cualitativos requieren análisis profundos y estrategias de manejo ambiental, se requiere de un Estudio de Impacto Ambiental detallado (EIA-d). Además, la Evaluación Ambiental Estratégica (EAE) se aplica en las propuestas de políticas, planes y programas de desarrollo que formulen las instituciones del Es-

19 La Ley. (1984). Metodología para el ordenamiento del espacio y desarrollo ambiental en el Perilago argentino de Salto Grande. *Revista Ambiente y Recursos Naturales* 1(1), p. 36.

tado, a efectos de prevenir las implicancias ambientales negativas significativas.²⁰

B. El cambio climático en la evaluación de impacto ambiental

En Perú, el artículo 12 de la Ley N. ° 30754, Ley General de Cambio Climático, establece que “los proyectos de inversión sujetos al Sistema Nacional de Evaluación de Impacto ambiental deben concordar y complementarse con los instrumentos de gestión ambiental para el cambio climático”. Íntimamente vinculado al cambio climático están las Contribuciones Determinadas a Nivel Nacional (NDC, por sus siglas en inglés). Las NDC encuentran su origen en el Acuerdo de París (en vigor para el Perú desde el año 2016), y se definen como los compromisos internacionales en torno a la reducción de emisiones de GEI.

El Acuerdo de París, en su artículo 4, establece que “Las Partes procurarán adoptar medidas de mitigación internas, con el fin de alcanzar los objetivos de esas contribuciones”. Perú se comprometió a la reducción de emisiones de gases de efecto invernadero en un 30% (20% con respecto al escenario *Business as usual* y 10% adicional condicionado a la cooperación internacional) para el año 2030. Pese a esto, la evaluación de impacto ambiental no considera cómo se relaciona la emisión de contaminantes por parte de las futuras actividades con el cumplimiento de los NDC.

La segunda disposición complementaria final de la precitada Ley establece que “el Ministerio del Ambiente, en coordinación con la autoridad competente del SEIA dispone la incorporación del análisis del riesgo climático y vulnerabilidad, así como la identificación de medidas de mitigación y adaptación al cambio climático en la evaluación de los proyectos de inversión sujetos

20 Andaluz Westreicher, C., op. cit., nota 2, p. 507.

al SEIA”. Seguidamente, el Reglamento de dicha Ley dispone que la autoridad nacional en materia de cambio climático, en un plazo máximo ciento ochenta días hábiles contados a partir de la entrada en vigor de dicho Reglamento,²¹ debe emitir los lineamientos para la incorporación de la gestión de riesgo en un contexto de cambio climático, así como las medidas de mitigación y adaptación al cambio climático. El miércoles 16 de setiembre de 2020 se cumplió dicho plazo; pese a esto, no se han emitido tales lineamientos, lo que implica que, en más de cinco años de vigor para Perú el Acuerdo de París, no hemos generamos el contexto normativo para dar cumplimiento de los compromisos de derecho internacional.

Además, resulta cuestionable como la mitigación del cambio climático, en virtud del Reglamento de la Ley del SEIA, es exigible solo a la EAE (para políticas y planes estatales) y no a los proyectos de inversión públicos o privados mediante los EIA. Los lineamientos próximos para emitir deberían corregir dicha situación, ampliando su aplicación a los EIA para los distintos proyectos de inversión. Complementariamente, el precitado Reglamento establece su Anexo V una lista de criterios para calificar cuándo se produce un impacto ambiental negativo, la cual no contiene referencia alguna al cambio climático. Debe añadirse el aporte al cambio climático como criterio, lo cual es factible al considerar que anteriormente se añadió a la protección de la biodiversidad como criterio.

C. ¿Cómo incorporar al cambio climático en el procedimiento de certificación ambiental?

Para responder esta pregunta, debemos definir dos conceptos:

21 El Reglamento entró en vigor el 01 de enero de 2020.

impacto ambiental y riesgo ambiental. El primero, se deriva directa o indirectamente de la operación normal de un proyecto, siendo lícitos mientras esté dentro de sus planes de operación, y el segundo, se entiende como accidentes de funcionamientos anormales. En otras palabras, el impacto ambiental es un evento cierto, mientras que el riesgo ambiental es un impacto probable. A manera de ejemplo, la emisión de material particulado en explotación de hidrocarburos es un impacto que guarda una certera relación causal con la operación del proyecto, pero un derrame de petróleo no es algo que siempre vaya a suceder —de hecho, es algo que no debería suceder—, pero que sigue siendo probable, por lo cual es un riesgo ambiental.²²

Es difícil considerar a la ocurrencia del “cambio climático” como impacto ambiental significativo que guarda una certera relación de causalidad con un proyecto específico, puesto que representa un proceso que lleva décadas, según los informes del IPCC. Ahora bien, ¿puede ser un riesgo ambiental? El cambio climático, considerado como resultado o evento, es una realidad ya palpable y permanente, y no una posibilidad en sí misma, aunque luego de una muy difícil probanza se pueda determinar el aporte de determinado proyecto a un cambio específico de la temperatura a partir de sus emisiones de contaminantes.

Si el cambio climático no es un riesgo o daño derivado de una actividad, ¿cómo podríamos incorporarlo? Sus impactos se hacen más frecuentes y de mayor intensidad, especialmente en materias sensibles como humedales, acuíferos, nevados o bosques; asimismo, dichos impactos pueden representar un cam-

22 Dirección General de Calidad Ambiental. (2010). *Guía de evaluación de riesgos ambientales*. Mendoza Díaz, V. (Ed.). Ministerio del Ambiental [MINAM], p. 31.

bio sustancial la línea base de determinado proyecto, y afectar la actividad del administrado. Lo anterior nos lleva a la definición legal de emergencia ambiental, siendo esta, según el artículo 3° del Reglamento de Emergencias Ambientales (Resolución de Consejo Directivo N° 018-2013-OEFA/CD), un evento súbito generado por causas naturales, humanas o tecnológicas que incide en la actividad del administrado y que genera o puede generar deterioro al ambiente.

Los impactos específicos del cambio climático en determinada zona de influencia de determinado proyecto pueden ser imprevisibles al depender de muchas variables que escapan del control de administrado, como la suma de las emisiones de gases de efecto invernadero a lo largo de territorios enteros y en manos de incontables particulares; asimismo, dichos impactos transforman las condiciones iniciales del área en la que se aprobó el proyecto, lo que podría requerir, en suma, la actuación del administrado ya sea para mitigar o controlar los impactos específicos que se hayan podido generar (lo que no requiere demostrar la responsabilidad o causalidad con la actividad del administrado).

Lo anterior nos permite afirmar que los impactos del cambio climático deberían ser considerados en los Planes de Contingencia, el cual se encuentra definido por el artículo 2° de la Ley N° 28551, Ley que establece la obligación de elaborar y presentar Planes de Contingencia, como “los instrumentos que definen los objetivos, estrategias y programas que orientan las actividades institucionales para la prevención, la reducción de riesgos, la atención de emergencias y la rehabilitación en casos de desastres permitiendo disminuir o minimizar los daños, víctimas y pérdidas que podrían ocurrir a consecuencia de fenómenos naturales, tecnológicos o de la producción industrial, potencialmente da-

ñinos”. De tal forma, impactos específicos atribuibles al cambio climático como la desertificación o reducción de niveles de hielo sin precedentes tendrían un curso de acción específico para controlar y minimizar los impactos negativos en el respectivo Plan de Contingencia frente a emergencias ambientales.

Ahora bien, como se mencionó, puede existir un cambio sustancial de las condiciones iniciales del área en el que se pudo aprobar el proyecto; es decir, sobre la línea base, misma que contiene la descripción de los atributos o características socioambientales de la zona del proyecto.²³ En otras palabras, se pudo aprobar determinado EIA sobre la sola consideración de que existía determinado nivel de capa glaciaria en un nevado, o sobre la ignorancia de los efectos del cambio climático sobre determinada zona. Así, en la medida que esta alteración puede generar una variación sustantiva de las variables ambientales que la autoridad ambiental consideró para la certificación ambiental de un proyecto, dicha autoridad tendría que evaluar si las condiciones que dieron origen a ese acto administrativo se mantienen, o si la nueva realidad es sustancialmente distinta o evidencia excesiva fragilidad, a efectos de determinar la modificación, suspensión o cancelación de la certificación ambiental, en concordancia con las normas sectoriales y específicas del sector.

D. La protección de la biodiversidad en la evaluación de impacto ambiental

El artículo 32 del Reglamento de la Ley de Conservación y Aprovechamiento Sostenible de la Diversidad Biológica (Decreto Supremo N° 068-2001-PCM) establece que la evaluación de impacto ambiental es una medida que el Estado debe adoptar

23 C. Andaluz Westreicher, C., op. cit., nota 2, p. 509.

para la conservación de la biodiversidad, a efectos de prever los impactos sobre la misma y las medidas específicas para su tutela. Además, el artículo 37 del precitado Reglamento establece la incorporación de la evaluación de los riesgos o posibles afectaciones a la biodiversidad y sus componentes, así como las medidas de mitigación, mediante la evaluación de impacto ambiental.

A diferencia de la consideración al cambio climático, la Ley del SEIA y su Reglamento establecen varias disposiciones destinadas a la incorporación de la evaluación de riesgos sobre la biodiversidad. De hecho, en virtud del artículo 5 de la Ley del SEIA, la protección de la biodiversidad y sus componentes es un criterio de protección que incide en la clasificación de los proyectos de inversión comprendidos dentro del SEIA. Asimismo, durante la elaboración del IGA correspondiente, debe realizarse una profunda descripción en torno a la biodiversidad, así como los impactos en la misma.

Ahora bien, la regulación del último eslabón de la jerarquía de mitigación, la compensación ambiental (dentro del capítulo de la Estrategia de Manejo Ambiental a presentar por el administrado), por parte de la Ley del SEIA, se limita a establecer que la compensación ambiental debe “ser aplicable y en concordancia con la Ley General del Ambiente”, mientras que otros acápites de la Estrategia de Manejo Ambiental son extensos en su desarrollo. Dicha estrategia resulta sumamente importante porque la compensación, definida como las medidas generadoras de beneficios ambientales proporcionales a los daños o perjuicios ambientales originados en el desarrollo de los proyectos (en defecto de las medidas de prevención, corrección, mitigación, recuperación y restauración eficaces), es fundamental para la biodiversidad que

depende de las relaciones de interdependencia entre las distintas especies.²⁴ Esta falta de lineamientos genera que en la práctica la compensación de biodiversidad sea una simple sustitución de los elementos impactados, pese a que cada especie ha cumplido y cumple una función específica en relación con las demás especies dentro de determinado ecosistema.

El Ministerio del Ambiente del Perú, al darse cuenta de ello, y constatando que los administrados presentan planes de compensación heterogéneos y sin criterios para la idoneidad y unificación, emitió los Lineamientos para la Compensación Ambiental en el marco del Sistema Nacional de Evaluación de Impacto Ambiental (Resolución Ministerial N° 398-2014-MINAM). El problema es que, según el precitado instrumento, este resulta de aplicación solo para los EIA-d, aun cuando el artículo 27 del Reglamento del SEIA establece que tanto el EIA-sd como el EIA-d debe establecer una Estrategia de Manejo Ambiental (lo que eventualmente comprende el Plan de Compensación). Asimismo, dichos lineamientos, según el mismo instrumento, son solo de naturaleza referencial.

IV. CONCLUSIONES

En el presente escrito se presentan aproximaciones para el debate en torno a la consideración del cambio climático y la biodiversidad dentro del proceso de evaluación de impacto ambiental. Ac-

24 Alonso, V. & Chamas, P. (2019). Compensaciones por pérdida de biodiversidad y su aplicación en la minería: los casos de la Argentina, Bolivia (Estado Plurinacional de), Chile, Colombia y el Perú. *Serie Medio Ambiente y Desarrollo*, N. ° 167. Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL], p. 46.

tualmente atravesamos un contexto de crisis climática que pone a prueba la capacidad de nuestras regulaciones para atender el desafío de armonizar las necesidades del desarrollo con la protección del medio ambiente. Lamentablemente, el Derecho Internacional Ambiental se caracteriza su abundancia en disposiciones de *soft law*, pese a requerir indubitadamente, en muchos casos, un mandato de imperatividad para vincular a los Estados contratantes de determinado tratado, como la CMNUCC y el CDB.

En cuanto a Perú, observamos que pese a haber entrado en vigor la CMNUCC para nuestro país en el año 1995, recién en el año 2020, con la entrada en vigor del Reglamento de la Ley N° 30754, Ley General de Cambio Climático, se dispone que la autoridad nacional en materia de cambio climático debe emitir los lineamientos para la incorporación de la gestión de riesgo, mitigación y adaptación en el contexto del cambio climático, siendo importante destacar que a la fecha dichos lineamientos no han sido emitidos.

La incorporación del cambio climático en el procedimiento de certificación ambiental no podría ser mediante su consideración como impacto o riesgo ambiental de determinada actividad, toda vez que el cambio climático es un proceso que lleva décadas de acontecido, y que es atribuible a las emisiones de gases de efecto invernadero a lo largo de territorios enteros. No obstante, la dinámica de los impactos derivados del cambio climático como fenómeno se condice con la definición legal de emergencia ambiental en Perú; en tal sentido, su consideración bajo dicha definición implicaría que se considere dentro del Plan de Contingencia frente a emergencia ambientales de los distintos proyectos, de corresponder. Asimismo, se aprecia que el cambio climático puede implicar un cambio sustancial en las condiciones iniciales

del área en el que se aprobó determinado proyecto: la línea base; en tal sentido, la autoridad ambiental que consideró determinadas variables ambientales para otorgar la certificación ambiental debe determinar si resulta necesaria la modificación, suspensión o cancelación de la certificación ambiental.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Alonso, V. & Chamas, P. (2019). Compensaciones por pérdida de biodiversidad y su aplicación en la minería: los casos de la Argentina, Bolivia (Estado Plurinacional de), Chile, Colombia y el Perú. *Serie Medio Ambiente y Desarrollo*, N° 167. Comisión Económica para América Latina y el Caribe [CEPAL].
- Andaluz Westreicher, C. (2013). *Manual de derecho ambiental* (4ta ed.). Iustitia.
- Bucheli Miranda, K. & Cano Velásquez, M. (2014). *Campaña comunicacional para fomentar un consumo responsable y reducir el desperdicio de alimentos* [Tesis de licenciatura, Universidad San Francisco de Quito]. Repositorio Universidad San Francisco de Quito.
- Dirección General de Calidad Ambiental. (2010). *Guía de evaluación de riesgos ambientales*. Mendoza Díaz, V. (Ed.). Ministerio del Ambiental [MINAM].
- Dourojeanni, M. (2020, 23 de marzo). [Opinión] Una interpretación ecológica del coronavirus. SPDA Actualidad Ambiental. <https://www.actualidadambiental.pe/opinion-una-interpretacion-ecologica-del-coronavirus/>
- Fondo Mundial para la Naturaleza (2018). *Informe Planeta Vivo*

- 2018: *apuntando más alto*. Grooten, M. y Almond, R. (Eds). WWF.
- IPCC (2014). *Cambio climático 2014: Informe de síntesis*. Contribución de los Grupos de Trabajo I, II, y III al Quinto Informe de Evaluación del Grupo Intergubernamental de Expertos sobre el Cambio Climático. Pachauri, R. y Meyer, L. (Eds). IPCC.
- La Ley (1984). Metodología para el ordenamiento del espacio y desarrollo ambiental en el Perilago argentino de Salto Grande. *Revista ambiente y recursos naturales* 1(1), p. 36.
- Ministerio del Ambiente del Perú. (2015). *Estrategia Nacional ante el Cambio Climático*. Dirección General de Cambio Climático, Desertificación y Recursos Hídricos.
- Nava Escudero, C. (2012). *Ciencia, ambiente y derecho*. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Redacción Gestión. (2020, 26 de junio). FMI revisa “marcadamente a la baja” PBI de Perú en el 2020: -13.9%. Gestión. <https://gestion.pe/economia/fmi-revisa-sustancialmente-a-la-baja-pbi-de-peru-en-el-2020-14-noticia/?ref=gesr>
- Sánchez Baptista, N. & Caro Porras, R. (2012). Luces y sombras en el ordenamiento ambiental internacional -Protocolo de Kioto- [Trabajo de magister, Corporación Universidad Libre]. Repositorio de la Corporación Universidad Libre.
- Servicio Nacional de Certificación Ambiental para las Inversiones Sostenibles [SENACE]. (2016). ABC del SENACE. <https://www.senace.gob.pe/wp-content/uploads/2016/10/ABCdelSenace.pdf>

RESPONSABILIDAD ADMINISTRATIVA DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS ANTE EL TRATAMIENTO DE RESIDUOS BIOLÓGICOS Y LA PROTECCIÓN INTEGRAL DEL MEDIO AMBIENTE

Jesús Roberto Hernández Juárez*

I. DIAGNÓSTICO

La Ley General para la Prevención y Gestión Integral de los Residuos, tiene por objeto garantizar el derecho de toda persona al medio ambiente sano y propiciar el desarrollo sustentable a través de la prevención de la generación, la valorización y la gestión integral de los residuos peligrosos, de los residuos sólidos urbanos y de manejo especial; prevenir la contaminación de sitios con estos residuos y llevar a cabo su remediación.

La gestión de los residuos sólidos constituye un reto para las administraciones federales, estatales y municipales,¹ puesto que se requiere de profesionales capacitados, grandes montos de recursos presupuestales y un plan de gestión sustentable. El ob-

* Estudiante de la licenciatura en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México y estudiante extraordinario por estancias de investigación en la Universidad de Salamanca, España y la Universidad Politécnica de Valencia, España. Participante activo en foros nacionales e internacionales sobre sostenibilidad, cambio climático, derechos humanos, y desarrollo sostenible enfocado a empresas y gobiernos, fundador y director ejecutivo de Youth Building The Future Global S.A.S (JRHH97@icloud.com)

1 G. Hernández. (2019). 4. International law and municipal law. *International Law*, 78–102. doi:10.1093/he/9780198748830.003.0004

jetivo del presente trabajo es analizar el marco jurídico con el cual se regula la producción de residuos y los avances en materia de gestión sustentable de residuos por parte de las distintas administraciones en México. Se utilizó un método cuantitativo de palabras claves, investigación documental² y observación etnográfica. El trato de los residuos y la incorporación de cadenas de reciclajes y producción de materiales ha mejorado en la cobertura y eficiencia de los sistemas de recolección, pero la operación de los sitios de disposición final no cumple con la normatividad vigente en materia de protección ambiental en México. Lo que resulta en contaminación regional, afectando particularmente los programas de planeación y desarrollo derivados del legislativo en materia de sostenibilidad y los compromisos que como nación se cuentan en materia de sostenibilidad, el ámbito de las personas, planeta, alianzas, paz.

Los principales elementos del problema de la basura en municipios urbanos de México son: el creciente monto de residuos sólidos urbanos (RSU) que se desechan y que demandan mayor infraestructura para recolección y disposición de estas; los requerimientos económicos (presupuestales) para el pago de personal y parque vehicular para la recolección; la disposición final de residuos en sitios, ya que no siempre se cuenta con infraestructura completa para el control de la contaminación; la falta de estrategias para la gestión sustentable de residuos; y la escasa participación social en los procesos de gestión, particularmente en lo que se refiere a minimizar la producción y separar los residuos.

Hasta antes de los años setenta los residuos sólidos generados por la Ciudad de México ocuparon un lugar insignificante en el

2 Johns, F., & Grolman, L. (2019). Big Data and International Law. *International Law*. doi:10.1093/obo/9780199796953-0176

análisis de la problemática prioritaria de la urbe. No solamente porque la mayoría de la población pensaba poco en los problemas de contaminación que causaban, sino porque su disposición se efectuaba sin aparentes problemas, o por lo menos, sin que el grueso de la población se enterara. Durante este periodo se ha generado una gran cantidad de residuos biológicos que debido a su naturaleza tóxica ponen en riesgo tanto a la población que los produce como aquella que trata con los mismos durante su proceso de desecho.

II. OBJETIVO ESPECÍFICO

Es por ello que dentro del estudio presente, ante este congreso internacional, se destaca la necesidad de crear un proceso de tratamiento para los residuos biológicos que ponen en riesgo a la población,³ ya que en este momento la administración pública en todos sus niveles de ejercicio ha sido omisa en considerar algo que le dé solución a este problema.

En virtud de lo anterior, es que este estudio se propone un procedimiento que sea de práctica implementación por parte de la administración pública federal, el cual, permita quitar esta omisión que se manifiesta y que le dé protección y seguridad a las personas que intervienen en el manejo de desechos.

3 Coronavirus Highly Hits the Elderly People and the Natality Rate: A SocioDemographic Appraisal. (2020). *Journal of Pediatrics & Neonatal Biology*, 5(2). doi:10.33140/jpnb.05.02.10

III. MARCO GUIA

Como marco guía para el desarrollo e implementación de buenas prácticas en las administraciones federales, estatales y municipales de México, se contemplan las metodologías desarrolladas por cuerpos expertos de organismos internacionales como Naciones Unidas y sus agencias especializadas en cambio climático y desarrollo sostenible, la principal y tomarse como cuerpo para esta investigación, el método de incorporación de la Agenda 2030 y los objetivos de desarrollo sostenible, al igual que la metodología de las 5P, las metas concretas y el marco global de indicadores de Naciones Unidas para los ámbitos referidos a la directriz del planeta.

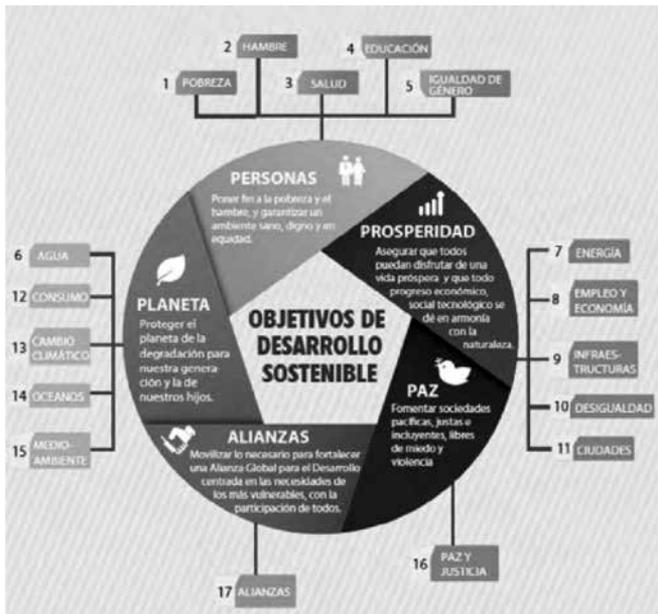


Ilustración 1 Metodología de las 5P. UN.

INDICADORES CORRESPONDIENTES AL OBJETIVO DE DESARROLLO SOSTENIBLE 6, AGUA LIMPIA Y SANEAMIENTO:

6.1/ De aquí a 2030, lograr el acceso universal y equitativo al agua potable a un precio asequible para todos. 6.1.1 Proporción de la población que utiliza servicios de suministro de agua potable gestionados sin riesgos.⁴

6.2/ De aquí a 2030, lograr el acceso a servicios de saneamiento e higiene adecuados y equitativos para todos y poner fin a la defecación al aire libre, prestando especial atención a las necesidades de las mujeres y las niñas y las personas en situaciones de vulnerabilidad. 6.2.1 Proporción de la población que utiliza: a) servicios de saneamiento gestionados sin riesgos y b) instalaciones para el lavado de manos con agua y jabón.

6.3/ De aquí a 2030, mejorar la calidad del agua reduciendo la contaminación, eliminando el vertimiento y minimizando la emisión de productos químicos y materiales peligrosos, reduciendo a la mitad el porcentaje de aguas residuales sin tratar y aumentando considerablemente el reciclado y la reutilización sin riesgos a nivel mundial. 6.3.1 Proporción de los flujos de aguas residuales domésticas e industriales tratados de manera adecuada. 6.3.2 Proporción de masas de agua de buena calidad.

6.4/ De aquí a 2030, aumentar considerablemente el uso eficiente de los recursos hídricos en todos los sectores y asegurar la sostenibilidad de la extracción y el abastecimiento de agua dulce para hacer frente a la escasez de agua y reducir considerablemente el número de personas que sufren falta de agua. 6.4.1 Cambio

4 Dang, H.-A. H., & Serajuddin, U. (2020). Tracking the sustainable development goals: Emerging measurement challenges and further reflections. *World Development*, 127, 104570. doi:10.1016/j.worlddev.2019.05.024

en el uso eficiente de los recursos hídricos con el paso del tiempo.

6.4.2 Nivel de estrés hídrico: extracción de agua dulce en proporción a los recursos de agua dulce disponibles.

6.5/ De aquí a 2030, implementar la gestión integrada de los recursos hídricos a todos los niveles, incluso mediante la cooperación transfronteriza, según proceda. 6.5.1 Grado de gestión integrada de los recursos hídricos. 6.5.2 Proporción de la superficie de cuencas transfronterizas sujetas a arreglos operacionales para la cooperación en materia de aguas.

6.6/ De aquí a 2030, proteger y restablecer los ecosistemas relacionados con el agua, incluidos los bosques, las montañas, los humedales, los ríos, los acuíferos y los lagos. 6.6.1 Cambio en la extensión de los ecosistemas relacionados con el agua con el paso del tiempo. 6.a De aquí a 2030, ampliar la cooperación internacional y el apoyo prestado a los países en desarrollo para la creación de capacidad en actividades y programas relativos al agua y el saneamiento, como los de captación de agua, desalinización, uso eficiente de los recursos hídricos, tratamiento de aguas residuales, reciclado y tecnologías de reutilización. 6.a.1 Volumen de la asistencia oficial para el desarrollo destinada al agua y el saneamiento que forma parte de un plan de gastos coordinados por el gobierno. 6.b Apoyar y fortalecer la participación de las comunidades locales en la mejora de la gestión del agua y el saneamiento. 6.b.1 Proporción de dependencias administrativas locales que han establecido políticas y procedimientos operacionales para la participación de las comunidades locales en la gestión del agua y el saneamiento.

INDICADORES CORRESPONDIENTES AL OBJETIVO DE DESARROLLO SOSTENIBLE 12, CONSUMO Y PRODUCCIÓN RESPONSABLE

12.1/ Aplicar el Marco Decenal de Programas sobre Modalidades de Consumo y Producción Sostenibles, con la participación de todos los países y bajo el liderazgo de los países desarrollados, teniendo en cuenta el grado de desarrollo y las capacidades de los países en desarrollo. 12.1.1 Número de países que elaboran, adoptan o aplican instrumentos de política destinados a apoyar la transición hacia modalidades de consumo y producción sostenibles.⁵

12.2/ De aquí a 2030, lograr la gestión sostenible y el uso eficiente de los recursos naturales. 12.2.1 Huella material en términos absolutos, huella material per cápita y huella material por PIB. 12.2.2 Consumo material interno en términos absolutos, consumo material interno per cápita y consumo material interno por PIB.

12.3/ De aquí a 2030, reducir a la mitad el desperdicio de alimentos per cápita mundial en la venta al por menor y a nivel de los consumidores y reducir las pérdidas de alimentos en las cadenas de producción y suministro, incluidas las pérdidas posteriores a la cosecha. 12.3.1 a) Índice de pérdidas de alimentos y b) índice de desperdicio de alimentos nivel de los consumidores y reducir las pérdidas de alimentos en las cadenas de producción y suministro, incluidas las pérdidas posteriores a la cosecha.

12.4/ De aquí a 2020, lograr la gestión ecológicamente racional

5 Fontana, L. B., & Oldekop, J. A. (2020). The sustainable development goals: The bumpy road ahead. *World Development*, 127, 104770. doi:10.1016/j.worlddev.2019.104770

de los productos químicos y de todos los desechos a lo largo de su ciclo de vida, de conformidad con los marcos internacionales convenidos, y reducir significativamente su liberación a la atmósfera, el agua y el suelo a fin de minimizar sus efectos adversos en la salud humana y el medio ambiente. 12.4.1 Número de partes en los acuerdos ambientales multilaterales internacionales sobre desechos peligrosos y otros productos químicos que cumplen sus compromisos y obligaciones de transmitir información como se exige en cada uno de esos acuerdos. 12.4.2 a) Desechos peligrosos generados per cápita y b) proporción de desechos peligrosos tratados, desglosados por tipo de tratamiento.

12.5/ De aquí a 2030, reducir considerablemente la generación de desechos mediante actividades de prevención, reducción, reciclado y reutilización. 12.5.1 Tasa nacional de reciclado, en toneladas de material reciclado.

12.6/ Alentar a las empresas, en especial las grandes empresas y las empresas transnacionales, a que adopten prácticas sostenibles e incorporen información sobre la sostenibilidad en su ciclo de presentación de informes. 12.6.1 Número de empresas que publican informes sobre sostenibilidad.⁶

12.7/ Promover prácticas de adquisición pública que sean sostenibles, de conformidad con las políticas y prioridades nacionales. 12.7.1 Grado de aplicación de políticas y planes de acción sostenibles en materia de adquisiciones públicas.⁷

12.8/ De aquí a 2030, asegurar que las personas de todo el

6 Zaveri, S. (2020). Making evaluation matter: Capturing multiple realities and voices for sustainable development. *World Development*, 127, 104827. doi:10.1016/j.worlddev.2019.104827

7 Veltmeyer, H. (2020). Latin America in the vortex of social change: Development and social movement dynamics. *World Development*, 130, 104916. doi:10.1016/j.worlddev.2020.104916

mundo tengan la información y los conocimientos pertinentes para el desarrollo sostenible y los estilos de vida en armonía con la naturaleza. 12.8.1 Grado en que i) la educación para la ciudadanía mundial y ii) la educación para el desarrollo sostenible se incorporan en a) las políticas nacionales de educación, b) los planes de estudio, c) la formación del profesorado y d) la evaluación de los estudiantes. 12.a Ayudar a los países en desarrollo a fortalecer su capacidad científica y tecnológica para avanzar hacia modalidades de consumo y producción más sostenibles. 12.a.1 Capacidad instalada de generación de energía renovable en los países en desarrollo (expresada en vatios per cápita). 12.b Elaborar y aplicar instrumentos para vigilar los efectos en el desarrollo sostenible, a fin de lograr un turismo sostenible que cree puestos de trabajo y promueva la cultura y los productos locales.⁸ 12.b.1 Aplicación de instrumentos normalizados de contabilidad para hacer un seguimiento de los aspectos económicos y ambientales de la sostenibilidad del turismo. 12.c Racionalizar los subsidios ineficientes a los combustibles fósiles que fomentan el consumo antieconómico eliminando las distorsiones del mercado, de acuerdo con las circunstancias nacionales, incluso mediante la reestructuración de los sistemas tributarios y la eliminación gradual de los subsidios perjudiciales, cuando existan, para reflejar su impacto ambiental, teniendo plenamente en cuenta las necesidades y condiciones específicas de los países en desarrollo y minimizando los posibles efectos adversos en su desarrollo, de manera que se proteja a los pobres y a las comunidades afectadas. 12.c.1 Cuantía de subsidios a los combustibles fósiles por unidad de PIB (producción y consumo).

⁸ Moyer, J. D., & Hedden, S. (2020). Are we on the right path to achieve the sustainable development goals? *World Development*, 127, 104749. doi:10.1016/j.worlddev.2019.104749

INDICADORES CORRESPONDIENTES AL OBJETIVO DE DESARROLLO SOSTENIBLE 13, CAMBIO CLIMÁTICO

Objetivo 13. Adoptar medidas urgentes para combatir el cambio climático y sus efectos.

13.1/ Fortalecer la resiliencia y la capacidad de adaptación a los riesgos relacionados con el clima y los desastres naturales en todos los países 13.1.1 Número de personas muertas, desaparecidas y afectadas directamente atribuido a desastres por cada 100 000 personas. 13.1.2 Número de países que adoptan y aplican estrategias nacionales de reducción del riesgo de desastres en consonancia con el Marco de Sendái para la Reducción del Riesgo de Desastres 2015-2030. 13.1.3 Proporción de gobiernos locales que adoptan y aplican estrategias locales de reducción del riesgo de desastres en consonancia con las estrategias nacionales de reducción del riesgo de desastres.

13.2/ Incorporar medidas relativas al cambio climático en las políticas, estrategias y planes nacionales. 13.2.1 Número de países con contribuciones determinadas a nivel nacional, estrategias a largo plazo y planes y estrategias nacionales de adaptación y estrategias indicadas en comunicaciones sobre la adaptación y comunicaciones nacionales. 13.2.2 Emisiones totales de gases de efecto invernadero por año.⁹

13.3/ Mejorar la educación, la sensibilización y la capacidad humana e institucional respecto de la mitigación del cambio climático, la adaptación a él, la reducción de sus efectos y la alerta temprana. 13.3.1 Grado en que i) la educación para la ciudadanía mundial y ii) la educación para el desarrollo sostenible se incor-

9 Sosa-Rodrigues, B. A., & García-Vivas, Y. S. (2019). Emisión de gases de efecto invernadero en el suelo bajo el uso de abonos verdes. *Agronomía Mesoamericana*, 767-782. doi:10.15517/am.v30i3.36103

poran en a) las políticas nacionales de educación, b) los planes de estudio, c) la formación del profesorado y d) la evaluación de los estudiantes. 13.a Cumplir el compromiso de los países desarrollados que son partes en la Convención Marco de las Naciones Unidas sobre el Cambio Climático de lograr para el año 2020 el objetivo de movilizar conjuntamente 100 000 millones de dólares anuales procedentes de todas las fuentes a fin de atender las necesidades de los países en desarrollo respecto de la adopción de medidas concretas de mitigación y la transparencia de su aplicación, y poner en pleno funcionamiento el Fondo Verde para el Clima capitalizándolo lo antes posible. 13.a.1 Cantidades proporcionadas y movilizadas en dólares de los Estados Unidos al año en relación con el objetivo actual mantenido de movilización colectiva de 100.000 millones de dólares de aquí a 2025. 13.b Promover mecanismos para aumentar la capacidad para la planificación y gestión eficaces en relación con el cambio climático en los países menos adelantados y los pequeños Estados insulares en desarrollo, haciendo particular hincapié en las mujeres, los jóvenes y las comunidades locales y marginadas 13.b.1 Número de países menos adelantados y pequeños Estados insulares en desarrollo con contribuciones determinadas a nivel nacional, estrategias a largo plazo y planes, estrategias nacionales de adaptación y estrategias indicadas en comunicaciones sobre la adaptación y comunicaciones nacionales.

INDICADORES CORRESPONDIENTES AL OBJETIVO DE DESARROLLO SOSTENIBLE 15, MEDIO AMBIENTE

15.1/ De aquí a 2020, asegurar la conservación, el restablecimiento y el uso sostenible de los ecosistemas terrestres y los eco-

sistemas¹⁰ interiores de agua dulce y sus servicios, en particular los bosques, los humedales, las montañas y las zonas áridas, en consonancia con las obligaciones contraídas en virtud de acuerdos internacionales. 15.1.1 Superficie forestal en proporción a la superficie total. 15.1.2 Proporción de lugares importantes para la biodiversidad terrestre y del agua dulce incluidos en zonas protegidas, desglosada por tipo de ecosistema.

15.2 De aquí a 2020, promover la puesta en práctica de la gestión sostenible de todos los tipos de bosques, detener la deforestación, recuperar los bosques degradados y aumentar considerablemente la forestación y la reforestación a nivel mundial. 15.2.1 Avances hacia la gestión forestal sostenible.

15.3/ De aquí a 2030, luchar contra la desertificación, rehabilitar las tierras y los suelos degradados, incluidas las tierras afectadas por la desertificación, la sequía y las inundaciones, y procurar lograr un mundo con efecto neutro en la degradación de las tierras. 15.3.1 Proporción de tierras degradadas en comparación con la superficie total.

15.4/ De aquí a 2030, asegurar la conservación de los ecosistemas montañosos, incluida su diversidad biológica, a fin de mejorar su capacidad de proporcionar beneficios esenciales para el desarrollo sostenible. 15.4.1 Lugares importantes para la biodiversidad de las montañas incluidos en zonas protegidas. 15.4.2 Índice de cobertura verde de las montañas.

15.5 Adoptar medidas urgentes y significativas para reducir la degradación de los hábitats naturales, detener la pérdida de biodiversidad y, de aquí a 2020, proteger las especies amenazadas y evitar su extinción. 15.5.1 Índice de la Lista Roja.

15.6/ Promover la participación justa y equitativa en los bene-

10 Cristian Alexander, V. M., Camilo Alejandro, C. R., Luz Marina, P., & Karoll, P. A. (2020). Objetivo de desarrollo sostenible – Vida de Ecosistemas Terrestres. doi:10.15332/dt.inv.2020.01417

ficios derivados de la utilización de los recursos genéticos y promover el acceso adecuado a esos recursos, según lo convenido internacionalmente. 15.6.1 Número de países que han adoptado marcos legislativos, administrativos y normativos para asegurar una distribución justa y equitativa de los beneficios.

15.7 Adoptar medidas urgentes para poner fin a la caza furtiva y el tráfico de especies protegidas de flora y fauna y abordar tanto la demanda como la oferta de productos ilegales de flora y fauna silvestres. 15.7.1 Proporción de especímenes de flora y fauna silvestre comercializados procedentes de la caza furtiva o el tráfico ilícito.

15.8 De aquí a 2020, adoptar medidas para prevenir la introducción de especies exóticas invasoras y reducir significativamente sus efectos en los ecosistemas terrestres y acuáticos y controlar o erradicar las especies prioritarias. 15.8.1 Proporción de países que han aprobado la legislación nacional pertinente y han destinado recursos suficientes para la prevención o el control de las especies exóticas invasoras

15.9/ De aquí a 2020, integrar los valores de los ecosistemas y la biodiversidad en la planificación, los procesos de desarrollo, las estrategias de reducción de la pobreza y la contabilidad nacionales y locales. 15.9.1 a) Número de países que han establecido metas nacionales de conformidad con la segunda Meta de Aichi del Plan Estratégico para la Diversidad Biológica 2011-2020 o metas similares en sus estrategias y planes de acción nacionales en materia de diversidad biológica y han informado de sus progresos en el logro de estas metas; y b) integración de la biodiversidad en los sistemas nacionales de contabilidad y presentación de informes, definidos como implementación del Sistema de Contabilidad Ambiental y Económica. 15.a Movilizar y

aumentar significativamente los recursos financieros procedentes de todas las fuentes para conservar y utilizar de forma sostenible la biodiversidad y los ecosistemas. 15.a.1 a) Asistencia oficial para el desarrollo destinada concretamente a la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad y b) ingresos generados y financiación movilizada mediante instrumentos económicos pertinentes para la biodiversidad. 15.b Movilizar recursos considerables de todas las fuentes y a todos los niveles para financiar la gestión forestal sostenible y proporcionar incentivos adecuados a los países en desarrollo para que promuevan dicha gestión, en particular con miras a la conservación y la reforestación. 15.b.1 a) Asistencia oficial para el desarrollo destinada concretamente a la conservación y el uso sostenible de la biodiversidad y b) ingresos generados y financiación movilizada mediante instrumentos económicos pertinentes para la biodiversidad. 15.c Aumentar el apoyo mundial a la lucha contra la caza furtiva y el tráfico de especies protegidas, incluso aumentando la capacidad de las comunidades locales para perseguir oportunidades de subsistencia sostenibles. 15.c.1 Proporción de especímenes de flora y fauna silvestre comercializados procedentes de la caza furtiva o el tráfico ilícito.

ARTICULOS DE LA LEY GENERAL PARA LA PREVENCIÓN Y GESTIÓN INTEGRAL DE LOS RESIDUOS DONDE SE CONTEMPLA EL CONCEPTO “SUSTENTABLE-SOSTENIBLE

Artículo 1.- La presente Ley es reglamentaria de las disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos que se refieren a la protección al ambiente en materia de preven-

ción y gestión integral de residuos, en el territorio nacional.

Sus disposiciones son de orden público e interés social y tienen por objeto garantizar el derecho de toda persona al medio ambiente sano y propiciar el desarrollo sustentable a través de la prevención de la generación, la valorización y la gestión integral de los residuos peligrosos, de los residuos sólidos urbanos y de manejo especial; prevenir la contaminación de sitios con estos residuos y llevar a cabo su remediación, así como establecer las bases para:

Artículo 2. En la formulación y conducción de la política en materia de prevención, valorización y gestión integral de los residuos a que se refiere esta Ley, la expedición de disposiciones jurídicas y la emisión de actos que de ella deriven, así como en la generación y manejo integral de residuos, según corresponda, se observarán los siguientes principios:

II. Sujetar las actividades relacionadas con la generación y manejo integral de los residuos a las modalidades que dicte el orden e interés público para el logro del desarrollo nacional sustentable;

VII. El acceso público a la información, la educación ambiental y la capacitación, para lograr la prevención de la generación y el manejo sustentable de los residuos;

XI. La producción limpia como medio para alcanzar el desarrollo sustentable, y

Artículo 7: F XXII. Diseñar y promover ante las dependencias competentes el establecimiento y aplicación de incentivos económicos, fiscales, financieros y de mercado, que tengan por objeto favorecer la valorización, la gestión integral y sustentable de los residuos, la remediación de sitios contaminados con estos; así como prevenir o evitar la generación de residuos y la contaminación de sitios por estos; Fracción reformada y recorrida

DOF 21-0.

Artículo 9: F XVI. Diseñar y promover ante las dependencias competentes el establecimiento y aplicación de instrumentos económicos, fiscales, financieros y de mercado, que tengan por objeto prevenir o evitar la generación de residuos, su valorización y su gestión integral y sustentable, así como prevenir la contaminación de sitios por residuos y, en su caso, su remediación.

IV. VACANTES HACIA EL 2030

A partir del modelo metodológico antes expuesto podemos destacar las vacantes jurídicas que surgen en el contexto jurídico mexicano a suplir y contemplar para la correcta adopción de los objetivos de desarrollo sostenible y la Agenda 2030.¹¹

La necesidad de un marco jurídico que contemple las realidades de las distintas latitudes del país y se anticipe a los retos inminentes que representa el cambio climático, el exponencial crecimiento poblacional y los derivados de la producción y consumo de años de un modelo inconsciente, hoy son más que necesarios. El presente documento ha destacado los pilares fundamentales sobre los cuales se tiene que emprender medidas concretas para garantizar una relación armónica entre nuestros modelos económicos y de producción y el medio ambiente, el contemplar una relación transdisciplinaria es solo el comienzo.

11 Reversing Climate Change. (2020). Reversing Climate Change, 272–303. doi:10.1142/9789814719360_0011

Los verdaderos retos para los estados como lo es el estado mexicano en su totalidad es solo un primer reto, los retos derivados se deben de abordar desde una perspectiva de la complejidad donde las relaciones políticas, sociales, económicas que se tienen entre los distintos niveles de gobierno sean superadas por el modelo de bienestar y recuperación derivado de la pandemia global de Covid-19, la cual es solo un primer reto de los que representa el cambio climático.¹²

12 Romm, J. (2018). Climate Change and You. *Climate Change*. doi:10.1093/wentk/9780190866112.003.0007; White, R. (2018). Climate change victims. *Climate Change Criminology*, 79–96. doi:10.1332/polycypress/9781529203950.003.0005

LA LEGALIDAD Y EL DERECHO HUMANO AL MEDIO AMBIENTE SANO EN LAS SENTENCIAS*

Luis Alberto Bautista Arciniega**

Bertha Theresia Seufert García***

El medio ambiente es el hogar de todos los seres vivos que habitan este planeta, sin embargo, es imposible que pueda defenderse por sí mismo del grave deterioro que ha padecido en las últimas décadas. En la actualidad, el derecho humano a un medio ambiente sano es un derecho de reconocimiento reciente en México y en la comunidad internacional, por lo que su garantía y protección se encuentran en un perfeccionamiento que avanza gradualmente.

El presente artículo busca analizar la relación entre la legalidad de las sentencias en materia administrativo-ambiental y el derecho humano al medio ambiente sano. La legalidad, en palabras de Luis Legaz Lacambra (1958), significa “la existencia de leyes y conformidad a las mismas de los actos de quienes a ellas están sometidos” (p.6), es por ello que para hablar de legalidad es necesario hacer un examen al marco normativo vigente

* Ponencia presentada en el V Congreso Internacional Estudiantil de Derecho Administrativo y Foro de Jóvenes Administrativistas, los días 8 y 8 de octubre de 2020, en la Universidad Autónoma de Baja California.

** Maestro en Derecho Ambiental y Desarrollo Sustentable por la Universidad de Guadalajara, docente y profesor investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Baja California, Doctorando en el programa de posgrado en Ciencias Jurídicas en la Facultad de Derecho por la Universidad de la Habana.

*** Licenciada en Derecho por la Universidad Autónoma de Baja California y Maestrante en el programa de posgrado en Maestría en Ciencias Jurídicas por la misma Universidad.

en el ámbito internacional, nacional, así como hacer mención de las dependencias o autoridades competentes para la gestión de la materia ambiental, y posteriormente señalar cuáles son las sanciones de carácter administrativo y sus alcances.

I. MARCO NORMATIVO INTERNACIONAL SOBRE EL DERECHO HUMANO AL MEDIO AMBIENTE SANO

Entre los principales documentos que contemplan el reconocimiento del medio ambiente como derecho humano se encuentran la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano, el Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales y la Declaración de Río sobre el Medio Ambiente Humano y el Desarrollo. Posteriormente se han ido creando numerosos acuerdos de cooperación internacional con el objeto de contribuir en la prevención del deterioro ambiental y proteger este derecho humano.

A. DECLARACIÓN DE ESTOCOLMO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE HUMANO

Como fue mencionado anteriormente, la Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano (1972), representa un documento emblemático en la materia ambiental, está compuesto por 26 principios los cuales establecen: el derecho a un medio ambiente de calidad y a la no discriminación, la responsabilidad intergeneracional en materia ambiental, el desarrollo y la preservación de los recursos no renovables, además del derecho soberano de los Estados a explotar sus propios recursos, la prevención

y reparación del daño ambiental, el deber de cooperación en la protección y mejoramiento del medio ambiente, la planificación del desarrollo y utilización de recursos ambientales, así como también la planificación de asentamientos humanos y políticas demográficas y la contribución de la ciencia y tecnología a la calidad del medio ambiente.

Es en el primer principio de este instrumento donde se identifica el reconocimiento al derecho fundamental que tiene cada individuo al disfrute de condiciones adecuadas en un medio ambiente de calidad, así como también a la obligación que se tiene de proteger y mejorar el medio ambiente para las generaciones presentes y futuras, por lo que se observa el medio ambiente en una doble vertiente como derecho humano o derecho fundamental y como una obligación.

A partir de esta declaración el tema de la problemática del medio ambiente cobra relevancia en el ámbito internacional y tiene como finalidad que los Estados miembros incorporen dentro de su legislación nacional políticas a favor de la preservación del medio ambiente.

B. DECLARACIÓN DE RÍO SOBRE EL MEDIO AMBIENTE Y EL DESARROLLO

La Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo (1992) es un acuerdo celebrado por 178 países miembros, que busca establecer una alianza mundial y equitativa mediante la creación de nuevos niveles de cooperación entre los Estados, procurando respetar los intereses de todos, la protección del sistema ambiental y el desarrollo mundial. Es el resultado de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Medio Ambiente y

el Desarrollo, también denominada “Cumbre de la Tierra”, que se realizó en la ciudad de Río de Janeiro, Brasil, del 3 al 14 de junio de 1992, entre sus objetivos se buscaba reafirmar puntos de la Declaración de Estocolmo de 1972 y establecer parámetros para asegurar de manera conjunta el desarrollo económico, el bienestar social y ambiental de la humanidad.

Este convenio se integra por 27 principios, de los cuales se desprende el reconocimiento al derecho a una vida saludable y a vivir en armonía con el medio ambiente, el derecho soberano a utilizar sus propios recursos naturales, la responsabilidad intergeneracional en materia del medio ambiente y el desarrollo, la necesidad de alcanzar el desarrollo sostenible y erradicar la pobreza, el deber de cooperación solidaria en materia ambiental, la reducción de producción y consumo insostenible y el fomento al desarrollo e intercambio de conocimientos científicos en materia ambiental.

También, consagra entre sus principios el acceso a la participación ciudadana, a la información ambiental y a la justicia en materia ambiental, la necesidad de promulgar leyes ambientales eficaces y la obligación de reparar el daño ambiental, la necesidad de cooperar en la implementación de un sistema económico favorable para lograr el desarrollo sostenible, de evitar las actividades que causen degradación ambiental grave, de realizar evaluaciones del impacto ambiental y fomentar la inclusión de la mujer, los jóvenes, comunidades indígenas y grupos vulnerables en materia ambiental y por último, la importancia de lograr el respeto y protección al ambiente en épocas de conflicto armado y la resolución de conflictos de manera pacífica.

La finalidad principal de la declaración fue promover el desarrollo sostenible como la única manera para lograr asegurar un

desarrollo ambiental adecuado y de largo plazo, ya que busca cubrir las necesidades del presente sin afectar a las generaciones futuras. Dentro de las disposiciones que establece este documento sobresalen el Principio 10 sobre la participación, el acceso a la información y el acceso efectivo a los procedimientos judiciales y administrativos en materia ambiental, así como también los principios 13 y 16 referentes a la reparación del daño ambiental. A partir de esta cumbre se firmaron varios documentos jurídicamente vinculantes como lo son el Convenio Internacional sobre Diversidad Biológica, y el Convenio Internacional sobre Cambio Climático.

II. EL MEDIO AMBIENTE SANO COMO UN DERECHO CONSTITUCIONAL

En México, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (1917) es la norma fundamental que rige de manera jurídica el país; se promulgó el 5 de febrero de 1917 y fue publicada en el Diario Oficial de la Federación, como producto de varios meses de debate del Congreso Constituyente de 1916, esta ley tuvo como antecedente la Constitución Política del 5 de febrero de 1857.

La Constitución mexicana de 1917, aportó un avance significativo al constitucionalismo universal, debido a que fue la primera en la historia que estableció por medio de su técnica constitucional a los derechos sociales plasmándolos dentro de la norma fundamental, ejemplo que seguirían posteriormente muchas Constituciones de otros países (De la Madrid Hurtado, 2017, pág. 260). Es decir, que esta norma suprema, no se había limitado a

establecer las bases de la organización política de los estados y la división de poderes, ni a reconocer y proteger solamente a los derechos del hombre en su aspecto individual, sino que desde su promulgación se reconoce la existencia de derechos humanos de tipo social y se establecieron las bases del sistema económico.

Durante mucho tiempo se ha sostenido que el artículo 27 constitucional, consagrado desde 1917, ha sentado las bases de los postulados relativos a la materia ambiental, precepto que menciona el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, la preservación de los recursos naturales y atiende de manera literal a la restauración del equilibrio ecológico, siendo en ese tiempo la única herramienta constitucional de protección al medio ambiente.

Sin embargo, no es realmente correcto considerar que fue este artículo la base de tutela al medio ambiente, César Nava (2017) manifiesta que la Carta Magna no pudo haberse referido a lo ambiental, por la simple razón de que ese significado no correspondía a la época, es decir, que el vocablo “ambiente” o “ambiental” es relativamente moderno, pues se le asignó el valor actual a partir de la década de los sesenta y setenta del siglo XX. Por lo tanto, puede ser considerado solo como un antecedente de lo que ahora es el derecho al medio ambiente sano y adecuado.

Entonces, ¿a partir de qué momento se reconoce en la Constitución este derecho?, un dato curioso es que este derecho fue acogido en primer instancia y con muchos años de antelación, en una ley de rango inferior a la Constitución, fue el 28 de enero de 1988, cuando se publicó la Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA), plasmando en su artículo 15 fracción XI que “toda persona tiene derecho a disfrutar de un medio ambiente sano. Las autoridades en los términos de esta

y otras leyes tomarán las medidas para la preservación de este derecho”.

Más adelante, fue publicada el 28 de junio de 1999, en el *Diario Oficial de la Federación*, una reforma constitucional al artículo 4º de la Ley Suprema en donde se adiciona el párrafo quinto, que textualmente expresa que “ Toda persona tiene derecho a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar”, lo cual representó un gran logro para México en materia medio ambiental, sin embargo, la consagración de este derecho llegó de forma bastante tardía, pues como ya fue mencionado en párrafos anteriores, su reconocimiento en el ámbito internacional surgió desde 1972, es decir, 27 años antes.

Pero, el derecho humano al medio ambiente en México no quedó estático a como fue plasmado en el año de 1999 dentro de la Constitución, sino que el 8 de febrero de 2012 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* la reforma constitucional que se efectuó al artículo 4º constitucional para modificar el término “medio ambiente adecuado” por el de “medio ambiente sano”, como es conocido actualmente. El reconocerle la calidad de derecho constitucional, implica para el Estado mexicano la obligación de garantizar el respeto a este derecho así como a proporcionar los medios necesarios para su protección.

Las circunstancias que dieron origen a su promulgación como un derecho fundamental fueron la necesidad de garantizar el respeto a la dignidad humana, la cual exige un grado de calidad ambiental, y se relaciona con el derecho a la vida y a satisfacer las necesidades humanas básicas como la salud, la alimentación, el agua, las condiciones de trabajo saludables, la vivienda, y a las cuales podríamos añadir la calidad del aire y del suelo. Todos estos elementos buscan la subsistencia de la vida y del desarrollo de cada persona.

Por lo expuesto, es posible deducir que existen derechos humanos que tienen una correlación inevitable, el derecho humano al medio ambiente sano se encuentra íntimamente relacionado con otros derechos como lo son el derecho a la vida, a la salud y al desarrollo, siendo así indivisibles e interdependientes, y reforzando de esta manera la importancia de tener un medio ambiente sano y de calidad, pues el derecho a la vida requiere de las condiciones adecuadas para desarrollarla (De Luis García, 2018, pág. 554).

III. DEPENDENCIAS FEDERALES COMPETENTES EN MATERIA AMBIENTAL

De acuerdo con Andrés Serra Rojas (1987), la Administración Pública Federal se debe entender como una organización que forma parte de la actividad del Estado, depende del Poder Ejecutivo Federal y se caracteriza por un conjunto de órganos centralizados, desconcentrados y, por excepción, paraestatales, los cuales tienen como objetivo atender legalmente las necesidades y servicios, tanto administrativos generales como los servicios públicos. Su fundamento se encuentra en el artículo 90 de la Constitución General de la República, que faculta al Congreso de la Unión para legislar en materia de la administración pública federal, expidiendo así la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal (LOAPF) y que entró en vigor el primero de enero de 1977, no obstante ha sido objeto de diversas reformas a través de los años.

La Secretaría del Medio Ambiente y Recursos Naturales es la cabeza del sector ambiental, siendo la encargada de fomentar la

protección y conservación de los ecosistemas y de los recursos naturales, así como de favorecer su aprovechamiento en términos del desarrollo sostenible (Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, 2006). Sus atribuciones se encuentran establecidas en el artículo 32 Bis de la LOAPF y tiene como misión incorporar criterios e instrumentos que aseguren la óptima protección, conservación y aprovechamiento de los recursos naturales del país, conformando así una política ambiental integral e incluyente.

Para cumplir con lo anterior, la Semarnat, cuenta con tres subsecretarías: de Planeación y Política Ambiental, de Gestión para la Protección Ambiental, y de Fomento y Normatividad Ambiental. Además, cuenta con el apoyo de diversos Órganos Desconcentrados y Descentralizados que forman parte del Sector Ambiental Federal, como lo son: la Comisión Nacional del Agua (CNA), el Instituto Nacional de Ecología y Cambio Climático (INECC), la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (Profepa), la Comisión Nacional de Áreas Naturales Protegidas (Conanp), el Instituto Mexicano de Tecnología del Agua (IMTA) y la Comisión Nacional Forestal (Conafor), trabajando conjuntamente en cuatro aspectos prioritarios: la conservación y aprovechamiento sustentable de los ecosistemas y su biodiversidad, la prevención y control de la contaminación, la gestión integral de los recursos hídricos, y el combate al cambio climático.

Por otro lado, la Profepa como órgano desconcentrado de la Semarnat y derivado de la importancia del cumplimiento en la normatividad ambiental en relación con el derecho a gozar de un medio ambiente sano, es necesario señalar que tiene sus atribuciones consagradas en el artículo 45 del Reglamento Interior de la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales (Rise-marnat), e interviene como una entidad encargada de vigilar el

cumplimiento de la normatividad ambiental. Cuenta con cuatro subprocuradurías: de Recursos Naturales, de Auditoría Ambiental, de Inspección Industrial, y la Jurídica, quienes tienen como labor supervisar y evaluar el cumplimiento de las normas aplicables a la prevención y control de la contaminación ambiental, a la restauración de los recursos naturales, a la preservación y protección de la flora y fauna, así como de sus ecosistemas, la zona federal marítimo terrestre, y las áreas naturales protegidas (Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública, 2006).

De igual manera, la Profepa es la encargada de procurar la justicia ambiental, de establecer políticas y lineamientos administrativos para reducir el impacto ambiental, de atender denuncias populares por incumplimiento de las disposiciones ambientales, de realizar acciones de inspección, verificación y vigilancia, brindar asesoría en asuntos de protección y defensa del ambiente, la vida silvestre y los recursos naturales. Asimismo, cuenta con delegaciones estatales en las 32 entidades de la República. (Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, s.f.).

IV. SANCIONES ADMINISTRATIVAS EN MATERIA AMBIENTAL Y SUS ALCANCES

El Derecho Administrativo, según Pablo Soto Delgado (2016), tiene como objetivo “ser una herramienta que permita hacer cumplir los fines dispuestos por quienes formulan políticas públicas, a través de una determinada regulación” (pág. 190). En cuanto a lo que se debe entender por sanción administrativa, Jorge Bermúdez Soto (1998), señala que es “aquella retribución negativa prevista por el ordenamiento jurídico e impuesta por una admi-

nistración pública por la comisión de una infracción administrativa” (pág. 326), y tiene como objeto castigar el incumplimiento de ciertas conductas.

En cuanto a la relación del derecho administrativo con el derecho ambiental, muchos autores consideran a este último solamente como un parte del primero, debido a que regula las relaciones entre los gobernados y la Administración Pública, en cuanto al uso y aprovechamiento de los recursos naturales, no obstante, es una rama que ha ganado cierta autonomía con el paso del tiempo, sobre todo por su importancia a nivel mundial, ya que la protección del medio ambiente es un tema relevante para toda la humanidad.

Dentro de la legislación secundaria se pueden encontrar las sanciones y multas que abarcan desde lo administrativo hasta lo penal y que derivan de la comisión de ilícitos ambientales en las materias de forestal, impacto ambiental, recursos marinos, vida silvestre y zona federal marítimo terrestre.

Las sanciones de carácter administrativo que podrán ser impuestas a los infractores de la legislación ambiental son las que se encuentran establecidas en el artículo 70 de la Ley Federal del Procedimiento Administrativo (LFPA) las cuales pueden consistir en:

- I. Amonestación con apercibimiento,
- II. Multa,
- III. Multa adicional por cada día que persista la infracción,
- IV. Arresto hasta por 36 horas,
- V. Clausura temporal o permanente, parcial o total, y
- VI. Las demás que señalen las leyes o reglamentos. (Ley Federal del Procedimiento Administrativo, 1994)

Por lo que se refiere a la última fracción del artículo 70 de la LFPA, se considera que en materia ambiental la autoridad podrá imponer las sanciones destinadas a la protección del ambiente, siempre que las mismas se encuentren previstas en la legislación y con estricto apego al principio de legalidad.

De acuerdo al artículo 171 de la Ley General del Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente (LGEEPA) las violaciones a los preceptos de la misma ley, así como a sus reglamentos y las disposiciones que de ella emanen serán sancionadas con una o más de las siguientes sanciones:

- I. Multa por el equivalente de treinta a cincuenta mil días de salario mínimo general vigente en el Distrito Federal al momento de imponer la sanción,
- II.- Clausura temporal o definitiva, total o parcial, (...)
- III. Arresto administrativo hasta por 36 horas.
- IV.- El decomiso de los instrumentos, (...) y
- V.- La suspensión o revocación de las concesiones, licencias, permisos o autorizaciones correspondientes. (Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente, 1988)

Además, si una vez vencido el plazo concedido para subsanar las infracciones resultare que estas aún subsisten, se podrán imponer multas por cada día que transcurra sin obedecer el mandato, sin que excedan del monto máximo permitido, es decir, los 50 000 días de salario mínimo. No obstante, en caso de reincidencia, el monto de la multa podrá ser hasta por tres veces del monto originalmente impuesto, asimismo la clausura definitiva.

Conforme a la Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, menciona en su artículo 156 que las infracciones serán sancionadas administrativamente por la Semarnat, con una o más de

las siguientes medidas:

- I. Amonestación;
- II. Imposición de multa;
- III. Suspensión temporal, parcial o total, de las autorizaciones de aprovechamiento de recursos forestales o de la inscripción registral, o de las actividades de que se trate;
- IV. Revocación de la autorización o inscripción registral;
- V. Decomiso de las materias primas forestales y sus productos obtenidos, documentación, así como de los instrumentos, [...]
- VI. Clausura temporal o definitiva, parcial o total, de las instalaciones, [...] y
- VII. Establecimiento de medidas de restauración en el área afectada. (Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable, 2018)

La imposición de las multas dependerá de la infracción, sin embargo, el monto mínimo equivale a 40 veces el valor de la Unidad de Medida y Actualización (UMA) y el monto máximo hasta 30 000 veces el valor de la UMA prevista al momento de cometerse la infracción.

En cuanto a la Ley General de Vida Silvestre, se establece que las infracciones serán sancionadas administrativamente por la Semarnat, con una o más de las siguientes medidas:

- I. Amonestación escrita.
- II. Multa.
- III. Suspensión temporal, parcial o total, de las autorizaciones, licencias o permisos que corresponda.
- IV. Revocación de las autorizaciones, licencias o permisos correspondientes.

- V. Clausura temporal o definitiva, parcial o total, de las instalaciones [...].
- VI. Arresto administrativo hasta por 36 horas.
- VII. Decomiso de los ejemplares, partes o derivados de la vida silvestre [...]
- VIII. Pago de gastos al depositario de ejemplares o bienes que con motivo de un procedimiento administrativo se hubieren erogado. (Ley General de Vida Silvestre, 2000)

En el caso de la amonestación escrita, la multa y el arresto administrativo la ley indica que podrán ser conmutados por trabajo comunitario en actividades de conservación de la vida silvestre y su hábitat natural. Y en cuanto a la imposición de multas, de igual manera dependerá de la infracción cometida, no obstante, el monto mínimo equivale a 20 veces el valor de la UMA y el monto máximo es de hasta 75 000 veces el valor de la UMA vigente al momento de la comisión de la infracción.

Un ejemplo en el que el Tribunal Federal de Justicia Administrativa emitió 17 sentencias definitivas a favor de la Profepa, fue respecto al caso de predios inspeccionados de la colonia “El Comanche”, en el municipio de Sierra Mojada, Coahuila de Zaragoza. Fue en el mes de septiembre de 2013 en el que personal de Profepa realizó 23 visitas de inspección en el área, con motivo de que personas de la comunidad menonita efectuaron la remoción de vegetación forestal, correspondiente a matorral desértico micrófilo, esto con la intención de dedicar el área para uso agrícola, habitacional y de servicios, sin embargo, no contaban con autorización en materia forestal para el cambio de uso de suelo, el cual debe ser otorgado por Semarnat.

Por lo anterior, se iniciaron 23 procedimientos administrativos

y se clausuraron de manera temporal cada uno de los predios. Durante los meses de noviembre y diciembre de 2015, la Profepa emitió 23 resoluciones administrativas, correspondiendo a los propietarios de los predios, donde se les impuso multas que en su totalidad representaban la cantidad de 14'957 994.00 M.N, asimismo, se clausuró de forma total y fueron suspendidas las actividades de remoción de vegetación forestal. Posteriormente, los inspeccionados solicitaron 23 juicios de nulidad ante la Sala Especializada en Materia Ambiental y de Regulación, los cuales fueron favorables nuevamente a la delegación de Profepa, ante tal hecho, se interponen 23 juicios de amparo directo ante distintos Tribunales Colegiados en Materia Administrativa del Primer Circuito, 17 de ellos fueron sentencia favorable para la delegación de Profepa, 2 en contra por diversidad de interpretación de los Jueces de Distrito en relación con el concepto de terreno forestal, y los 4 restantes se encuentran aún en desahogo del proceso. (Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, 2018).

Pero el derecho ambiental no es una disciplina que sancione solamente el incumplimiento de la norma con base en el principio de legalidad, sino que busca una garantía de carácter social, al tratarse de una cuestión universal e impersonal, pues la inobservancia de la legislación ambiental genera afectaciones en cuanto al desarrollo, nivel y calidad de vida, vulnerando de esta manera los derechos de terceras personas, las cuales quedan bajo la tutela y protección del Estado como representante social.

El problema estriba en que a pesar de que en los últimos años ha existido una creciente producción legislativa en materia ambiental en México, en el que su contenido se encuentra en mayor medida en leyes de carácter administrativo, predomina la aplicación formalista, interpretación discrecional y la centralización de

atribuciones en la Federación, sin tomar en cuenta los principios internacionales del derecho ambiental. Pues la complejidad persiste en todos los casos en donde la autoridad tiene que resolver asuntos en donde existe la dualidad derecho-deber, la autoridad puede resolver de forma legalista, o bien puede resolver inclinándose al derecho del ser humano de disfrutar del medio ambiente o en su caso pronunciarse por la obligación que tiene el ser humano de cuidar su entorno (Narvárez Díaz, 2016, pág. 82).

La tarea de la autoridad debe ser buscar el equilibrio entre el derecho deber, procurando utilizar los principios rectores ambientales incluso desde las políticas públicas del gobierno, con el fin de alcanzar una protección, un desarrollo sostenible lo más cercano al medio ambiente.

Los asuntos en materia ambiental que llegan a los tribunales contencioso-administrativos o judiciales atienden a la legalidad en la imposición de sanciones y medidas de seguridad, por lo que las sentencias en las que se ve favorecida la protección de los bienes ambientales son realmente escasas. Aunado a lo anterior, la dificultad en la eficacia normativa en materia ambiental se debe a que “las leyes ambientales remiten a una gran cantidad de reglamentos y normas oficiales mexicanas con regulación de carácter técnica y de difícil comprensión, así como a procedimientos administrativos diferentes que son competencia de la Profepa” (Profepa, 2012, pág. 3).

De igual manera, Narvárez Díaz menciona que los tribunales administrativos y judiciales cuando se convierten en revisores de la legalidad de los actos de la Profepa, no siempre tienen conocimiento sobre la especificidad, características y regulación de la normatividad ambiental, es por ello que aplican conceptos fiscales y puramente legalistas a los actos de inspección, olvidan-

do que la materia ambiental requiere de peritajes y dictámenes, incluyendo también el estudio puntual de la legislación ambiental, es así que las autoridades jurisdiccionales no siempre son sensibles con el tratamiento de los asuntos ambientales (Narváez Díaz, 2016, pág. 104).

V. CONCLUSIONES

A manera de conclusión, se considera que el derecho humano a gozar de un medio ambiente sano, si bien ha evolucionado a través del tiempo y cuenta con una extensa normativa, no debe atender solamente a las formalidades del principio de legalidad, en cuanto al cumplimiento de la normativa administrativa, sino que debe ver más allá, procurando observar los principios rectores internacionales de la materia ambiental, como lo son el principio quien contamina paga, el de precaución, de prevención, e *in dubio pro natura*, entre muchos otros, buscando en todo momento, lugar y circunstancia el proteger al medio ambiente como un derecho humano que no solo trasciende a las generaciones del presente sino a las generaciones futuras.

VIII. BIBLIOGRAFÍA CONSULTADA

- Bermúdez Soto, J. (1998). Elementos para definir las sanciones administrativas . *Revista Chilena de Derecho* , 323-334.
- Centro de Estudios Sociales y de Opinión Pública. (28 de agosto de 2006). *Políticas públicas y gestión gubernamental de la administración vigente*. Obtenido de Medio Ambiente: www.diputados.gob.mx/cesop/
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. (1917).
- De la Madrid Hurtado, M. (2017). La Constitución de 1917 y sus principios políticos fundamentales. En *Cien ensayos para el Centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, tomo I: Estudios históricos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM.
- De Luis García, E. (2018). El medio ambiente sano: La consolidación de un derecho. *Iuris Tantum Revista Boliviana de Derecho*(25).
- Declaración de Estocolmo sobre el Medio Ambiente Humano*. (1972).
- Declaración de Río sobre el Medio Ambiente y el Desarrollo*. (1992).
- Legaz Lacambra, L. (1958). Legalidad y legitimidad. *Estudios y notas*, 5-23.
- Ley Federal del Procedimiento Administrativo. (1994).
- Ley General de Desarrollo Forestal Sustentable. (2018).
- Ley General de Equilibrio Ecológico y la Protección al Ambiente. (1988).
- Ley General de Vida Silvestre. (2000).
- Narváez Díaz, R. (2016). *La hermeneusis de los principios rectores jurídicos ambientales en México*. México: Editorial Flores.

- Nava Escudero, C. (julio-diciembre de 2017). Evolución constitucional ambiental. Análisis abreviado. *Jurídica Ibero*(3).
- Procuraduría Federal de Protección al Ambiente. (4 de mayo de 2018). *Gobierno de México*. Obtenido de Procuraduría Federal de Protección al Ambiente: <https://www.gob.mx/profepa/es/prensa/tribunal-federal-de-justicia-administrativa-emite-17-sentencias-definitivas-a-favor-de-profepa-en-caso-de-predios-de-menonitas-en-coahuila?idiom=es>
- Procuraduría Federal de Protección al Ambiente. (s.f.). *Procuraduría Federal de Protección al Ambiente*. Obtenido de ¿Qué hacemos?: <https://www.gob.mx/profepa/que-hacemos>
- PROFEPA. (2012). *Libro Blanco, Justicia y Protección Ambiental*. México: Gobierno Federal.
- Serra Rojas, A. (1987). *Derecho administrativo*. México: Porrúa.
- Soto Delgado, P. (2016). Sanciones administrativas como medidas de cumplimiento del Derecho: un enfoque funcional y responsivo aplicado al régimen sancionatorio ambiental. *Ius et Praxis*(2), 189-226.

GESTIÓN PÚBLICA AMBIENTAL: RETOS Y REALIDADES EN MÉXICO

Marina Gisela Hernández García *

La humanidad ha tenido una tendencia a mirar el medio ambiente como algo subordinado, que existe por el solo hecho de formar parte la naturaleza y en esa función como una fuente inagotable. Una visión limitada, la falta de sensibilidad, el desarrollo industrial y económico de las últimas cuatro décadas ha causado grandes estragos sin percatarnos de la interconexión que existe entre el desarrollo individual y social de las personas con el medio ambiente.

El presente trabajo analiza, la gestión pública ambiental desde un enfoque transversal, partiendo desde lo internacional, hasta la regulación ambiental mexicana con la que contamos en la actualidad. Busca también, presentar cuáles siguen siendo los retos para una efectiva gestión ambiental, que, por ende, cumpla con los objetivos planteados en instrumentos internacionales. En definitiva, para saber cuáles son los retos, es necesario conocer la realidad a la que le hacemos frente desde diversas trincheras como lo son: el sector público, privado, en el ámbito dicente, como juzgador, como ciudadano.

* Profesora de Carrera de la Universidad Autónoma de Baja California; Maestra en Ciencias Jurídicas por la misma Universidad; Perfil PRODEP; Doctorando en Ciencias Jurídicas en la Facultad de Derecho de la Universidad de la Habana.

I. INTRODUCCIÓN

Hoy en día, analizar el bien jurídico tutelado que regula el Derecho Ambiental, la forma en la que ha ido evolucionando, de cómo vino a establecer su regulación en instrumentos normativos internacionales, nacionales, regionales y locales, ha sido el resultado de la interacción del Estado entre el gobernado; en ese sentido, la necesidad de establecer que la directriz sea la protección y preservación del medio ambiente, ya que el deterioro y degradación del mismo se ha venido desarrollando sin fronteras definidas.

En ese sentido, y con el empeño por lograr la consecución del fin planteado, en los primeros años del México posrevolucionario que la protección jurídica del medio ambiente empieza a tomar forma, sobre todo al amparo de las nuevas disposiciones sobre la propiedad; el Derecho Ambiental Mexicano como disposición formal comienza a delinearse en los años setenta de cara a la Primera Conferencia de las Naciones Unidas sobre Medio Ambiente y Desarrollo, en el año de 1992 en Estocolmo.

La incorporación del medio ambiente a la esfera de competencias del Estado y, por tanto, el establecimiento de una gestión pública del medio ambiente, es un hecho relativamente tardío en todas partes del mundo. En los países de América Latina, incluido México, dicha incorporación es consecuencia de una tendencia hacia la progresiva ampliación de los objetivos sociales que asume el Estado, sobre la base de que sólo de esta forma se podría garantizar que ellos se alcancen.

La gestión pública del medio ambiente y los recursos naturales en México tiene su punto de partida en el año de 1917 cuando se adopta una nueva Constitución promotora de cambios que

conlleven una profunda reforma política, con implicaciones administrativas, con un enfoque que intervendría prácticamente en todos los aspectos de la vida social y económica, entre ellos en la conservación de los recursos naturales. Haciendo énfasis en el dominio de las tierras y las aguas estableciendo que esta podía en todo tiempo imponer a la propiedad privada las modalidades que dictara el interés público y, asimismo, regular en beneficio social el aprovechamiento de los elementos naturales susceptibles de apropiación, entre otras cosas para cuidar su conservación. En ese contexto, la nueva Constitución ordenó que se adoptaran todas las medidas necesarias para evitar la destrucción de los elementos naturales y los consiguientes daños en perjuicio de la sociedad.

A las funciones clásicas del Estado, incluidas la defensa nacional y las relaciones con la administración de justicia, así como el manejo de las finanzas públicas se agregaron progresivamente otras, que fueron configurando el marco de la intervención estatal en la economía en sectores como el agropecuario, forestal, industrial, minero, pesquero. Simultánea o posteriormente se crearon órganos administrativos para la atención de problemas sociales, como el trabajo, la salud pública o la educación.

La inclusión de la temática ambiental a la esfera de la gestión pública ha representado un desafío que hasta la fecha ningún país puede considerar superado a plena satisfacción. La eficiencia de la gestión ambiental depende en gran medida de que el sistema administrativo facilite el manejo de los componentes del medio ambiente, de manera que se preserve el delicado equilibrio que se establece entre ellos.

Toda administración moderna se enfrenta a la difícil tarea de lograr formas de organización que resuelvan la tensión entre el principio de la integralidad de la gestión ambiental y el de la

división y especialización del trabajo, En el caso de México, el mencionado principio de integralidad de la gestión ambiental se cumple mediante la consolidación de un núcleo sectorial centrado en el manejo de los sistemas naturales y los recursos renovables, así como la progresiva asimilación de la temática ambiental en los demás sectores de la economía.

Señalo ejemplos 3 vías:

- Incorporación de la dimensión ambiental en el conjunto de aquellas políticas sectoriales que, en forma directa o indirecta, inciden en el manejo de los sistemas naturales.
- Participación en la gestión ambiental por parte de todas aquellas instancias de la sociedad legítimamente interesadas en la promoción del desarrollo sustentable.
- Una sucinta reseña de la evolución de la gestión ambiental en México, haciendo hincapié sobre todo en los ámbitos normativo y gubernamental, permite entender mejor la situación institucional actual y sus perspectivas.

Así pues, el Derecho Ambiental se ubica dentro del Derecho Público, específicamente en el Derecho Administrativo, ya que es este el que hace referencia al bien común de la comunidad ejercido a través del Estado, directamente por el poder ejecutivo y su relación con los particulares, involucra también a los tres niveles de gobierno, a organizaciones no gubernamentales, al sector productivo, y al educativo.

Para lograr la protección y regulación adecuada del medio ambiente, en el año de 1999 se adiciona el párrafo quinto al artículo 4 Constitucional,¹ estableciendo que toda persona tiene derecho

¹ Párrafo adicionado mediante decreto publicado en el *Diario Oficial de la Federación*, el 28 de junio de 1999, dentro de la Constitución Política de los

a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar. En ese sentido el primer párrafo del artículo 25 constitucional señala, que corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que este sea integral y sustentable.

La expresión, Derecho Ambiental se utiliza sin distinción para denominar, por un lado, al conjunto de normas jurídicas que regulan cuestiones ambientales y, por otro lado, a la ciencia jurídica que se ocupa de dichas normas².

Es también un sistema normativo que viene a regular las relaciones entre los seres vivos, su medio ambiente y aquellas actividades de las personas físicas y morales que van a influir de una manera significativa en su desarrollo; pero, además, fue necesario tomar acciones para la protección de un derecho humano a una vida sana, exenta de agentes contaminantes en el agua, tierra y aire que afectara el sano desarrollo de las personas.

II. CONCEPTUALIZACIÓN Y ANTECEDENTES HISTÓRICOS DE LA GESTIÓN PÚBLICA AMBIENTAL

Es necesario establecer que el Derecho Ambiental, es una disciplina jurídica relativamente nueva, que se encuentra aún en pleno desarrollo y por esta razón es importante establecer varias diferencias. Entender que ambiente, es considerando como un sistema, como un conjunto de elementos que interactúan entre sí; este término se utiliza para dar referencia a todos los ambientes, así como el conjunto de circunstancias físicas que rodean a los seres

Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917.

2 Jesús Quintana Valtierra, *Derecho ambiental mexicano, nociones generales*, 2ª ed., México, Porrúa, 2002, p.18.

vivos³. La palabra medio ambiente, no se considera sinónimo, ya que, con el paso del tiempo, dicha expresión adquirió reconocimiento y aceptación.

Una postura más completa de medio ambiente, es considerarlo como, el conjunto de factores naturales que rodean a los seres vivos, se trata de elementos predominantes, en un lugar, región o espacio en el cual nacen y mueren los animales, las personas, la flora y la fauna; es todo lo queda comprendido en donde se ubican las cosas, insumos, fabricas, comercios, negocios, escuelas, centro de trabajos, familia, pueblo, Estado o nación,⁴ este es uno de los conceptos que más se adecúa, al contemplar en él no solamente los factores naturales que rodean a los seres vivos, sino que además, visualiza la afectación a esos elementos, desde una perspectiva más abierta.

Además de los conceptos anteriores, es de vital importancia, discernir, entre otros dos, si bien, es comprensible que, para el ámbito jurídico, sea de conocimiento novedoso el Derecho Ambiental, primero, debemos identificar la diferencia entre lo ambiental, ecológico y la ecología; indiscutiblemente esta última, no guarda mayor trascendencia, el problema radica, que con frecuencia es mal empleada, haciéndola parecer sinónimo para el medio ambiente, cuando en realidad es una ciencia.

En esa tesitura, el maestro Raúl Brañes Ballesteros, lo define como el conjunto de normas jurídicas que regulan las conductas humanas que pueden influir de una manera relevante en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de ambiente, mediante la generación de efectos de los que se espera

3 Jesús Quintana Valtierra, 2002, *Derecho ambiental mexicano, nociones generales*, 2ª ed., México, Porrúa, p.22.

4 Narciso Sánchez Gómez, 2001, *Derecho ambiental*, México, Porrúa p.2.

una modificación significativa de las condiciones de existencia de dichos organismos.⁵

Para mayor comprensión del concepto anterior, es necesario analizarlo desde tres aspectos; el primero, que la expresión de Derecho Ambiental se refiere al conjunto de normas jurídicas que van a regular en un cierto momento, aquellas conductas humanas, que por sus características propias, puedan llegar a considerarse de interés ambiental; segundo, que las condiciones serán aquellas que puedan influir en los procesos de interacción que tienen lugar entre los sistemas de los organismos vivos y su medio ambiente, en este aspecto también se considera al ser humano, no solamente a la flora o fauna; este aspecto es de vital importancia, ya que lo encontraremos regulado en la normatividad ambiental mexicana; y por último, estas conductas interesan al derecho ambiental solo en la medida en que ellas, al influir sobre los procesos antes mencionados, puedan modificar de una manera trascendental, las condiciones de existencia de esos organismos vivos.

En ese tenor, y al pensar en todos los factores que abarca el medio ambiente, la forma en que fue evolucionando, y la razón de cómo vino a establecerse en la legislación mexicana, no se puede dejar de lado, sus inicios. El primero de ellos, se realizó el 16 de junio de 1972, en Estocolmo, Suecia, bajo el nombre de Conferencia de las Naciones Unidas Sobre el Medio Ambiente, se contó con la colaboración de más de cien Estados de varias partes del mundo, incluyendo México, significó un parteaguas en el desarrollo de la legislación ambiental en nivel mundial, ya que en dicha declaración se consignaron principios que influyeron en las que con posterioridad se emitieron.

Tal declaración vino a establecer una serie de orientaciones,

5 Narciso Sánchez Gómez, op cit, p.6.

que aún que no era obligatorias, vendrían a establecer hacia dónde y cómo avanzarán las nuevas legislaciones de varios países;⁶ dicho documento consta de siete declaraciones y veintiséis principios aceptados por los estados signatarios del documento;⁷ es importante aclarar, que no generan obligaciones coercibles para ninguno de los Estados, sin embargo, su importancia radica en el hecho de que sus integrantes coinciden en tales declaraciones y principios comunes como directrices para aspirar y guiar a los habitantes en la preservación y conservación del medio ambiente.

Los principios que propone esta declaración, adoptan distintos instrumentos de política ambiental, al buscar un criterio y principio comunes que ofrezcan a los pueblos del mundo, inspiración y guía para preservar y mejorar el medio ambiente; por ende, estos fueron incorporados a las legislaciones ambientales de varios países, el nuestro es un ejemplo de ello.

Después de Estocolmo en 1972, se realizó la *Cumbre del Río*, del tres al catorce de junio en el año de 1992, en Rio de Janeiro, Brasil; ofrece una oportunidad única en el sentido de coadyuvar recursos y esfuerzos a los países soberanos, para preservar el equilibrio ecológico y el medio ambiente, cuyas medidas fueron entre otras, el establecimiento de una declaración de principios básicos que sirvan a las naciones o seres humanos como guía de conducta frente al medio ambiente y los recursos naturales y al desarrollo sustentable, a fin de asegurar la viabilidad e integridad de la tierra como un hogar hospitalario para los seres humanos y otras formas de vida; revitalizar la economía de los países en

6 José Juan González Márquez y Montelongo Buena Vista, Ivett, *Introducción al derecho ambiental mexicano*, 2ª, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1999, p.27.

7 Carla Delfina Aceves Ávila, *Bases fundamentales del derecho ambiental mexicano*, México, Porrúa, 2003, p.85.

desarrollo; aseguramiento de la disponibilidad de energéticos; protección y preservación del agua;⁸ esta conferencia contó con la asistencia de ciento setenta y ocho Estados, y reafirma a través de sus veintisiete principios, aquellos ya establecidos en la Convención de Estocolmo, sentando las bases para el Derecho Positivo en materia ambiental.⁹

Para el año de 1997, en Kioto, Japón, se adoptó el denominado Protocolo de Kioto, es considerado como el primer paso importante hacia un régimen verdaderamente mundial de reducción y estabilización de gases de efecto invernadero, la razón, el cambio climático a nivel mundial, era ya tema de atención prioritaria en las agendas de trabajo de los jefes de Estado. Es un acuerdo internacional que tiene por objetivo reducir la emisión de seis gases de efecto invernadero, que causan el calentamiento global; del cual en la actualidad ya existen dos instrumentos jurídicos internacionales que fortalecen estos objetivos, el último de ellos, el Acuerdo es Escazú.

Otro de los que a mi consideración es un antecedente histórico fundamental para México, en el tema ambiental, es el Protocolo de San Salvador, ratificado en septiembre del año 1998, hace más notorio el vínculo que existe entre los derechos humanos y el derecho ambiental, los cuales hasta la fecha prevalecen.

Es un protocolo adicional a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en él se proclama el derecho a vivir en un medio ambiente sano, ya que al reconocer que los derechos esenciales del hombre no nacen del derecho de ser nacional de un Estado determinado, sino que tienen como fundamento los atributos de

8 Narciso Sánchez Gómez, op cit., nota 3, p.130.

9 Carla Delfina Aceves Ávila, op. cit., nota 9, p. 87.

la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional.

Se señala que *toda persona tiene derecho a vivir en un medio ambiente sano, y a contar con servicios públicos básicos. Los Estados partes promoverán la protección, preservación y mejoramiento del medio ambiente.*¹⁰ Este ordenamiento, por la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión, fue aprobado el 12 de noviembre del año de 1995, entró en vigor en México el 16 de abril del año de 1996, se ratificó en septiembre de 1998, entrando en vigor éste último el 16 de noviembre del año 1999.

III. GESTIÓN PÚBLICA AMBIENTAL MEXICANA

Para una mayor comprensión de lo que es la gestión pública ambiental mexicana, ha sido necesario abocarnos a nuestra Constitución Política, está por el valor fundamental que nuestra carta magna le ha dado a las tierras y aguas comprendidas dentro de los límites del territorio nacional, mares, espacio aéreo, la plataforma continental, e islas; sienta las bases jurídicas de protección al ambiente,¹¹ las razones e importancia que se la ha dado, a lo que el autor menciona, es el bien jurídico tutelado a regular, de ahí un gran número de ordenamientos existen para contribuir con este objetivo.

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, como Ley Suprema de la Unión, acorde con lo dispuesto en su artículo 133, establece las bases fundamentales para la protección

¹⁰ <http://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos4.htm>, artículo 11 del protocolo de San Salvador, fecha de consulta 8 de febrero de 2013.

¹¹ Narciso Sánchez Gómez, op cit., nota 3, p. 17.

del ambiente.¹² La primera la encontramos en el tercer párrafo del artículo 27 constitucional, el cual hace referencia a la idea de la conservación de los recursos naturales; la segunda para la protección del ambiente, se refiere a la prevención y control de la contaminación ambiental, ubicada en la fracción VI del artículo 73 constitucional; la tercera base se refiere a la expresión contenida en el párrafo sexto del artículo 25 constitucional, en dicho precepto se encuentra incorporada la idea de la protección al medio ambiente, de manera conjunta, con la manifestación que hace del cuidado al medio ambiente.¹³ Esto abrió una importante etapa en el desarrollo de la política ambiental mexicana al definir los diferentes ámbitos de responsabilidad pública en la resolución de los problemas relativos al medio ambiente. Esta reforma constitucional permitió crear una nueva ley, la cual, a pesar de posteriores modificaciones, ha sido el instrumento rector de la operación de la política ambiental hasta nuestros días.

Así pues, también se deriva también el derecho a la protección de la salud; las Constituciones particulares de cada una de las entidades federativas; las leyes federales, como lo son la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, la Ley General de Prevención y Gestión Integral de Residuos, la Ley de Aguas Nacionales, la Ley de Áreas Naturales Protegidas, Ley de Vida Silvestre, Ley General de Bienes Nacionales entre otras; también las leyes estatales como la Ley de Protección al Ambiente para el Estado de Baja California, la Ley de Prevención y Gestión Integral de Residuos para Baja California, así como los

12 Jesús Quintana Valtierra, *Derecho ambiental mexicano, nociones generales*, 2ª ed., México, Porrúa, 2002, p.41.

13 Jesús Quintana Valtierra, *Derecho ambiental mexicano, nociones generales*, 2ª ed., México, Porrúa, 2002, p.299.

ordenamientos municipales en materia ambiental, son la fuente por excelencia.

Lo anteriormente señalado, nos permite decir, que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se enfoca y gestiona la protección del medio ambiente desde tres grandes planes; primero, la conservación de los recursos naturales susceptibles de apropiación; segundo, la prevención y control de la contaminación ambiental que afecta a la salud humana; tercero, el cuidado del medio ambiente frente al uso de los recursos productivos por parte de los sectores privado y social. Haciendo notorio el gran avance que en materia ambiental se ha ido logrando, cuidando el derecho al medio ambiente sano y al enfoque regulatorio frente al sector empresarial y social.

Según Narciso Sánchez Gómez, la piedra angular del derecho ambiental en la actualidad, está respaldada en un principio, el que contamina paga, o todo aquel que contamina o causa daños o perjuicios a los recursos naturales o al propio medio ambiente, debe resarcir los daños y perjuicios causados, es decir, que se pague vía contribuciones o aprovechamientos tales daños, ya sea por las medidas preventivas de sanidad, saneamiento y protección a los recursos naturales o por infringir las normas propias de esta materia.¹⁴

El Derecho Ambiental se ubica dentro del Derecho Público, específicamente en el Derecho Administrativo, ya que es este el que hace referencia al bien común de la comunidad ejercido a través del Estado, directamente por el poder ejecutivo y su relación con los particulares. Además, el Derecho Ambiental involucra a los tres niveles de gobierno, como también a organizaciones no gubernamentales, al sector productivo, como al educativo.

Dentro del tema que nos ocupa, para determinar de manera

14 Narciso Sánchez Gómez, op cit., nota 3, p. 4

práctica la gestión ambiental, en el año de 1987 se reforma la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para adicionar al artículo 73 la fracción XXX-G, donde establece concurrencia a los tres niveles de gobierno para expedir leyes en materia de protección al ambiente y de preservación y restauración del equilibrio ecológico; y gracias a esta nueva disposición la legislación ambiental dejó de ser estrictamente federal y las legislaturas locales emitieron sus primeras leyes ambientales. Tal reforma dio origen al problema que enfrenta la gestión ambiental, y que es determinar en un caso concreto, qué ley será aplicable y cuál será la autoridad competente.¹⁵ El tema ambiental no podría ser exclusivo del ámbito federal, ya que también cada Estado tiene distintas necesidades ambientales a regular, y no es jurídicamente correcto autorizar o sancionar sobre respectos temas y que en una entidad federativa y otra, la gravedad fuese distinta.

Los congresos locales pueden legislar en todo momento lo concerniente a su régimen interior, siempre y cuando no se trate de una materia conferida a la federación expresamente, hay que determinar las fronteras de lo que puede denominarse régimen interior, esto significa, conocer cuáles son las materias que por considerarse relativas al régimen interior deben ser reguladas por los congresos locales, estos a su vez, se encuentra facultados constitucionalmente para delegar la función legislativa sobre estos aspectos a los municipios; en el artículo 115 constitucional, lo que se confiere a los municipios es la gestión de los servicios, más no la facultad de legislar sobre estos.¹⁶

15 José Juan González Márquez y Montelongo Buena Vista, Ivett, *Introducción al derecho ambiental mexicano*, 2ª, México, 1999, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1999, p.73.

16 *Ibidem*, p. 89

Según José Juan González Márquez, no es la fracción XXX-G del artículo 73 constitucional, la norma que se encarga de establecer la distribución de competencias en materia ambiental, sino una norma programática que vincula al Congreso Federal para que al ejercer su facultad en la materia propicie la colaboración administrativa entre los tres niveles de gobierno.¹⁷ Cada entidad federativa en el ámbito de su competencia, necesidades propias y específicas, deberá legislar a beneficio de la protección al medio ambiente, apoyándose de los distintos niveles de gobierno. Para que lo anterior dé resultado, en materia ambiental, la planeación sirve para detectar las áreas que se puedan mejorar, reforzar donde tenga ciertas debilidades y planear estrategias nuevas de mejora al ambiente.¹⁸

En 1992, se emite en México en ese mismo año, la Ley Federal de Metrología y Normalización publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 1 de julio de 1992, la cual establece que todas las normas técnicas mexicanas, que fijan estándares que afectan a bienes o procesos en relación a su impacto sobre la salud humana, la seguridad, el medio ambiente y los recursos naturales, deben ser promulgados después de haber realizado un análisis costo-beneficio; en ese sentido, existen dos tipos de nor-

17 José Juan González Márquez, *Nuevo derecho ambiental mexicano*, 2ª, México, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1999, p.106. Para que armoniosamente entre los tres niveles de gobierno exista un apoyo, independientemente de que haya un cuerpo normativo que establezca las facultades de uno y otro, se necesita coadyuvar para poder dar cumplimiento con las normas generales, estatales y municipales, así como sus reglamentos.

18 Jesús Quintana Valtierra, *Derecho ambiental mexicano*, 2ª, México, Porrúa, 2002, p.107. La planeación es una función de la administración que consiste en identificar los objetivos generales de una institución o de un conjunto de instituciones, a corto, mediano y largo plazo; definir las políticas o estrategias para alcanzar esos objetivos.

mas, aquellas que son obligatorias y requiere de un análisis costo-beneficio, denominada Norma Oficial Mexicana, y aquellas que no son obligatorias y que no requieren de dicho análisis, denominadas Normas Mexicanas.¹⁹

En primer instancia en materia federal se encuentra la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales que es, es la dependencia del gobierno federal encargada de impulsar la protección, restauración y conservación de los ecosistemas y recursos naturales y bienes y servicios ambientales de México, con el fin de propiciar su aprovechamiento y desarrollo sustentable; para cumplir con este mandato, la Secretaría, trabaja en cuatro aspectos prioritarios: la conservación y aprovechamiento sustentable de los ecosistemas y su biodiversidad; la prevención y control de la contaminación; la gestión integral de los recursos hídricos y el combate al cambio climático.²⁰ De esta secretaría, depende la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente, ya que esta tiene a su cargo la aplicación de las leyes ambientales supervisando que cumplan la normatividad ambiental en el territorio nacional, con autoridad administrativa para perseguir y sancionar a las personas físicas y morales, evaluar castigos y conducir auditorías ambientales únicamente de jurisdicción federal; destacando la diferencia que la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales es meramente administrativa, y la segunda, la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente es operativa.

La Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (Profepa), nace por la necesidad de atender y controlar el creciente deterioro

19 Alberto Bustani Adem, *Los procesos de regulación en energía y medio ambiente*, México, Porrúa, 1997, p.167.

20 <http://www.semarnat.gob.mx/conocenos/Paginas/quienessomos.aspx>, fecha de consulta 10 de agosto de 2020.

ambiental en México, no tan solo en sus ciudades, sino también en sus bosques, selvas, costas y desiertos, lo cual, sumado a una serie de eventos desafortunados como explosivos en el subsuelo, originó que el Ejecutivo Federal implementara sus políticas públicas afines al medio ambiente y tomara la decisión de crear un organismo que tuviera entre sus atribuciones, la de regular las actividades industriales riesgosas, la contaminación al suelo y al aire, y el cuidado de los recursos naturales. Para ello el 4 de junio de 1992 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el Reglamento Interior de la Secretaría de Desarrollo Social (Sedesol) que crea jurídicamente a la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente (Profepa), como un órgano administrativo desconcentrado, con autonomía técnica y operativa. Posteriormente en ese mismo año, el 17 de Julio se hace la publicación del “Acuerdo que regula la organización y funcionamiento interno del Instituto Nacional de Ecología y de la Procuraduría Federal de Protección al Ambiente”, quedando operativamente constituida la Profepa. Una de sus tareas principales es incrementar los niveles de observancia de la normatividad ambiental a fin de contribuir al desarrollo sustentable.²¹

La Semarnat, regula a través de la Profepa, aquellas actividades altamente riesgosas, residuos peligrosos, impacto ambiental y ruido; por medio de la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, Ley General de Prevención y Gestión Integral de Residuos, así como sus respectivos reglamentos.

21 http://www.profepa.gob.mx/innovaportal/v/1161/1/mx/acerca_de_profepa.html, fecha de consulta 10 de agosto de 2020.

IV. RETOS Y REALIDADES DENTRO DE LA GESTIÓN PÚBLICA AMBIENTAL MEXICANA.

Por lo que hace a la gestión ambiental mexicana y a la legislación ambiental, diversas entre sí, no solo por su carácter federal o local, sino también por la jerarquía de los ordenamientos jurídicos a los que corresponden.

En el marco federal existen la Constitución Política, las Leyes Federales, los Tratados y Acuerdos Internacionales, las Normas Oficiales Mexicanas y, la jurisprudencia y tesis aisladas que enmarcan criterios jurídicos a seguir dentro de la amplia temática que nos ocupa.

El proceso de formación del Derecho Ambiental mexicano ha provocado la dispersión de las normas en múltiples ordenamientos, dificultando su conocimiento, ya que está conformado por una heterogeneidad estructural, que se expresa en innumerables omisiones, reiteraciones y contradicciones. Esta situación en la mayoría de las ocasiones ha derivado en una sobrerregulación, tanto de un tema en específico como en las entidades federativas.

Es ese orden de ideas, es necesario señalar, que la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente LGEEPA,²² es el instrumento jurídico cardinal vigente, relativo a la protección al ambiente de forma integral, con la expedición de esta ley, se pretendió construir un sistema jurídico normativo completo, suficiente y coherente, que regulara de manera clara y adecuada las problemáticas ambientales y el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales,²³ es la columna vertebral de las leyes,

22 Publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 8 de enero del año de 1988, en el ámbito federal, como ley regulatoria en materia ambiental.

23 *Ibidem*, p.54.

Normas Oficiales Mexicanas, reglamentos y convenios de colaboración entre la federación y una entidad federativa, dentro del ámbito estatal. Además, fue una indicación dirigida al legislador federal, para que al legislar sobre la materia ambiental en ejercicio de la facultad que tiene para hacerlo, propicie la colaboración de las entidades federativas y municipios para el ejercicio de las facultades administrativas federales, al emitir dicha ley, el Congreso Federal delegó en los niveles de gobierno restantes, una serie de facultades administrativas, con la finalidad de propiciar un proceso de descentralización de la vida nacional.²⁴

Fue elaborada y expedida en base a lo que se conoce como *Ley Marco*, teniendo como finalidad regular la materia para la cual fue expedida, dejando subsistente las demás leyes preliminares que se ocupan de temas específicos que tiene relación directa con la materia objeto de la ley marco;²⁵ significa con esto, que se debe de aplicar las disposiciones contenidas en otras leyes relacionadas con la materia que regula este ordenamiento, de manera supletoria.

En apoyo de los objetivos que señala la legislación antes mencionada, y en cuanto a la protección al ambiente de manera integral, nuestro país se ha hecho de algunos instrumentos de política ambiental como el Reglamento para la Prevención y Control de la Contaminación Atmosférica originado por la emisión de humos y polvos; el reglamento para la prevención y control de aguas; el reglamento para controlar y prevenir la contaminación

24 José Juan González Márquez, *Nuevo derecho ambiental mexicano*, 2ª, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1999, p.114. Para poder realizar un conjunto de convenios específicos y de colaboración entre la federación, los estados y municipios, para lograr un equilibrio ecológico y una buena adecuada protección al medio ambiente, se deberá atender a la forma de administración y regulación de estos en los tres niveles de gobierno.

25 Jesús Quintana Valtierra, *Derecho ambiental mexicano*, 2ª, México, Porrúa, 2002, p.58.

del mar; la cumbre de Estocolmo de 1972, la ley federal de protección al ambiente, las reformas a la constitución política en materia ambiental de 1987 y la ley general de equilibrio ecológico y protección al ambiente,²⁶ estos ordenamientos jurídicos vinieron a dar pauta y directriz a lo que sería el derecho ambiental que hoy conocemos, instrumentos que con el paso del tiempo, así como a las mismas necesidades obligarían al país y a las entidades federativas, a implementarlos para una mejora al medio ambiente en el que vivimos.

Las Normas Oficiales Mexicanas, también forman parte de las políticas públicas ambientales para México, ya que, dentro de ellas, se establecen regulaciones técnicas que sirven para garantizar que los servicios que contratamos o los productos o servicios que adquirimos cumplan con parámetros o determinados procesos, con el fin de proteger la vida, la seguridad y el medio ambiente. Casi siempre, una norma se mantiene vigente sólo por cinco años. No obstante, un año antes de que se acabe su vigencia, se puede indicar en el *Diario Oficial de la Federación* que la norma entra en revisión para su sustitución, cancelación o refrendo, para posteriormente emitir la declaratoria respectiva con un extracto de la Norma Oficial Mexicana. El uso y observancia de las NOM son de carácter obligatorio.²⁷

Son de cumplimiento obligatorio en el territorio nacional, se deberá señalar su ámbito de validez, vigencia y gradualidad en su aplicación; proporciona certidumbre jurídica en la materia ambiental al cumplir con lo establecido en una Norma Oficial Mexicana, dentro del sector privado y productivo.²⁸ A su vez

26 José Juan González Márquez, *Nuevo derecho ambiental mexicano*, 2ª, México, Universidad Autónoma Metropolitana, México, 1999, p.76

27 Norma Oficial Mexicana, <http://www.spps.gob.mx/normas-oficiales.html>, fecha de consulta 11 de mayo de 2013.

28 Jesús Quintana Valtierra, *Derecho ambiental mexicano*, 2ª, México, Porrúa, 2002, p.135.

para garantizar la sustentabilidad de las actividades económicas, la Secretaría de Medio Ambiente y Recursos Naturales, emitirá Normas Oficiales Mexicanas en materia ambiental y para el aprovechamiento sustentable de los recursos naturales.

El cumplimiento de la normatividad y gestión ambiental formal, va estrechamente ligado al cumplimiento de las Normas Oficiales Mexicanas, toda vez que son estas últimas las que van a señalar máximos y mínimos, procedimientos, técnicas metodológicas, parámetros o estándares que deberán seguirse a fin de considerar satisfechos los requisitos de la ley; y por lo que a inspección compete la autoridad ambiental deberá de realizarla en cumplimiento a las disposiciones que contienen en la Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, así como en los ordenamientos establecidos en cada entidad federativa por la procuraduría o secretaría de protección al ambiente, además de todas aquellos reglamentos ambientales aplicables.²⁹

V. CONCLUSIÓN

A manera de conclusión, podemos señalar, que es sumamente necesario Identificar áreas de oportunidad con el objetivo de legislar en materia ambiental de acuerdo a las necesidades y atribuciones de cada entidad federativa, en congruencia con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como con la legislación federal respetando el principio de jerarquía constitucional.

Lo anterior, para no vulnerar garantías constitucionales frente a los derechos humanos consagrados en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

29 Carla Delfina Aceves Ávila, *Bases fundamentales del derecho ambiental mexicano*, 2ª, México, Porrúa, 2003, p. 479.

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

Aceves Ávila, Carla Delfina, *Bases fundamentales del derecho ambiental mexicano*, México, Porrúa, 2003.

Bustani Adem, Alberto, *Los procesos de regulación en energía y medio ambiente*, México, Porrúa, 1997, p.167.

González Márquez, José Juan, *Nuevo derecho ambiental mexicano*, 2ª, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1999, p.76

González Márquez, José Juan, y Montelongo Buena Vista, Ivett, *Introducción al derecho ambiental mexicano*, 2ª, México, Universidad Autónoma Metropolitana, 1999, p.27.

Quintana Valtierra, Jesús, *Derecho ambiental mexicano, nociones generales*, 2ª ed., México, Porrúa, 2002, p.18.

Sánchez Gómez, Narciso, *Derecho ambiental*, México, Porrúa, 2001, p.2.

NORMATIVAS

Agenda ecológica ambiental 2012, 5ª, México, Editorial Isef, 2012, de la LGEEPA

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 5 de febrero de 1917.

Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 28 de enero de 1988.

Ley de Protección al Ambiente para el Estado de Baja California, publicado en el *Periódico Oficial* No. 53, de fecha 30 de noviembre de 2001, Sección I, Tomo CVIII.

Ley General de Prevención y Gestión Integral de Residuos, publicada *Diario Oficial de la Federación* en fecha 8 de octubre de 2003.

Ley Federal sobre Metrología y Normalización, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, el 1 de julio de 1992.

Ley de Prevención y Gestión Integral de Residuos para el Estado de Baja California, publicada en el *Periódico Oficial* No. 40 De fecha 28 de septiembre de 2007, Tomo CXIV.

Reglamento Interno de la Secretaría de Protección al Ambiente para el Estado de Baja California, publicado en el *Periódico Oficial* No. 33, de fecha 27 de julio de 2012, Sección III, Tomo CXIX.

INFORMÁTICAS

<http://www.cidh.oas.org/Basicos/basicos4.htm>, artículo 11 del protocolo de San Salvador, fecha de consulta 8 de agosto de 2020.

<http://www.semarnat.gob.mx/conocenos/Paginas/quienessomos.aspx>, fecha de consulta 10 de agosto de 2020.

http://www.profepa.gob.mx/innovaportal/v/1161/1/mx/acerca_de_profepa.html, fecha de consulta 10 de agosto de 2020.

<http://www.spabc.gob.mx/item/view/id/19>, fecha de consulta 10 de agosto de 2020.

NORMA OFICIAL MEXICANA

Norma Oficial Mexicana, <http://www.spps.gob.mx/normas-oficiales.html>, fecha de consulta 11 de agosto de 2020.

ANÁLISIS DE LOS BONOS ECONÓMICOS
OTORGADOS POR EL ESTADO PERUANO
DURANTE LA CRISIS DEL COVID-19: UNA
REFLEXIÓN SOBRE LA NATURALEZA DE LAS
SUBVENCIONES Y SUBSIDIOS

Luis Felipe Tantaruna Bedón*

I. INTRODUCCIÓN

El funcionamiento de la administración pública es siempre un tema de discusión, tanto en el ámbito académico como en el cotidiano. Es sumamente común escuchar al ciudadano comentar respecto de las elecciones que toman los gobernantes frente a un problema público. Las decisiones que se toman desde la administración deben tener como base, siempre, dos criterios, el principio de legalidad y eficiencia. Todo ciudadano espera que las decisiones y medidas adoptadas por la administración pública tengan un efecto beneficioso y oportuno en los administrados; y, por otro lado, todo funcionario público buscará, además, que sus decisiones se encuentren válidamente sustentadas en el ordenamiento jurídico vigente.

* Universidad Nacional Mayor de San Marcos. Bachiller en Derecho por la UNMSM. Estudiante de la Maestría en Derecho de la Empresa de la Unidad de Postgrado de la UNMSM. Asistente de Docencia del curso Derecho de las Finanzas Pública en la UNMSM. Miembro egresado y ex-miembro de la Dirección del Taller de Investigación en Derecho Administrativo (TIDA) de la UNMSM. Contacto: luis.felipe.tantaruna.b@gmail.com

Al respecto, uno de los problemas más comunes que encuentran los gobernantes es la disyuntiva legalidad-eficiencia; la cual se vemos reflejado en una situación en que, frente a un problema público, el marco jurídico no es claro en poder determinar si una medida eficiente se encuentra completamente acorde al ordenamiento jurídico. Si bien es posible recurrir a las alternativas que el derecho proporciona, tales como las técnicas de interpretación e integración de la norma, muchas veces puede ser difícil el aceptar que la medida eficiente que se desea adoptar se encuentra en una situación de *lege ferenda* –una futura norma (Domenéch Pascual, 390).

Actualmente, las administraciones públicas de todo el mundo se encuentran en este dilema, al tomar decisiones para resguardar la salud de su población y asegurar la estabilidad económica de cada país. En el Perú, producto de la crisis sanitaria generada por la propagación del Covid-19, se decretó por medio del Decreto Supremo 044-2020-PCM el aislamiento social obligatorio, lo que significaba que los ciudadanos tenían prohibido salir de sus domicilios para evitar que puedan contagiar o contagiarse de esta nueva enfermedad. Como es lógico, la consecuencia de esta medida fue una paralización casi absoluta de la economía, dado que las personas no podían trabajar, no generaban ingresos, y por lo mismo no podían adquirir bienes o servicios, por lo que la economía se paralizó en su totalidad.

Ante ello, la respuesta del gobierno del Perú para reparar la externalidad generada ha sido, entre diferentes medidas, la emisión de “bonos económicos”, cuya lógica es sumamente sencilla: “si las personas no pueden generar ingresos, el Estado les brindará los ingresos”.

El presente trabajo tiene por objeto responder a las siguientes

preguntas: ¿Cuál es la naturaleza jurídica de estos denominados bonos económicos? ¿Su aprobación responde al orden constitucional y legal? ¿Qué actuación administrativa manifiesta? La finalidad de este estudio es contribuir al panorama de alternativas con las que cuenta un gobierno para afrontar esta crisis, dando una explicación jurídica a esta medida incluyéndola dentro de la teoría de la actuación administrativa.

II. PRINCIPIO DE LEGALIDAD EN UN ESCENARIO DE EMERGENCIA

Quizás el mayor temor que puede tener un funcionario público, al momento de afrontar un problema público, es el de asegurarse de actuar en el marco de la legalidad. Los escenarios de emergencia tienden a generar dentro de los gobiernos cláusulas de empoderamiento, que buscan generar un mayor marco de actuación al Poder Ejecutivo. En el Perú, el numeral 19 del artículo 118 de la Constitución Política establece que “Corresponde al Presidente de la República: [...] 19. Dictar medidas extraordinarias, mediante decretos de urgencia con fuerza de ley, en materia económica y financiera, cuando así lo requiere el interés nacional y con cargo de dar cuenta al Congreso”.

Esta cláusula contenida en la Constitución dota al Ejecutivo de una herramienta para emitir normas con fuerza de ley en materia económica y financiera en escenarios de emergencia, la cual se configura en los llamados Decretos de Urgencia. La finalidad de otorgar este poder al Ejecutivo es: 1) Solucionar el problema del principio de legalidad respecto de su campo de acción, ya que otorga la posibilidad de “hacer ley” las medidas necesarias para

afrontar la emergencia, siempre que sean en materia económica y financiera; y 2) Poner al gobierno en un escenario de “lege ferenda”, en donde puede crear medidas, técnicas o instituciones nuevas, siempre que sean de materia económica y financiera. Por lo que esta cláusula elimina los costos de esperar a la conformación del Congreso para aprobar las leyes necesarias para afrontar la emergencia, así como la necesidad de ceñirse estrictamente a lo establecido por el ordenamiento jurídico previo.

Es en uso de esta facultad, que el gobierno del Perú emitió el Decreto de Urgencia N° 098-2020, es cual, entre varias medidas, autoriza el otorgamiento de un monto dinerario a favor de los ciudadanos del Perú.

III. ACTIVIDADES DE LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Estando establecido que el gobierno puede generar normas para afrontar situaciones de emergencia, el cumplimiento de estas normas corresponde a la Administración Pública; siendo ello así, resulta necesario hacer una referencia a la teoría de las actividades de esta última.

La Administración Pública es la manifestación de la función administrativa, por lo que su naturaleza es dinámica, debiendo actuar para responder las necesidades de la población, en aplicación de la ley, y en protección del interés general. Es por ello que le es posible realizar actividades variadas; tanto así, que su clasificación ha sido objeto de innumerables propuestas y críticas, llegando incluso a ser señalado por algunos autores como el profesor Bermejo Vera como un intento condenado al fracaso, dada la riqueza tipológica y la confusión de categorías. (p. 45)

Sin entrar en ahondar en qué teoría es la correcta y cual no, nadie cuestiona que la Administración Pública se vincula positivamente al ordenamiento jurídico en virtud del principio de legalidad, y es este principio, junto al de separación de poderes, los que determinan el límite de la actuación que puede desarrollar la Administración.

Si bien la doctrina tradicionalmente ha distinguido tres modalidades de actuación administrativa –policía, fomento y prescricional– no descarta que los diversos países, en ejercicio de su soberanía, y el respeto a sus respectivos ordenamientos jurídicos, contemplen modalidades diferentes que este fuera de la división tradicional.

Con esto claro, nos sumamos a la crítica que ha establecido que la clasificación de la actuación administrativa debe servir para abarcar la realidad que pretende explicar, por lo que en algunos escenarios puede resultar útil una clasificación, y en otros una clasificación diferente. La clasificación tradicional fue la esbozada por el profesor Jordana de Pozas en el año 1871 –policía, fomento y servicio público– y en una decisión metodológica, partiremos de dicha clasificación, considerando los aportes delimitativos de otros autores, pues consideramos que esta clasificación se ajusta al fenómeno que pretendemos explicar.

A. ACTIVIDAD DE POLICÍA

La actividad de policía consiste en la función administrativa destinada a preservar el orden social y económico, por medio de acciones coercitivas o limitativas. Para Bermejo Vera es “una modalidad de actuación o intervención de la actividad de los ciudadanos mediante fórmulas o técnicas que perturban de algún modo, sin distorsionarlos totalmente, sus derechos e intereses,

en razón de la prevalencia del interés general” (pág. 53). En este campo se suele contener a los títulos habilitantes, los actos de sanción, las expropiaciones, etc.

B. ACTIVIDAD DE FOMENTO

Por fomento, entendemos a la actividad administrativa que busca incentivar la realización o preservación de una conducta que resulta valiosa para la sociedad. Para el profesor Jordana de Pozas, citado por Garrido Falla, el fomento es “la acción de la Administración encaminada a proteger o promover aquellas actividades, establecimientos o riquezas debidos a los particulares y que satisfacen necesidades públicas o se estiman de utilidad general, sin usar la coacción y crear servicios públicos” (p. 377). Los medios de fomento pueden ser de tres tipos: honoríficos, económicos y jurídicos.

C. ACTIVIDAD PRESTACIONAL O “SERVICIO PÚBLICO”

Por actividad prestacional, conocida tradicionalmente como “servicio público”, podemos entenderla como el fenómeno por el cual la Administración se presenta como titular de una actividad que se considera como fundamental, consistente en la proporción de bienes y servicios (Garrido Falla, pág. 401). Esta actividad la puede desarrollar a título propio o en asociación con un privado.

D. SOBRE LAS TÉCNICAS OPERATIVAS DE LA ADMINISTRACIÓN

Con esta aproximación conceptual sobre las modalidades de actuación administrativa, debemos señalar que, por sí mismas, no enmarcan solución alguna a lo que cada uno busca lograr. Con esto, debemos establecer que las modalidades de actuación administrativa se manifiestan por medio de “técnicas administra-

tivas” –término acuñado por el profesor Villar Palasí (Garrido Falla, p. 378), las cuales son la materialización de cada actividad administrativa; en otros términos, son la “solución” que da la Administración Pública, en ejercicio de una de sus actividades, a un problema público. Como ejemplos clásicos de cada una, la actividad de policía se exterioriza por medio de los títulos habilitantes, la actividad de fomento tradicionalmente se asocia con las subvenciones y transferencias financieras, y la actividad prestacional por medio de los contratos públicos.

IV. FOMENTO MEDIANTE SUBVENCIONES

Con lo mencionado, podemos tratar, a continuación, de forma más completa la medida adoptada por el Gobierno del Perú. La primera aproximación que podemos tener de esta medida es que consiste en una transferencia financiera desde el Estado hacia los ciudadanos. Una primera idea puede consistir en que, dada la emergencia sanitaria, el Gobierno buscaba, desincentivar el libre tránsito, otorgando una subvención especial a las personas para que no sientan la necesidad de trabajar, incumpliendo así el mandato del Decreto Supremo 044-2020-PCM.

En ese orden de ideas, podríamos concluir que el bono contenido en el Decreto de Urgencia N^o 098-2020 consiste en una subvención otorgada a los ciudadanos, con el objetivo de generar en ellos un comportamiento que tutele su salud, es decir, el respeto del aislamiento social.

Sin embargo, esta aproximación encuentra muchos desafíos, y en gran medida debido a que en el Perú no existe una ley especial que regule el fomento o las subvenciones. En realidad, no se

cuentan con muchas referencias a las transferencias financieras dentro de nuestro ordenamiento jurídico; esto hace sumamente difícil el diferenciar categorías y que las mismas sean materia de confusión al momento de determinar sus alcances y consecuencias.

a. CONCEPTO DE SUBVENCIÓN

La subvención consiste en la modalidad de fomento por excelencia, y ha sido definida en la doctrina como “... atribución patrimonial a fondo perdido de una Administración Pública en favor de un particular, afectando inicialmente la prestación al desarrollo de una actividad del subvencionado” (Parada, p. 313).

El derecho peruano cuenta con dos aproximaciones; la primera desde la perspectiva de la Administración Financiera del Estado, por medio del Decreto Legislativo N° 1440, Decreto Legislativo del Sistema Nacional de Presupuesto Público, el cual señala lo siguiente:

Artículo 71. De las Subvenciones a Personas Jurídicas

71.1 Las subvenciones que se otorguen a personas jurídicas, no pertenecientes al Sector Público en los años fiscales correspondientes, deben estar consideradas en el anexo de la Ley de Presupuesto del Sector Público ...

71.2 Mediante Resolución ..., los pliegos que otorgan dichas subvenciones deben establecer los mecanismos para la rendición de cuentas, así como para la evaluación de los resultados alcanzados y los beneficios generados.

(...)”

La norma señalada trae consigo unas características importan-

tes sobre las subvenciones en el Perú: 1) la subvención se entrega fuera de la esfera del sector público (no reconociendo las subvenciones administrativas), 2) se requiere siempre de un mecanismo de rendición de cuentas, y 3) se evalúan los resultados alcanzados y beneficios generados.

Otra referencia normativa la encontramos en el Decreto Supremo N° 006-2003-PCM, donde se reglamentan normas previstas en el “Acuerdo Relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994”, en el “Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias” y en el “Acuerdo sobre Agricultura”. Debemos señalar que esta norma, si bien fue aprobada como derecho interno, se da en el marco de acuerdos internacionales, por ello, su aplicación se encuentra ceñida al comercio internacional y a la preservación de la libre y leal competencia. Sin embargo, no dudamos que nos pueda dar unas aproximaciones al concepto de subvenciones.

Artículo 10.- Concepto y requisitos de la subvención. - Se considerará que existe subvención cuando:

1) Haya una *contribución financiera* de un *gobierno o de cualquier organismo público* en el territorio de un país miembro que implique una transferencia directa de fondos o posibles transferencias directas de fondos u obligaciones o, cuando se condonen o no se recauden ingresos públicos que en otro caso se percibirán o, cuando el gobierno proporcione bienes o servicios - que no sean de infraestructura general - o compre bienes o, cuando el gobierno realice pagos a un mecanismo de financiación, o encomiende a una entidad privada una o varias de las funciones descritas anteriormente que normalmente incumbirían al gobierno, o le ordene que las lleve a cabo, y en la práctica no difiera, en

ningún sentido real, de las prácticas normalmente seguidas por los gobiernos; y con ello *se otorgue un beneficio*;
2) Haya alguna *forma de sostenimiento de los ingresos o de los precios*, en el sentido del Acuerdo sobre Subvenciones y *con ello se otorgue un beneficio.*” (énfasis agregado)

Esta norma resulta interesante, toda vez que contribuye aportando conceptos como: 1) La subvención es una contribución financiera, 2) proviene del Estado o de organismos estatales, 3) tiene diversas manifestaciones, 4) genera beneficios.

Esta definición, se aproxima a lo que en doctrina se determina como ayudas públicas, lo cual se refiere a todo beneficio económico brindado por la administración pública. Es decir, la doctrina tiende a establecer a la subvención como un tipo de ayuda pública. Sin embargo, podemos establecer una serie de características que pueden asimilar tanto al concepto doctrinario como a las nociones que nos brindan las normas peruanas.

b. CARACTERÍSTICAS DE LA SUBVENCIÓN

i. Las subvenciones son transferencias dinerarias

Esta característica es esencial, las subvenciones son transferencias de dinero a favor de un beneficiario, que puede ser una persona natural o jurídica privada (en doctrina se reconocen las subvenciones administrativas). Aquí es importante destacar que no toda medida de fomento implica una transferencia de dinero, como es el caso de los honores, las distinciones y las exenciones fiscales.

ii. Son gratuitas

No se exige una contraprestación directa a cambio de la transfe-

rencia. Las subvenciones no se dan en ejecución de algún tipo de acuerdo bilateral contractual. No serían subvenciones en este escenario las contraprestaciones suscitadas en contratos públicos, como las contribuciones económicas brindadas en el marco de un contrato de concesión para preservar el equilibrio económico financiero. En este sentido, el profesor Fernández Farreres señala que: “La actividad que el beneficiario desarrolla no deja de ser una actividad que le es propia y que a él le beneficia, sin que la Administración obtenga nada a cambio” (pág. 41).

iii. Afectan los fondos públicos

La transferencia proviene del patrimonio público. Involucra siempre una reducción y no genera expectativa de ingreso por el mismo medio. No serían subvenciones los anticipos o préstamos, ni los premios en especies.

iv. Fomentan o estimulan una actividad o resultado

Debe estar destinado a generar una conducta que se pueda considerar valiosa para la sociedad. No serían subvenciones las transferencias entregadas en por asistencialismo, como son la seguridad social y las pensiones vitalicias.

V. LOS BONOS DEL ESTADO PERUANO

A. DECRETO DE URGENCIA N° 098-2020

Nos enfocamos para estudiar la medida del Gobierno Peruano, en el denominado Bono Universal, el último de los bonos creados en el Perú que tiene como norma de creación el Decreto de Urgencia N° 098-2020, publicado en el Diario Oficial “El Peruano”, el 20 de agosto del 2020.

El artículo 2.1 del citado Decreto de Urgencia establece lo siguiente: “Autorízase el otorgamiento excepcional y por única vez de un subsidio monetario de S/ 760,00 [...], denominado Bono Universal...”

Como podemos observar, el citado artículo no refiere al término subvención, sino al de subsidio, el cual es una categoría no muy estudiada de forma autónoma dentro del derecho, siendo usada normalmente dentro lenguaje cotidiano, incluso por conocedores del derecho, como sinónimos, de forma indiscriminada.

Siendo así, conviene como primera aproximación realizar un análisis de lo establecido en este bono para saber si se ajusta a la categoría de subvención.

B. CARACTERÍSTICAS

Es una transferencia dineraria, gratuita y afecta los fondos públicos, la cual está destinada a personas naturales. Sin embargo, no se completan todas las características que pudimos detectar, dado que la norma señalada no establece una conducta a estimular ni tampoco un destino específico para este dinero. Asimismo, la norma no regula algún tipo de sistema de control o de rendición de cuentas, ni evalúa el resultado de alguna actividad.

c. ACTIVIDAD DE ADMINISTRACIÓN EN LA QUE SE ENMARCA

La ausencia de mecanismos de control, ya desvirtúa a estos bonos como subvenciones, pero la ausencia de actividad a fomentar lo saca del marco de la actividad de fomento. Siendo así, debemos concluir que no nos encontramos dentro del marco del fomento, lo cual tiene una correcta lógica de fondo. Resultaría extraño que se pueda llegar a justificar las subvenciones por medio del desincentivo, o como un mecanismo de cumplimiento de

la norma (evitando así la absurda idea de que el Estado le paga a los ciudadanos para cumplir con sus medidas).

Para entender de mejor manera en qué manifestación de la administración nos encontramos, conviene recordar el contexto de la medida. Por la emergencia sanitaria y el peligro de la propagación del Covid-19, las personas no pueden generar ingresos, y muchas de ellas no cuentan con dinero para poder alimentarse, solventar el pago de sus servicios básicos, ni tampoco invertir en sectores económicos viables en esta pandemia. Este contexto, en realidad, refleja una generalizada situación de desfavorecimiento, en donde una cantidad muy grande de ciudadanos no cuentan con ahorros u otro mecanismo de financiamiento, a diferencia quizá de aquellos que, si han podido mantener una solvencia económica estable, y que en el contexto que vivimos, no se vería tan afectada. Existe una clara diferencia de capacidad económica. En ese sentido, el Estado brinda auxilio económico a quienes se encuentran más afectados por esta situación.

Visto de esta manera, no nos encontramos en una generación de conductas, sino en la preservación de derechos fundamentales por medio de actuación administrativa. La justificación expuesta se asemeja mucho más a la justificación que se tiene para la pensión por orfandad o la creación de comedores populares. Existen personas poco favorecidas, por circunstancias externas a su condición, a las que el Estado debe darles una especial ayuda. El que estemos ante una gran cantidad de desfavorecidos es lo que hace difícil, para muchos, ver esta actividad como una asistencia social brindada por el Estado.

La lista de beneficiarios del bono se encuentra regulada en los artículos 2.1 y 2.2 del Decreto de Urgencia bajo comentario, que, si bien puede abarcar a un gran número de ciudadanos, no co-

responde a la totalidad, y hace especial hincapié en las personas que estén en condición de pobreza, pobreza extrema, o registren bajos ingresos económicos. Es por ello que la figura estudiada se entiende mucho mejor como una técnica prestacional que como una de fomento. En ese sentido este bono se constituye como una técnica administrativa prestacional, por la cual, la Administración realiza una transferencia dineraria a favor de un grupo determinado de la población, el cual es de libre disponibilidad y se les otorga debido a su situación desfavorecida. Sobre las diferencias entre subvenciones y prestaciones sociales, la profesora Sesma Sánchez establece que estas no son subvenciones, al no existir el ánimo de fomentar, estimular o promover un comportamiento (1998, pág. 345), idea que fue recogida en la Ley General de Subvenciones de España en su artículo 2.4 (Sesma Sánchez, 2011, pág. 257)

Así, esta manifestación prestacional sería una técnica administrativa diferente, pues nos encontramos frente a un subsidio. El profesor De la Riva, señala que: “[la política asistencial está] orientada a socorrer a quienes, por distintos motivos, se encuentran en una situación de grave necesidad. Está claro que el auxilio económico que el gobierno brinda a dichos sujetos a través de distintos *subsidios* no origina en ellos la carga de desarrollar algún tipo particular de actividad, sino que se les otorga por su sola condición de necesitados. [...] En suma, es preciso dejar a salvo la diferencia sustancial que existe entre la actividad administrativa auxiliar de una actividad privada en sentido estricto (v.gr., las ayudas públicas) y la actividad administrativa prestacional (el caso de la asistencia pública)” (pág. 135).

Entendido ello, podemos concluir que el bono objeto de estudio se constituye en un subsidio y no en una subvención, y como tal es manifestación de la actividad prestacional de la administración

pública. Esto marca una diferencia a lo entendido por el profesor Garrido Falla, quien entendía a los subsidios como fomento, pese a que su definición no se ajustaba a ello (pág. 388).

VI. VENTAJAS DE SU DIFERENCIACIÓN CONCEPTUAL ENTRE SUBVENCIONES Y SUBSIDIOS

i. EN EL PROCESO PRESUPUESTARIO

Como ha sido señalado anteriormente, las normas presupuestarias solo reconocen a la subvención, mas no al subsidio. Sin embargo, si revisamos el Clasificador Económico de Gastos para el año fiscal 2020, contenido en la Resolución Directoral N° 036-2019-EF/50.01, que Aprueba la “Directiva para la Ejecución Presupuestaria”, vemos que existe una diferencia marcada entre el registro que se da al gasto de subvenciones y al gasto de subsidios.

Dicho documento respalda nuestras afirmaciones, pues los gastos que derivan en subsidios se encuentran recogidos en el clasificador denominado “2.2.2 Prestaciones y Asistencia Social”, mientras que a las subvenciones se les encuentra en un grupo diferente denominado “2.5 Otros Gastos”.

El clasificador es un instrumento que permite a la Administración Financiera justificar la ejecución de sus gastos, por lo que, si no se entiende la diferencia de ambos conceptos, podría llevarse un control incorrecto del destino de los fondos públicos, y dañar la información que servirá como base para futuros presupuestos.

ii. EN LA GESTIÓN PÚBLICA

En este campo, el conocimiento de ambos conceptos y sus diferencias permite elegir la técnica adecuada frente al problema

público. Cada problema público es esencialmente diferente, y el poder tomar una decisión eficiente, conlleva necesariamente a conocer la técnica adecuada.

iii. EN EL CONTROL ADMINISTRATIVO

Esta es sin duda la ventaja más importante, debido a que, si en algún momento se establece una legislación general de subvenciones, esta no puede abarcar a los subsidios, ya que algo esencial en las subvenciones es el control administrativo, que permite garantizar el destino donde serán usados, llegando a ser sancionable si se usan de forma diferente a la declarada frente a la Administración. Sin embargo, esto no puede aplicarse a los subsidios, sería desventajoso pedir justificación de gastos en un instrumento destinado a personas desfavorecidas.

Entendida la diferencia entre subvención y subsidio, corresponde ahondar en los fundamentos del subsidio como actividad prestacional de la Administración.

VII. SOBRE EL ESTADO SOCIAL Y EL ASISTENCIALISMO

La Administración Pública es la materialización efectiva y dinámica del Estado. Delimitar cuáles son sus objetivos, finalidades y funciones no es solamente resultado de aportes filosóficos y académicos, sino producto de su propio proceso histórico.

El Estado social, según señala el profesor Gaspar Ariño: “es la denominación que los juristas damos al llamado ‘Estado del Bienestar’ (Welfare State), que es como le llaman los economistas, y constituye un tipo de modelo de Estado prestador de bienes y servicios, garante de la denominada procura existencial, que se

desarrolla en Europa entre 1930 y 1980” (p. 137). En la época hegemónica del Estado de Bienestar, este se hacía cargo de la prestación de bienes y servicios, sin participación privada, asumiendo con ello los costos que se generaban.

Este modelo fue predominante en muchos países, hasta que entró en crisis; entre los principales motivos de ello señalamos: 1) Este modelo de Estado requiere un fuerte y constante financiamiento. Mientras mayor sea el número de actividades asumidas por el Estado, y mayor sea la población, los costos de solventar dichas actividades aumentan; y 2) el sostenimiento por parte del Estado de actividades, especialmente económicas, trae como consecuencia el desincentivo de las personas de asumir estas actividades o colaborar con las mismas.

Las dos razones anteriores traen como consecuencia natural, que al Estado estar obligado a brindar estas actividades, buscará reducir los costos de las mismas, con el objetivo de hacerlas duraderas en el tiempo. Esto trae como consecuencia, también, servicios de poca calidad y que no cumplen con su finalidad.

Actualmente, el Estado Social, como modelo preponderante de la actividad estatal se encuentra en desuso, sin embargo, en concordancia con lo señalado por el profesor Esteve Pardo (pag. 13), no podemos desechar su estudio, ni mucho menos asumir que este modelo ha desaparecido en su totalidad, y esto es por dos motivos: 1) Por el legado que ha dejado el Estado Social, como son la institucionalización de la seguridad social, un sistema de salud público, manifestaciones que aglutinaremos en el concepto de administración asistencial. Un ejemplo de esto lo vemos en la Ley de Pobres de 1834 de Inglaterra y las leyes prusianas sobre la obligación de asistencia a los pobres y sobre la acogida de nuevas personas, ambas de 1842. (De la Riva, p. 58).

2) Porque dicho modelo ha dejado rastro en las constituciones políticas, como es en el caso del Perú, donde el artículo 43 de su Constitución declara que “La República del Perú es democrática, social, independiente y soberana”; asimismo en el artículo 44 al establecer que “Son deberes primordiales del Estado: defender la soberanía nacional; garantizar la plena vigencia de los derechos humanos; proteger a la población de las amenazas contra su seguridad; y promover el bienestar general que se fundamenta en la justicia y en el desarrollo integral y equilibrado de la Nación.”

Como se puede apreciar, el Perú cuenta con una “Cláusula de Estado Social”, que señala diversos deberes. El Gobierno del Perú se encuentra obligado a actuar en el marco de estos deberes, y en una situación de emergencia sanitaria donde pelagra la salud de la ciudadanía, resulta sumamente necesario que asuma un rol en ejercicio de la “Cláusula de Estado Social”. Sin embargo, sabemos que este rol no lo puede ejercer en los mismos términos que se ejerció en la Europa de 1930.

Actualmente, el modelo que rige a la mayoría de los países en América y Europa es la del Estado Subsidiario.

VIII. EL DILEMA SUBSIDIARIEDAD-SOLIDARIDAD

Los dos principios que actúan como parámetros del orden social son los principios de subsidiariedad y solidaridad. Ambos no son fórmulas opuestas y se manifiestan en determinados grados dentro de cada Estado.

El principio de subsidiariedad lo podemos entender sencillamente en los siguientes términos “tanta libertad como sea posible, tanta autoridad como sea necesaria” (De la Riva, p. 79). El principio de subsidiariedad significa que la sociedad y sus ciudada-

nos son quienes deben ser los primeros responsables de su propia subsistencia, debiendo el Estado actuar únicamente en caso de que la sociedad no lo pueda hacer (Gaspar Ariño, p. 161-162).

El principio de solidaridad implica el reconocimiento de la dignidad de la persona y de sus derechos básicos, así como la creación de condiciones que permita a todos tener acceso a bienes materiales, trabajo, etc. (Gaspar Ariño, p.167-168).

Si bien podría aparentarse alguna especie de polaridad, estos dos principios reconocen actividad del Estado, en algunos aspectos de forma reservada y en otros de forma predominante. Al respecto, la Constitución Política del Perú reconoce ambos principios, especialmente en sus artículos 58 y 60; ambos principios resultan sumamente trascendentales al momento de dictar medidas mediante alguna “técnica administrativa”, ya que cada una de estas variará en su debido respecto a los principios señalados. La naturaleza de estos principios no son las de meros indicadores, son base fundamental del modelo de Estado, y su respeto sostiene el funcionamiento del Poder Público.

IX DEFINICIÓN DE SUBSIDIO

Finalmente, queremos finalizar este apartado, brindando una definición de subsidios. Los subsidios son actividad prestacional de la administración pública, específica una actividad asistencial, consistente en la prestación directa del dinero por parte de la administración pública a un beneficiario que se encuentra en una situación desfavorecida, siendo dicho dinero de libre disposición del beneficiario, no debiendo rendir cuentas de algún tipo a la administración pública. Los subsidios son una manifestación de

la solidaridad, ya que destinada fondos públicos a personas en desventaja, y se encuentran justificadas jurídicamente en la cláusula de “Estado Social” contenida en la Constitución Política del Perú.

X. CONCLUSIÓN

Los bonos económicos entregados por el estado peruano son una manifestación de la actividad prestacional de la administración pública, consistiendo en subsidios entregados de forma asistencial. Esta figura resulta diferente a la subvención, en la medida que no busca estimular alguna conducta, sino que los beneficiarios puedan tutelar sus intereses particulares, estando el interés general no asimilado a la conducta del particular, sino dentro de la propia transferencia financiera. Los subsidios encuentran su fundamento en la cláusula del estado social, la solidaridad como valor jurídico y la actividad prestacional de la administración pública.

REFERENCIAS

- Ariño, G. (2003). *Principios de derecho públicos económico. Modelo de Estado, gestión pública, regulación económica*. Universidad Externado de Colombia.
- Bermejo Vera, J. (2009). *Derecho administrativo parte especial*. (7ª ed.). Thomson Civitas.
- De la Riva, I. M. (2004). *Ayudas públicas. Incidencia de la intervención estatal en el funcionamiento del mercado*. Hammurabi.
- Domenéch Pascual, G. (2016). El impacto de la crisis económica sobre el método jurídico (administrativo). En J. L. Piñar Mañas (Ed.), *Crisis económica y crisis del estado de bienestar: el papel del derecho administrativo: Actas del XIX Congreso Ítalo-Español de Profesores de Derecho Administrativo*, Universidad San Pablo-CEU, Madrid, 18 a 20 de octubre 2012 (pp. 389-396). Reus.
- Esteve Pardo, J. (2015). La administración garante. Una aproximación. *Revista de administración pública* (197), 11-39.
- Fernández Farreres, G. (2010). Aspectos diferenciales entre las subvenciones y las medidas de fomento económico. *Revista española de la función consultiva*, (13), 31-81.
- Garrido Falla, F. (2006). *Tratado de derecho administrativo*. (12ª ed., Vol. 2). Tecnos.
- Parada, R. (2013). *Derecho administrativo*. (1ª Ed., Vol. 2). Open.
- Sesma Sánchez, B. (2011). El concepto jurídico de subvención y ayuda pública. Alcance de la noción de fomento y promoción. En M. Garcés Sanagustín y A. Palomar Olmeda (Eds.), *Derecho de las subvenciones y ayudas públicas* (pp. 245-263). Aranzadi.
- Sesma Sánchez, B. (1998). *Las subvenciones públicas*. Lex Nova.

EL RETIRO POR DESEMPLEO EN TIEMPO DE PANDEMIA

Elizabeth García Espinoza*

I. INTRODUCCIÓN

La aparición de un nuevo coronavirus (SARS-CoV-2) que provoca la enfermedad Covid-19, provocó una crisis sin precedente debido a las medidas de clausura y confinamiento durante el segundo trimestre de 2020. Estas acciones ocasionaron entre varios efectos, una pérdida de trescientos cinco millones de empleos formales, según datos y análisis de la Organización Internacional del Trabajo (OIT).

Por lo anterior, la OIT convocó a los países a tomar acción en tres ejes:

- Apoyo inmediato para trabajadores en riesgo, empresas, empleos e ingresos, para evitar cierres, pérdida de empleos y declive de los ingresos.
- Enfocarse en la salud tanto como en la actividad económica luego del confinamiento.
- Transitar hacia una recuperación humana, ecológica, sustentable e inclusiva.

A decir de la OIT, a nivel mundial, tan solo 38.6% de la fuerza de trabajo está protegida por ley con un seguro de desempleo

* Doctoranda en Ciencias de lo Fiscal por el Instituto de Especialización para Ejecutivos, A.C. Profesor ordinario de carrera en la Facultad de Derecho campus Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California.

y únicamente 21.8% de los trabajadores desempleados reciben realmente prestaciones de desempleo.

La cobertura efectiva que se menciona en el párrafo anterior, resulta particularmente limitada en las regiones de Asia y el Pacífico (22.5 %), las Américas (16.7 %) y África (5.6 %). Sin embargo, los países de ingresos medianos que implementaron planes de protección contra el desempleo o los han ampliado como Cabo Verde, Filipinas, Sudáfrica y Vietnam, han estado en mejores condiciones de hacer frente a la crisis de la Covid-19.

El desempleo se observa de manera significativa en América Latina y el Caribe, la región más afectada, así como el sector de jóvenes y mujeres, que en su conjunto, nueve países reportaron una pérdida de cuarenta y un millón de puestos de trabajo, según la OIT para América Latina y el Caribe al cierre del primer semestre de 2020.

En México no opera un seguro de desempleo (Ruiz 2017); existe una serie de medidas que constituyen paliativos en favor del trabajador que enfrenta una coyuntura de desempleo, pero que carecen de la cohesión y de la amplia cobertura que amerita un programa de esta naturaleza.

No obstante el artículo 123 constitucional, fracción XXIX, apartado “A”, señala que es de utilidad pública la Ley del Seguro Social, y que dicho ordenamiento comprenderá, entre otros seguros, el *de cesación involuntaria del trabajo*, no se establece en la propia ley un seguro de cesación involuntaria del trabajo, sino únicamente los seguros de riesgo de trabajo, de enfermedades ajenas al trabajo, maternidad, de invalidez, de vejez, de cesantía en edad avanzada, de muerte, de guarderías y de retiro.

Tampoco está previsto un seguro de desempleo para los trabajadores al servicio del Estado o para las fuerzas armadas mexica-

nas (Briceño 2015). Y no se tiene noticia de que esté funcionando algún seguro de desempleo para los sistemas estatales de seguridad social.

La respuesta fiscal poco agresiva de las autoridades ante el efecto económico que ha provocado el Covid-19, la persistencia de la pandemia, la caída de la inversión privada y pública, el desplome del consumo y la caída de la confianza, han sido factores que han provocado una considerable disminución del Producto Interno Bruto (PIB), que según el Fondo Monetario Internacional (FMI), será del orden del 10.5% para finales del 2020. De igual forma el Banco de México (Banxico) ha reconocido que existe la posibilidad de un desplome a doble dígito de 12.8%.

Esta fuerte caída en la economía mexicana ha provocado que once millones novecientas mil personas salieran de la población económicamente activa en el segundo trimestre del 2020 según datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI), es decir, la pandemia agravó la necesidad de empleo en nuestro país en magnitudes sin precedentes.

Adicionalmente, el efecto en el mercado laboral por causa de la crisis sanitaria Covid-19, advierte una proporción de personas que requiere una oportunidad laboral en la actualidad aún mayor que la observada en la crisis económica del 2009.

La brecha laboral, que mide el déficit más amplio y que incluye a las personas desempleadas, a las inactivas pero disponibles para trabajar y a las sub-ocupadas, se encuentra en niveles históricos. Tan solo al mes de agosto de 2020, la necesidad de empleo alcanzó a 34.5% de los trabajadores mexicanos, reporta el INEGI.

II. FUNCIONAMIENTO DEL RETIRO POR DESEMPLEO

Al no existir el seguro de desempleo en México, el trabajador que ha sido afiliado al régimen obligatorio del seguro social tiene derecho conforme al artículo 190 fracción II de la Ley del Seguro Social, a realizar retiros de la subcuenta de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, provenientes de su cuenta individual que maneja la Administradora de Fondos para el Retiro (Afore).

En el sistema de cuentas individuales que opera en nuestro país y que es relativo al seguro de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, el trabajador es propietario del fondo que se va acumulando en la cuenta (Artículo 159 fracción I Ley del Seguro Social) y su importe resulta de gran relevancia debido a que su pensión dependerá del monto acumulado.

El retiro por desempleo en México posee un efecto que se encuentra estrechamente relacionado con la cuenta individual aplicable desde 1997 para los trabajadores del apartado A del artículo 123 constitucional (de empresas particulares), y desde 2007 para los del apartado B (servidores públicos centralizados).

En esta cuenta se depositan:

- a) Las cuotas tripartitas por concepto de retiro (2%, salario base de cotización) y de cesantía en edad avanzada y vejez (4.5%, salario base de cotización).
- b) El 5% del salario por concepto de vivienda, que la Afore traslada al Instituto del Fondo Nacional de la Vivienda para los Trabajadores (INFONAVIT).
- c) Las aportaciones voluntarias.
- d) Las aportaciones complementarias.

Los fondos tienen como destino el pago de las pensiones por cesantía en edad avanzada y por vejez, por lo que la cuenta individual es la base de todo el sistema.

Aun cuando los recursos económicos que se encuentran en la cuenta individual de la Afore, son propiedad del trabajador, existen limitantes al retiro por desempleo.

Es así que el artículo 191 fracción II de la Ley del Seguro Social, dispone los requisitos para ejercer el derecho al retiro por desempleo:

Artículo 191. Durante el tiempo en que el trabajador deje de estar sujeto a una relación laboral, tendrá derecho a:

I. Retirar parcialmente por situación de desempleo los recursos de la Subcuenta de Retiro, Cesantía en Edad Avanzada y Vejez, a partir del cuadragésimo sexto día natural contado desde el día en que quedó desempleado, en los siguientes términos:

- a) Si su cuenta individual tiene al menos tres años de haber sido abierta y tiene un mínimo de doce bimestres de cotización al Instituto acreditados en dicha cuenta, podrá retirar en una exhibición la cantidad que resulte al equivalente a treinta días de su último salario base de cotización, con un límite de diez veces el salario mínimo mensual general que rija en el Distrito Federal, o
- b) Si su cuenta individual tiene cinco años o más de haber sido abierta, podrá retirar la cantidad que resulte menor entre noventa días de su propio salario base de cotización de las últimas doscientas cincuenta semanas o las que tuviere, o el once punto cinco por ciento del saldo de la Subcuenta de Retiro, Cesantía en Edad Avanzada y Vejez.

Las cantidades a que se refiere este inciso se entregarán en un máximo de seis mensualidades, la primera de las cuales podrá ser por un monto de treinta días de su último salario base de cotización a solicitud del trabajador, conforme a las reglas de carácter general que al efecto expida la Comisión Nacional del Sistema de Ahorro para el Retiro. En caso de que el trabajador se reincorpore a laborar durante el plazo de entrega de los recursos, las mensualidades posteriores a su reincorporación se suspenderán.

El trabajador que cumpla con los requisitos de antigüedad de la cuenta a que se refiere el primer párrafo de este inciso, podrá optar, en todo caso, por el beneficio señalado en el inciso a).

El derecho consignado en esta fracción sólo podrán ejercerlo los trabajadores que acrediten con los estados de cuenta correspondientes, no haber efectuado retiros durante los cinco años inmediatos anteriores a la fecha de la solicitud de retiro de recursos.

En cuanto a los trabajadores afiliados al ISSSTE, el artículo 77, fracción II de la Ley del Instituto de Seguridad y Servicios Sociales de los Trabajadores del Estado, prevé los requisitos para ejercer el derecho al retiro por desempleo:

Artículo 77. Durante el tiempo en que el Trabajador deje de estar sujeto a una relación laboral, este tendrá derecho a:

I. Retirar de su Subcuenta de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez, la cantidad que resulte menor entre setenta y cinco días de su propio Sueldo Básico de los últimos cinco años, o el diez por ciento del saldo de la propia Subcuenta, a partir del cuatragésimo sexto día natural contado desde el día en que quedó

desempleado. El derecho consignado en esta fracción, solo podrán ejercerlo los Trabajadores, que acrediten con los estados de cuenta correspondientes, no haber efectuado retiros durante los cinco años inmediatos anteriores a la fecha citada. El Trabajador deberá presentar la solicitud correspondiente.

Es importante advertir que de conformidad con el artículo 198 de la Ley del Seguro Social al hacer este retiro de la cuenta individual del trabajador, esta es reducida de forma que se dispondrá de una menor cantidad al momento de retiro, así como una disminución en el número de semanas cotizadas y requeridas para el otorgamiento de una pensión.

La disminución se calcula dividiendo el monto acumulado de los recursos de la cuenta individual entre el número de cotizaciones hasta el momento de realizarse la disposición de dichos recursos.

El monto retirado se dividirá entre el cociente resultante de la anterior operación y el resultado se resta a las semanas cotizadas. No obstante lo anterior, los trabajadores podrán reintegrar total o parcialmente los recursos que hubieren recibido, conforme a las disposiciones de carácter general que al efecto expida la Consar, con el voto favorable del Comité Consultivo y de Vigilancia. En este caso, las semanas de cotización que hubieren sido disminuidas serán reintegradas proporcionalmente a los recursos que reintegren.

El derecho a los retiros, solo podrá ejercerlo el trabajador siempre y cuando no haya realizado retiros durante los cinco años inmediatos, anteriores a la fecha de la solicitud de retiro de recursos.

A continuación, se presenta el siguiente ejemplo del impacto

económico en la cuenta individual del trabajador y en la reducción de sus semanas de cotización, que como se mencionó, constituyen un elemento indispensable para contar con el derecho a recibir una pensión:

Datos:

Trabajador desempleado retira 10 000 pesos de su cuenta individual de retiro, cesantía en edad avanzada y vejez (RCV), con saldo de 100 000 pesos. Cuenta con 524 semanas cotizadas reconocidas por el Instituto Mexicano del Seguro Social.

Al retirar de su cuenta de la Afore, ocurrirán dos situaciones:

a) Se reducirá el monto de su ahorro en la cuenta individual.

Según el ejemplo: $100\ 000(-)10\ 000 = 90\ 000$ pesos (Saldo después del retiro por desempleo)

b) Se descontarán semanas de cotización, lo cual impactará negativamente en la posibilidad de alcanzar una pensión de por vida.

Continuando con el ejemplo:

Paso 1. Saldo de la subcuenta RCV = $100\ 000/524$ semanas = 191

Paso 2. Monto retirado 10 000 pesos / 191 = 52 semanas a descontar

El retiro por desempleo es conocido por los trabajadores como “seguro por desempleo”, aunque no sea correcto hacerlo dado que está previsto por el artículo 191 de la Ley del Seguro Social tan solo como un derecho del asegurado que implica no solo descontar dinero de la cuenta individual del sistema de ahorro para el retiro del desempleado, sino que se le descuentan las semanas cotizadas correspondientes al retiro que efectúa. Por esta razón, a decir de Ruiz (2017) cabe afirmar que no solo se disminuye el

fondo previsional ahorrado, sino a la par, las semanas de cotización del fondo previsional ahorrado.

Por lo anterior, las personas desempleadas que utilicen esta opción deben tener mucho cuidado, debido a que es posible que las semanas cotizadas y descontadas le falten al operario para ser pensionado (Ruiz: 2017).

Las semanas de cotización son muy importantes debido a que para acceder a la pensión por Ley 1997 por cesantía o vejez se requieren de 1 250 semanas de cotización y para la Ley de 1973 se requieren 500 semanas, pero en adición si hay semanas excedentes a las 500 se podrá incrementar la pensión. (Juárez: 2014).

III. RETIRO POR DESEMPLEO A CAUSA DE LA PANDEMIA

El desempleo en México sigue mermando los recursos para los futuros pensionados. De enero a agosto, los retiros parciales que realizaron los mexicanos de las Afore ante la pérdida de su trabajo sumaron 12 496 000 000 de pesos, 66% superior a lo registrado en el mismo periodo de 2019.

Lo anterior es de acuerdo con cifras de la Consar y como ejemplo, tan solo en agosto de 2020 los mexicanos que se quedaron sin empleo dispusieron de mil 993 millones de pesos de sus Afore, esto representó un incremento anual de 74%.

Las cifras registradas al cierre de julio no tienen precedente en los registros de la Consar, disponibles desde 2005, y reflejan el impacto de la pandemia en la actividad económica y ante la pérdida de empleo en el país.

También de enero a julio de 2020, un total de 997 443 trabajadores recurrieron a los recursos de su Afore, según cifras de la

Consar, es decir 28% mayor en comparación con el mismo lapso del año pasado.

IV. EL CONVENIO 102 DE LA OIT Y EL SEGURO DE DESEMPLEO

Destaca Briceño (2015), que al surgir la OIT se fueron elaborando y suscribiendo importantes instrumentos legales sobre la materia de seguridad social. Ha correspondido al Convenio 102 de esa organización establecer las bases mínimas para que se brinde la seguridad social, que de acuerdo con dicho ordenamiento habrá de contener cuando menos los aspectos relativos a asistencia médica, así como prestaciones por enfermedad, desempleo, vejez, en caso de accidentes de trabajo y de enfermedades profesionales, maternidad e invalidez.

La palabra seguro significa “libre y exento de todo peligro, daño o riesgo”. Seguro es “previsión al azar mediante la subdivisión del riesgo”.

En algunos países el sistema es nacional y en otros, como Estados Unidos de América, por regiones o estados, donde las personas compran pólizas para su atención médica y pensiones. Cualquiera que sea el sistema, buscará atender en alguna medida las necesidades humanas, como las derivadas de la muerte, el desempleo, la remuneración, el hambre, la enfermedad, el desamparo.

El artículo 22 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, precisa los derechos económicos, sociales y culturales: “Toda persona, como miembro de la sociedad, tiene derecho a la seguridad social, y a obtener, mediante el esfuerzo nacional y la cooperación internacional, habida cuenta de la organización

y los recursos de cada Estado, la satisfacción de los derechos económicos, sociales y culturales, indispensables a su dignidad y al libre desarrollo de su personalidad.”

En los artículos 23 y 24 de dicha declaración, reconocen el “derecho al trabajo, a la libre elección de su trabajo, a condiciones equitativas y satisfactorias de trabajo y a la protección contra el desempleo”; a recibir igual salario por trabajo igual; a “una remuneración equitativa y satisfactoria, que le asegure, así como a su familia, una existencia conforme a la dignidad humana y que será completada, en caso necesario, por cualesquiera otros medios de protección social”; a una limitación razonable de la duración del trabajo; al descanso, al disfrute de tiempo libre y a vacaciones periódicas pagadas.

Conforme al artículo 25: “Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, así como a su familia, la salud y el bienestar, y en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios; tiene asimismo derecho a los seguros en caso de desempleo, enfermedad, invalidez, viudez, vejez u otros casos de pérdida de sus medios de subsistencia por circunstancias independientes de su voluntad.”

Por otra parte, el Convenio 102 de la OIT, se establece como la norma mínima de la seguridad social, con obligación de sus miembros de adoptar sus instituciones. Este documento contiene los apartados siguientes: Disposiciones generales, asistencia médica, prestaciones monetarias de enfermedad, prestaciones de desempleo, prestaciones de vejez, prestaciones en caso de accidente del trabajo y de enfermedad profesional, prestaciones familiares, prestaciones de maternidad, prestaciones de invalidez, prestaciones de sobrevivientes, cálculo de los pagos periódicos,

igualdad de trato a los residentes no nacionales, disposiciones comunes, disposiciones diversas, disposiciones finales y clasificación internacional tipo, por industria, de todas las ramas de la actividad económica.

La parte IV del Convenio se refiere a las prestaciones de desempleo. El país que así lo determine garantizará a las personas protegidas la concesión de dichas prestaciones. La contingencia cubierta deberá comprender la suspensión de ganancias, según la defina la legislación nacional, ocasionada por la imposibilidad de obtener un empleo conveniente, en el caso de una persona protegida que sea apta para trabajar y esté disponible para el trabajo. Las personas protegidas podrán ser de las categorías prescritas de asalariados, cuando no sean más de 50% de estos. Dicha prestación consistirá en un pago periódico calculado de conformidad con las disposiciones del Convenio (artículos 65, 66 y 67).

Todo miembro que ratifique el Convenio se obliga a incluir en la memoria anual que habrá de presentar sobre la aplicación del Convenio de acuerdo con el artículo 22 de la Constitución de la OIT: a) Información completa sobre la legislación que dé efecto a las disposiciones del Convenio. b) Pruebas de haber observado las condiciones estadísticas especificadas en:

El párrafo 2 del artículo 24, en cuanto a la duración de las prestaciones de desempleo.

V. PROPUESTA DEL SEGURO POR DESEMPLEO.

En el mes de septiembre del 2013, el Ejecutivo en turno de nuestro país, presentó una iniciativa de reforma a los artículos 4º, 73 y 123 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

en materia de seguridad social universal y en materia de desempleo, sin embargo, al mes de octubre del año 2020 no se tiene noticia de avance legislativo en este último punto.

La iniciativa en materia de desempleo proponía:

- Garantizar a todos los trabajadores del sector formal que caigan en situación de desempleo, un mecanismo que evite el detrimento en el nivel de vida de sus familias y les permita reinsertarse al mercado laboral formal de la manera más pronta posible.
- Otorgar la prestación a través del seguro de desempleo, como instrumento de protección social, no solo en la sustitución de ingresos de los individuos, también para desincentivar las transiciones hacia empleos menos productivos en el sector informal.
- La implementación del seguro como eje para fortalecer la eficiencia de las políticas activas del mercado laboral, robusteciendo la oferta de trabajo y adecuándose a las necesidades cambiantes de la realidad laboral, lográndose así mejores condiciones para que los trabajadores reingresen al sector formal de la economía.
- La estructura del seguro de desempleo de carácter redistributivo; es decir, beneficios más altos en términos relativos para la población de menores ingresos, los cuales generalmente se encuentran financiados a través del subsidio del Estado.
- Finalmente, modificar el artículo 123, apartado A, fracción XXIX, constitucional, con el objeto de eliminar la mención al seguro de cesación involuntaria del trabajo, toda vez que un nuevo seguro de desempleo no estaría limitado a dicha modalidad de terminación de las relaciones laborales.

Por lo anterior, la introducción de un seguro de desempleo en México, resulta un gran reto, sobre todo en un país donde la informalidad alcanza cerca de 40% de la población económicamente activa, es difícil distinguir quién está desempleado.

Para poder encontrar fuentes de financiamiento es necesario estimar el costo que tendría un sistema de seguridad social universal. Por simplicidad, (Hernández: 2012) considera que el seguro de desempleo podría diseñarse de manera privada para no imponer presiones a las finanzas públicas.

VI. CONCLUSIONES

El seguro de desempleo no existe en México, no obstante el derecho de la seguridad social prevé proporcionar un ingreso que remplace a aquel que se ha perdido internamente, o particularmente a causa de una eventualidad.

La OIT ha consagrado parte de su labor a la protección en caso de desempleo y a la promoción del empleo. Al respecto, establece la obligación del Estado de crear un seguro de desempleo. Además, el Convenio 102 se establece como la norma mínima de la seguridad social, con obligación de sus miembros de adoptar sus instituciones.

En México existe el retiro por desempleo, sin embargo, provoca una afectación al saldo de la cuenta individual de la Afore del trabajador y en la reducción de las semanas de cotización necesarias para la obtención de una pensión. Para no afectar su posibilidad de pensionarse, los recursos retirados pueden ser re-puestos e integrados a su cuenta individual, con lo cual es posible reintegrar las semanas que hubieran sido descontadas al trabajador.

VII. FUENTES CONSULTADAS

- Briceño, A. (2015). *Derecho de la seguridad social*. México: Oxford University Press
- CEPAL (2016). Propuesta para un sistema de información del Seguro de Desempleo de México. Consultado el 5 de octubre de 2020. Disponible en: <https://www.cepal.org/es/publicaciones/40176-propuesta-un-sistema-informacion-seguro-desempleo-mexico>
- CONSAR (2020). Estadísticas. Flujos de retiros de las cuentas individuales de las AFORE. Consultado el 5 de octubre de 2020. Disponible en: <http://www.consar.gob.mx/gob-mx/aplicativo/siset/Series.aspx?cd=141&cdAlt>
- Del Val, E. (2012). Integralidad y universalidad, elementos para un sistema de seguridad social incluyente, en: Ramírez, B., Ham, R. y Valencia, A. (Coords.), *Encrucijadas, perspectivas y propuestas sobre la seguridad social en México*. México: UNAM
- El Economista (2020). OCDE y FMI prevén caída de dos dígitos para el PIB. Recuperado el 18 de septiembre de 2020, de <https://www.eleconomista.com.mx/economia/OCDE-y-FMI-preven-caida-de-dos-digitos-para-el-PIB-20200917-0105.html>
- _____. Necesidad de empleo en México escala a niveles históricos. Recuperado el 29 de septiembre de 2020, de <https://www.eleconomista.com.mx/empresas/Necesidad-de-empleo-en-Mexico-escala-a-niveles-historicos-20200929-0151.html>
- García O. (2003). *Teoría y práctica de la seguridad social*. México: Universidad de Guadalajara.

- Hernández, F. (2012). Los desafíos. Apuntes sobre la seguridad social universal en México y su financiamiento, en: Ramírez, B., Ham, R. y Valencia, A. (Coords.) *Encrucijadas, prospectivas y propuestas sobre la seguridad social en México*. México: UNAM
- Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM (1994). *Diccionario Jurídico sobre Seguridad Social*. México: UNAM. Recuperado el 2 de octubre de 2020 de: <http://ru.juridicas.unam.mx:80/xmlui/handle/123456789/9704>
- Instituto Nacional de Estadística y Geografía (2020). Se presentan resultados de la Encuesta Nacional sobre Uso del Tiempo (ENUT) 2019. Recuperado el 8 de octubre de 2020, de <https://www.inegi.org.mx/app/saladeprensa/default.html?tn=conferencias>
- Juárez, J. (2014). Seguro de desempleo vs retiro por situación de desempleo. Revista *Contaduría Pública*. Mayo
- Ley del Seguro Social de 1997. *Diario Oficial de la Federación* 21 de diciembre de 1995.
- Montalvo, J. (2014). El desempleo y su seguro. Revista *Letras Jurídicas*. Núm. 30, julio. Recuperado el 2 de octubre de 2020 de: <http://letrasjuridicas.com.mx/Volumenes/30/A06.pdf>
- OIT (1952). Social Security (Minimum Standards) Convention, 1952 (No. 102). Recuperado el 30 de septiembre de 2020 de: https://www.ilo.org/dyn/normlex/en/f?p=NOR-MLEXPUB:12100:0::NO::P12100_INSTRUMENT_ID,P12100_LANG_CODE:312247,es
- (2020). La Covid-19 provoca una crisis sin precedentes, y las medi-

das de confinamiento afectan a casi todos los trabajadores y las empresas. Recuperado el 2 de octubre de 2020 de: https://www.ilo.org/global/about-the-ilo/newsroom/news/WCMS_748477/lang--es/index.htm 19-JUN

_____. La Covid19 y el mundo del trabajo. Observatorio de la OIT: Quinta Edición. Recuperado el 2 de octubre de 2020 de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/@dgreports/@dcomm/documents/briefingnote/wcms_749470.pdf 30 JUN

_____. Fuerte aumento del desempleo en América Latina y el Caribe deja a millones sin ingresos. Recuperado el 2 de octubre de 2020 de: https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_749663/lang--es/index.htm 1-JUL

_____. Protección contra el desempleo en la crisis de la COVID-19: Respuestas de los países y consideraciones de la política. Recuperado el 2 de octubre de 2020 de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---ed_protect/---soc_sec/documents/publication/wcms_755457.pdf 16 SEP

_____. *34 millones de empleos se perdieron por la crisis en América latina y el Caribe*. Recuperado el 2 de octubre de 2020, de https://www.ilo.org/americas/sala-de-prensa/WCMS_756717/lang--es/index.htm 30-SEP

ONU (1948). Declaración Universal de Derechos Humanos. Recuperado el 5 de octubre de 2020 de: <https://www.un.org/es/universal-declaration-human-rights/>

(2020). Policy Brief: the world of work and Covid-19. Recuperado el 5 de octubre de 2020 de: https://www.ilo.org/wcmsp5/groups/public/---dgreports/---dcomm/documents/genericdocument/wcms_748428.pdf

Ruiz, A. (2017). *Nuevo derecho de la seguridad social*. México: Porrúa

Sánchez, A. y Morales M. (2014). *El derecho a la seguridad social y a la protección social*. México: Porrúa

LA FUERZA MAYOR Y SU APLICABILIDAD FRENTE AL PAGO DE SERVICIOS PÚBLICOS

Santiago Albán

INTRODUCCIÓN. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Desde la declaratoria de emergencia sanitaria por parte de la Organización Mundial de la Salud y sus subsidiarias (como lo es la Organización Panamericana de la Salud), varios gobiernos optaron por una serie de medidas para mitigar los efectos producidos por el Covid-19 en el 2020. Esto, además conlleva a acciones de aislamiento y distanciamiento en varios países latinoamericanos, ha generado un grave detrimento en las economías de cada país. En vista de esta situación, muchos gobiernos -y ciudadanos- se preguntan cómo deben proceder frente al pago de los servicios públicos. Para poder realizar un análisis exhaustivo sobre el pago (o no pago) de las obligaciones que mantienen los ciudadanos con los gobiernos locales y nacionales en virtud de los servicios públicos, es menester primero entender ¿qué es la fuerza mayor, el caso fortuito? y, ¿cuáles son las diferencias entre estas dos instituciones?

Debemos abordar también las definiciones de estas dos figuras jurídicas desde la doctrina y desde la normativa local, así como debemos analizar las obligaciones que mantienen los administrados con relación a los servicios básicos en virtud de las leyes aplicables al caso. Para aquello, es crucial entender la aplicabilidad de la fuerza mayor o el caso fortuito para el pago (o no pago) de estas obligaciones con los estados, gobiernos locales o

nacionales, independientemente de quien realice la provisión de los servicios, debido a que el nivel de gobierno que provea los servicios para esta investigación no reviste relevancia.

El hecho de que existiesen decisiones de aislar a la población también requirió que muchas familias, especialmente de los quintiles económicos más desfavorecidos, tengan que recurrir a reducir o eliminar muchos de sus gastos. No es una excepción los servicios públicos, esencialmente los ya conocidos y aceptados por la generalidad de gobiernos: luz, agua, alcantarillado y telefonía fija.¹

Es por esto, en vista de esta nueva realidad y necesidad de recorte, se genera el debate sobre si se puede dejar de pagar —o si el administrado está efectivamente exonerado o liberado del cumplimiento de la obligación de pago de los servicios públicos.

En virtud de la crisis que ha causado la pandemia, es evidente que han existido despidos masivos; reducciones en general de jornadas laborales y por lo tanto ha producido modificaciones en la contratación de servicios en general. Por las mismas razones de consideración económicas los gobiernos han tratado de aliviar la crisis y han tratado de implementar medidas para que la ciudadanía pueda paliar la crisis económica. Es así como Ecu-

1 En la actualidad existe un debate sobre si el servicio de internet es o no considerado un servicio público toda vez que existe normativa internacional que lo avala como tal. Si bien este servicio no está siendo considerado como un servicio público y como tal parte de este análisis, bien pudiese ser considerado como un servicio público para países que le dan dicho tratamiento.

dor,² Colombia³ y El Salvador⁴ -para citar algunos ejemplos- han tomado decisiones sobre el pago de los servicios básicos, que van desde la suspensión en el pago hasta la condonación total de multas, recargos administrativos e intereses.

2 Digital Policy, noticias reforma ley de apoyo humanitario. En el Ecuador con la aprobación de la Ley de Apoyo Humanitario se aprobó la exoneración en el pago por 30 días posteriores a la promulgación de la Ley, estableciendo que no existirá desconexión por el no pago de los servicios básicos. Página web consultada el 29 de agosto de 2020, <https://digitalpolicylaw.com/ecuador-lenin-moreno-veta-parcialmente-la-ley-humanitaria-y-da-facilidades-de-pago-a-servicios-de-telecomunicaciones/> Ley de Apoyo Humanitario, publicada en el Registro Oficial suplemento 229, de 22 de julio de 2020, Ecuador. Esta ley establece en el artículo 5 lo siguiente: "No incremento de costos en servicios básicos.- Desde la vigencia del estado de excepción y hasta un año después se prohíbe el incremento en valores, tarifas o tasas de servicios básicos, incluyendo los servicios de telecomunicaciones e internet, sean estos prestados de manera directa por instituciones públicas, por delegación o por privados. Todas las empresas de servicios básicos de agua potable, energía eléctrica, telecomunicaciones e internet, suspenderán temporalmente los cortes por falta de pago de estos servicios, mientras permanezca vigente el estado de excepción y hasta por dos meses después de su terminación. En el plazo de 30 días después de la vigencia de esta Ley, estas empresas iniciarán el cobro de los valores generados por concepto de estos servicios, divididos en doce cuotas iguales y sin intereses, multas ni recargos, a cobrarse mensualmente (...)"'. Por lo tanto, dada la excepcionalidad, no se exime del pago de los servicios básicos, y se establece la imposibilidad de recaudo de facturas impagas hasta el 22 de julio de 2020. No existiendo eximente en el pago, pero la posibilidad de realizar convenios de pago, que no han sido normados, dando facultad amplia a las empresas de cobrar con base en las cuotas adeudadas a prorrata hasta por doce meses, sin incluir recargos.

3 En el caso de la República de Colombia vía decreto ejecutivo N° 819 de 4 de junio de 2020 se establece para los estratos uno y dos, la posibilidad de diferir los pagos de agua potable y alcantarillado, mas no, la exclusión total del pago.

4 En El Salvador dentro de los primeros días de colapso, marzo de 2020 para Latinoamérica este país aprobó por decreto legislativo, dentro del 'Plan de Respuesta y Alivio Económico ante la Emergencia Nacional contra el Covid-19' la suspensión del pago por tres meses de varios servicios básicos. Sin embargo, se suspende, pero no excluye su pago. Consultado el 20 de marzo de 2020, <https://www.iagua.es/noticias/europa-press/salvador-suspende-pago-agua-y-electricidad-coronavirus>

Estas medidas administrativas han generado polémica, ya que no todos los gobiernos han tomado la misma decisión sobre el cumplimiento de la obligación de pago de los servicios públicos aplicando el concepto de fuerza mayor. En el código civil de Andrés Bello, se entiende a la Fuerza Mayor como: “[E]l imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”⁵ Así, entendemos que los elementos esenciales de la fuerza mayor y el caso fortuito son la imprevisibilidad e irresistibilidad, generando un argumento más profundo sobre las consecuencias de la toma de decisiones por parte de la autoridad pública de suspender o eliminar el pago de servicios básicos en estos casos. Esto será analizado desde las perspectivas antes mencionadas, atadas a una situación que no se ha dado en la historia moderna en una economía globalizada, como lo es los efectos provocados por la pandemia por causa del Covid-19, una pandemia que ha generado decisiones complejas para la autoridad y que tienen implicaciones importantes en efectos jurídicos dentro del campo del derecho administrativo.

5 Código Civil de la República del Ecuador. Artículo 30 “Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.” Artículo 45 Código Civil Chileno. “(...) el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc.”

1. DEFINICIONES, FUERZA MAYOR, CASO FORTUITO, SERVICIOS BÁSICOS. APLICABILIDAD FRENTE AL INCUMPLIMIENTO DE LAS OBLIGACIONES DE PAGO

Para un acercamiento más pormenorizado a esta problemática debemos definir qué es la fuerza mayor y cómo se contrapone con las obligaciones de los ciudadanos frente a estos servicios. Adicionalmente, debemos realizar una definición sobre lo que es el caso fortuito y su diferencia con la fuerza mayor debido que tenemos el mismo Código Civil en varios países de América Latina derivados del tratadista Andrés Bello.

El Código Civil ecuatoriano, el colombiano y el salvadoreño, en sus artículos 30,⁶ 64⁷ y 43⁸ respectivamente, no distinguen entre lo que es caso fortuito y la fuerza mayor. Estos cuerpos normativos definen a estas dos figuras jurídicas como si fueran lo mismo y, así señalan que los dos constituyen "[...] un imprevisto al que no es posible resistir [...]".⁹ Por tanto, no generando mayor divergencia en su aplicabilidad, al menos para la escuela

6 Artículo 30 Código Civil de la República del Ecuador. "Se llama fuerza mayor o caso fortuito, el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc." Artículo 45 Código Civil Chileno. "(...) el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc."

7 Código Civil de la República de Colombia. Artículo 64 "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto o que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc".

8 Código Civil de la República de El Salvador. Artículo 43 "Se llama fuerza mayor o caso fortuito el imprevisto a que no es posible resistir, como un naufragio, un terremoto, el apresamiento de enemigos, los actos de autoridad ejercidos por un funcionario público, etc".

9 Op. cit. 5.

civilista en los países latinoamericanos que contienen en sus legislaciones el código modelo de Bello.

No obstante, a pesar de que estos cuerpos normativos fundamentales en el ámbito civil no establecen una distinción conceptual entre estas dos figuras, es importante notar que, con base a la jurisprudencia de cada uno de los países antes mencionados, y a la doctrina, existe una clara distinción entre caso el fortuito y la fuerza mayor. De esta manera se ha establecido que, la fuerza mayor por una parte constituye un hecho irresistible que además resulta imprevisible, mientras que, el caso fortuito constituye un hecho irresistible que si pudiera ser previsible.

1.1. ¿QUÉ ES LA FUERZA MAYOR? APLICABILIDAD FRENTE A HECHOS IRRESISTIBLES E IMPREVISIBLES

La fuerza mayor debe ser entendida en su sentido más amplio y aceptado tanto por la doctrina como por su aplicabilidad en diferentes cuerpos legales, sobre la imprevisibilidad e irresistibilidad de un acto. Es así como la pandemia acaecida desde noviembre de 2019 a causa de la Covid-19, a toda vista ha sido un hecho imprevisible, y hasta el momento irresistible, sin capacidad de poder responder adecuadamente sobre un elemento que si bien es cierto es antrópico, pero que tiene como inicio y fin una expansión en toda la humanidad con características atípicas que no han sido de manera alguna previsible. Debe, por tanto, existir una caracterización sobre qué se entiende por imprevisible e irresistible, y sus posibles daños frente a un fenómeno que tiene impactos patrimoniales, y sobre quién debe responder sobre dichas pérdidas.

Es así como se puede generar un estudio más amplio sobre la

aplicabilidad y responsabilidad para un caso específico como es el caso del no pago de servicios básicos en una situación extrema.

La fuerza mayor es una figura jurídica que tiene origen en el derecho francés *-force majeure-*, y ha sido ampliamente discutida entre varios tratadistas. El mayor tratadista en materia de Derecho Administrativo, el maestro Eduardo García de Enterría, ha esgrimido argumentos sobre el *periculum* que se refiere a la teoría de los riesgos y específicamente a la teoría de los incumplimientos. El *periculum* en este caso se refiere a la situación en la que se produciría un daño por el retraso o la demora en el cumplimiento de las obligaciones. Basándonos en esta teoría debemos analizar el daño que puede producirse por la demora en el cumplimiento de las obligaciones. A la luz de la teoría del peligro del incumplimiento, y analizando el caso que nos concierne, es evidente que sí se generan daños por la demora en el pago de los servicios públicos.¹⁰

García de Enterría realiza una diferenciación muy relevante a fin de distinguir entre la teoría del incumplimiento y la teoría de los riesgos, bajo el siguiente análisis:

en la teoría de los riesgos, el concepto determina cuál de las partes ha de soportar los daños materiales causados; en la doctrina del incumplimiento es un término contrapuesto al de incumplimiento culpable del contratista, en tal sentido, determina la responsabilidad o exoneración de este respecto de la situación material creada por la no consumación de la prestación ofrecida.¹¹

10 J.J. Bolaños (2010). Caso fortuito y fuerza mayor. Diferencia conceptual. *Revista de Ciencias Jurídicas*, (123). P.78

11 Ídem.

Para analizar quién sufriría los riesgos eminentes por el incumplimiento, y el contrato de servicios al ser un contrato comercial “que en este caso es discutiblemente puede ser interpretado por un contrato de administrativo”, no está claro quién debe soportar los daños pecuniarios. Por lo que, nos debemos hacer las siguientes preguntas ¿es la empresa de prestación de servicios quién debe correr con los daños del incumplimiento de la obligación de pago? O debido al cambio de la situación económica del consumidor, ¿podrían los consumidores alegar la pandemia como fuerza mayor para no realizar los pagos correspondientes? A priori, parecería ser que, a la luz de las teorías antes expuestas y en virtud de la pandemia es la empresa de servicios públicos quien correría con los costos financieros que produciría el incumplimiento de la obligación de pago de los consumidores, además debemos resaltar que la demora en los pagos está forzosamente correlacionada en un problema para mantener una operación adecuada de cada empresa de provisión de servicios.

1.2. DEFINICIONES Y APLICABILIDAD DEL CASO FORTUITO

El caso fortuito como institución del derecho civil, al menos en el caso latinoamericano que tienen como base el código civil de Andrés Bello, no tiene distinciones en su acepción con la fuerza mayor. Es decir, se lo trata de manera indistinta. Es así que haciendo una aproximación al Derecho Administrativo, materia de estudio de esta investigación, ha señalado, -el proceso López Menudo, catedrático de derecho administrativo de la Universidad de Sevilla- que:

La distinción entre fuerza mayor y caso fortuito ha sido obra de la doctrina y la jurisprudencia, alcanzando muy especialmente en el ámbito del Derecho administrativo una relevancia capital por cuanto el caso fortuito, lejos de exonerar a la Administración, constituye una especie de cajón de sastre que absorbe todos los supuestos de responsabilidades imputables al servicio mismo, como centro de absorción de todos aquellos daños que no tienen un sujeto causante conocido. Por tanto, el caso fortuito se erige en una figura dialécticamente opuesta a la fuerza mayor, y la ubicación de un determinado supuesto en una u otra categoría supone, por tanto, la existencia o no de responsabilidad.¹²

Así, podríamos concluir que la doctrina sí hace una distinción relevante, con relación a los elementos que componen la institución de la fuerza mayor, como lo es la irresistibilidad y la externidad. Y en este caso particular, materia de estudio sobre la obligación de no pago frente a una situación de fuerza mayor acaecida por el Covid 19 se puede entender que si se configuran los elementos para su existencia, específicamente por haber sido un hecho irresistible e imprevisible.

Este es el caso de los servicios en general. Siendo un caso de afectación externa, no sujeto a control por parte de la administración pública el contener una pandemia. Estos hechos provocados por la pandemia discutiblemente podrían ser atribuibles al cien por ciento al Estado, y menos a las empresas de servicios públicos, quienes han sido por lo general por órdenes ejecutivas de estado de emergencia o de excepción sujetas a control sobre esta externalidad.

12 Francisco López Menudo. Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. un paso adelante en la definición del sistema. *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, 1999, (36), 11-44.

Aquí yacen diferencias que, en el caso fortuito se refieren en palabras de López Menudo, tienen una indeterminación, así como interioridad, por lo tanto, se entiende que son elementos desconocidos. Y tiene también que ver con el evento que se produce como responsabilidad de una organización determinada, lo cual en el caso de la provisión de servicios básicos no es responsabilidad atribuible una pandemia a una empresa (pública o privada) de provisión de servicios básicos, mas, si lo es la provisión constante de los servicios de manera ininterrumpida manteniendo la calidad de estos. Que, en el caso de que, a causa de la pandemia, siendo un hecho imprevisible, pero para la provisión de servicios no irresistible, tendría como causa imputable a las empresas el precautelar bajo estándares de bioseguridad un servicio que está garantizado como un derecho humano –v. gr. agua y saneamiento-.

1.3. CONCEPTO Y DISTINCIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS, Y SERVICIOS BÁSICOS

Haciendo una primera aproximación a la problemática del incumplimiento de la obligación de pago por parte de los usuarios de los servicios básicos durante la pandemia a causa de la enfermedad del Covid-19, es menester definir qué se entiende por un servicio público, específicamente servicios básicos, los cuales, en varios de los países en Latinoamérica, han sido causa de polémica por decisiones de los gobiernos de turno, en suspender los pagos de estos. En el caso de Ecuador, mediante la publicación oficial de la Ley Orgánica de Apoyo Humanitario en su artículo 5, se estableció que se suspendan los cortes de servicios básicos

(agua, energía eléctrica, internet y telecomunicaciones) por falta de pago durante la vigencia del estado de excepción y hasta sesenta días posteriores a la finalización de este. De igual manera, los valores adeudados durante este periodo serán cobrados en doce cuotas, y, adicionalmente: no tendrán intereses, multas o recargos.

Por otro lado, en Colombia la medida que adoptó dicho gobierno no fue tan drástica, con relación a la ecuatoriana, dado que únicamente se suspendieron los pagos durante la pandemia a los estratos sociales más vulnerables; en el Ecuador fue a toda la población sin distinción alguna de estratos económicos. Además, en Colombia se estableció de manera gratuita la reconexión, reinstalación y prohibición de suspensión de los servicios de acueducto para usuarios residenciales. Como medida final, se dispuso la prohibición de aumento de tarifa de los servicios básicos (acueducto, alcantarillado y gas combustible) y se estableció un periodo de gracia o no pago hasta el 31 de julio de 2020.

Respecto de El Salvador, primero de los países en estudio, en tomar medidas respecto de los servicios básicos, el gobierno dispuso que a partir del 19 de marzo de 2020 los servicios públicos podrán mantenerse impagos por tres meses; y que los mismos serán cobrados en un plazo de hasta dos años. Posterior a esto, el poder legislativo de este país promulgó la Ley Transitoria para diferir el pago de servicios de agua y energía eléctrica, en la cual se impide el corte de estos servicios mientras perdure la pandemia, así como otorga facilidades de pago para los usuarios. Siendo un problema para el financiamiento de las empresas públicas, así como de eficiencia en la provisión de los servicios. El tratadista español Fernando Garrido Falla, en su ensayo so-

bre “El concepto de servicio público español”¹³ hace referencia al concepto desde el derecho francés de *service public*, el cual, como uno de los elementos del Derecho Administrativo, tiene una acepción de obligatoriedad en el cumplimiento del Estado para con sus administrados, una visión menos rígida que la de los países del *common law*. La administración pública tiene como finalidad el servicio al interés general, y estos servicios podrán haberse entendido en los inicios del derecho administrativo como obligaciones con un alcance mayor al que ahora vemos como asociatividad público-privada, vía gestión delegada, alianzas, o coparticipación.

Esto también visto desde cada servicio básico con mayor alcance, como podría entenderse el de la provisión del internet. Sin embargo, mantenemos una visión más conservadora de servicios que son absolutamente necesarios para la subsistencia humana, como lo es el de agua potable, saneamiento y luz eléctrica. Garrido Falla define finalmente sus repercusiones sobre la potestad regulatoria como facultad que delimita el ámbito de actuación público del privado:

Las consecuencias prácticas que en el Derecho administrativo francés ha tenido esta concepción son bien conocidas. A partir del arrêt Blanco, del Tribunal de Conflictos en 1873, el Servicio Público se convierte también en el criterio de delimitación entre la jurisdicción administrativa y la jurisdicción ordinaria en materia de responsabilidad patrimonial.¹⁴

13 Fernando Garrido Falla, El concepto de servicio público en Derecho español. *Revista de administración pública*, (135), 1994. p.7-36.

14 Idem.

1.4. DEFINICIÓN DE SERVICIOS BÁSICOS

Dentro de las actuales definiciones de servicios básicos, tenemos a la del doctrinario Hariou, que afirma: “un servicio técnico prestado al público de una manera regular y continua para la satisfacción de una necesidad pública y por una organización pública”.¹⁵ A partir de esta definición adoptada por la doctrina, se puede concluir que los servicios básicos como lo define Hariou busca siempre satisfacer una necesidad pública, siempre dirigida a los administrados. Servicios que deben ser provistos de manera ininterrumpida, y que deben ser atados para cubrir las necesidades básicas insatisfechas. Adicionalmente, Juan Carlos Cassagne delimita el campo de actuación del Estado frente a la provisión de servicios públicos:

[E]n tres sentidos, al circunscribirse, en primer lugar, a las actividades que resultan primordiales o esenciales para la satisfacción de las necesidades de la comunidad que no resulta posible llevar a cabo mediante un régimen de libre competencia. Estas actividades económicas deben ser gestadas por los particulares. No es función del Estado perseguir el lucro ni crear la riqueza (...).¹⁶

Sosteniendo esta definición aun en la doctrina más contemporánea, como lo es su análisis más progresista en la Unión Europea, Ángel Ballesteros Fernández, hace mención en su artículo “Los servicios públicos locales: servicios mínimos, servicios

¹⁵ *Précis de droit administratif et de droit public*, Sirey, París, 9ª ed., 1919

¹⁶ Juan Carlos Cassagne. El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (Hacia una nueva concepción). *Revista de administración pública*, (140), 1996. p. 109.

reservados, actuaciones económicas, servicios económicos de interés general y servicio universal” a varias definiciones más modernas sobre lo que refiere un servicio público, y coincidiendo en la todavía válida definición de Gaspar Ariño “Servicio público es aquella actividad administrativa del Estado o de otra Administración pública, de prestación positiva, con la cual, mediante un procedimiento de derecho público, se asegura la ejecución regular y continua, por organización pública o por delegación, de un servicio técnico indispensable para la vida social”.¹⁷ Manteniendo como elementos esenciales la prestación en la actividad administrativa, el concepto de titularidad sobre la actividad prestacional, y que encuentre su prestación dentro de un marco de derecho público, por definición una regulación distinta con elementos especiales, frente a provisiones de servicios en el derecho privado.

Si bien existe uniformidad en los criterios dentro de la doctrina de los juristas en la rama de derecho administrativo, sobre la base de que los servicios esenciales deben ser garantizados en su provisión por el Estado, cada vez existe mayor influencia en la economía mundial por la delegación de servicios esenciales, y no esenciales. Sin embargo, al ser garantías muchas veces provistas en las constituciones de los diferentes países, se debe asegurar la provisión de dichos servicios esenciales; generando un análisis un tanto diferente sobre el cumplimiento de las obligaciones con el Estado, frente a uno de provisión de carácter comercial. Al ser un deber esencial, no significa que este no deba ser pagado, sin embargo, en situaciones de excepcionalidad, el Estado no po-

17 Ángel Ballesteros Fernández, “Los servicios públicos locales: servicios mínimos, servicios reservados, actuaciones económicas, servicios económicos de interés general y servicio universal.” *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, 2003. P. 89.

dría en principio –al garantizar a sus ciudadanos el derecho al agua, por ejemplo- realizar cortes de servicio mientras dure una situación de excepcionalidad, como lo es la pandemia a causa del Covid-19.

1.5 APLICABILIDAD A CASOS CONCRETO DENTRO DE LOS ESTADOS DE EXCEPCIÓN DURANTE LA PANDEMIA DEL COVID-19. CASOS ANÁLOGOS, ECUADOR, COLOMBIA Y EL SALVADOR

Frente a los casos de no pago en un contrato comercial –entendido que el contrato es con un privado y no el Estado- por la provisión de servicios básicos, no se debe malinterpretar el principio de irresistibilidad o el de imprevisibilidad por el de la ausencia de culpa del deudor frente a una obligación de carácter contractual. Esto no significa en palabras del autor Carlos Pizarro que “[L]a culpa del deudor que no tiene un vínculo con el daño no impide la exoneración por fuerza mayor”. Hace referencia el mismo autor a un elemento sustancial sobre el origen de la causa; si es atribuible al deudor la fuerza mayor no tendría per se un carácter como lo llama él: “liberatorio.”

En el Ecuador, los servicios básicos están provistos como un deber del Estado en sus artículos 264, 277, 313, y 314. Además, se le otorga una categorización especial bajo el régimen de gobiernos autónomos (municipios, prefecturas y gobiernos parroquiales), con base en el código que las regula (Código Orgánico de Organización Territorial, Autonomía y Descentralización -COOTAD-). Existe normativa específica para el provisionamiento del agua como lo es la Ley Orgánica de Recursos Hídricos, Usos y Aprovechamiento del Agua: artículo 35 literal d que

establece que “d) La prestación de los servicios de agua potable, riego y drenaje deberá regirse por los principios de obligatoriedad, generalidad, uniformidad, eficiencia, responsabilidad, universalidad, accesibilidad, regularidad, continuidad y calidad; y, [...]”. Siendo un derecho universal y sobre el cual debe el Estado ecuatoriano garantizar su aprovisionamiento bajo el principio de obligatoriedad y accesibilidad a todos sus ciudadanos.

Por otra parte, Colombia, también recoge en su constitución¹⁸ la obligatoriedad de prestación de servicios públicos, así como la calidad de garantizar su aprovisionamiento a los ciudadanos. Si bien la legislación, dentro de la búsqueda realizada comparada en las diferentes legislaciones no prevé situaciones de excepcionalidad frente al no pago de aprovisionamiento de servicios básicos, debemos entender que existe un análisis más profundo que debe ser realizado.

Esto es, el garantizar el aprovisionamiento, no significa dejar de pagar o subvencionar al cien por cien los pagos que los usuarios adeuden. Si bien, existen subsidios, salvo países en regímenes absolutamente socialistas la provisión de los servicios públicos no es una obligación prestacional a título gratuito por parte del Estado. Es su obligación mantener la provisión más no su gratuidad. En Colombia, también existe la ley 142/1994¹⁹ que regula los servicios públicos, así como una serie de decretos legislativos y ejecutivos sobre la excepcionalidad de pagos en los servicios básicos, incluyendo los decretos 819 de 4 de junio de 2020, así como reiteradas actuaciones del gobierno de turno con relación a reconexiones gratuitas de provisión de agua, congelamiento en tarifas de agua y alcantarillado, así como suspensión

18 Constitución de Colombia, 1991. Cuenta con un capítulo entero - capítulo V - de la finalidad social del estado y de los servicios públicos.

19 Decreto ley 142/1994, República de Colombia, 1994

en el cobro de aranceles en la potabilización del agua.²⁰

En El Salvador existe también un marco normativo con base en lo preceptuado en su Constitución, y en lo esencial establece lo siguiente:

Corresponde al Estado prestar por sí o por medio de instituciones oficiales autónomas, los servicios de correos y telecomunicaciones. Podrá tomar a su cargo otros servicios públicos, cuando los intereses sociales así lo exijan, prestándolos directamente o por medio de las mencionadas en situaciones o de los municipios. También le corresponde regular y vigilar los servicios públicos prestados por empresas privadas y la aprobación de sus tarifas, excepto las que se establezcan de conformidad con tratados o convenios internacionales nacionales, las empresas salvadoreñas de servicios públicos tendrán sus centros de trabajo y bases de operaciones en El Salvador.²¹

Esto refleja un carácter estatista respecto a la provisión de los servicios públicos, sobre la base de los servicios de correos, como los de telecomunicaciones, los mismos que vemos de difícil aplicabilidad estricta al tenor literal de la constitución. Sin embargo, como se ha señalado corresponde a los Estados regular y establecer parámetros dentro de la provisión de servicios básicos. Es así también como se aprobó la Ley Transitoria para diferir el pago de servicios de agua y energía eléctrica en El Salvador mediante

20 Coronavirus Colombia, Acciones tomadas por el gobierno de Colombia, página web oficial del gobierno sobre suspensión y beneficios respecto a servicios públicos. De 18 de mayo a 8 de junio de 2020. Página web consultada el 20 de agosto de 2020, <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/acciones/acciones-de-servicios-publicos.html>

21 Constitución de la República de El Salvador, 1983. Artículo 110.

decreto legislativo de 20 de marzo de 2020 No. 601, ley en la cual se estableció la posibilidad de diferir los pagos de servicios básicos de agua, energía eléctrica, telefonía, telecomunicación y cable. En esta ley se prevé la posibilidad de diferir hasta en veinte y cuatro meses, sin multa, recargos, ni intereses por mora. Con ciertas excepciones y rangos para personas naturales como para personas jurídicas. Sin embargo, lejos de lo que se preveía sobre la posibilidad de eximir del cobro de dichos servicios, lo que se prevé después de todo es exclusivamente el diferimiento.

2. NATURALEZA COMERCIAL DEL CONTRATO DE PROVISIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

Un primer elemento para cuestionarse es la naturaleza, una vez definidos los conceptos de fuerza mayor, y de servicio público, es la de ¿si es un contrato de carácter administrativo o uno civil, específicamente de carácter comercial? Para esto Allan-R Brewer Carias define diferentes tipos de contratos administrativos, y en lo esencial como los “[A]ctos jurídicos formados conjuntamente por la intervención de dos o más sujetos de derecho y que establecen entre ellos un vínculo jurídico, configuran lo que se denomina la actividad contractual de la Administración”.²² Dentro de estos tipos de actuaciones contractuales, desagrega entre los contratos entre entidades político-territoriales, los contratos entre entes de derecho público territoriales y no territoriales, los contratos entre personas jurídicas estatales de derecho público y de derecho privado, y con respecto nuestro objeto de estudio los

22 Allan Brewer-Carias, La evolución del concepto de contrato administrativo. *El derecho administrativo en Latinoamérica*, Curso internacional, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 24. 1978. p. 46-48

contratos Administración-Administrados.²³

Al respecto de los contratos señalados entre un vínculo jurídico administración-administrado, existe en esta modalidad no una relación jerárquica de superioridad, si no de carácter sinalagmático imperfecto, bajo la cual existe una sola de las partes que establece las cláusulas del contrato, pero que existen contraprestaciones mutuas ulteriormente. Esto, en los contratos de provisión de servicios, el administrado en algunas ocasiones puede escoger el proveedor de servicios, con la excepcionalidad de los monopolios de servicios, cuando por razones económicas o de carácter estratégico yacen en un proveedor exclusivo estatal. Esta figura ha cambiado sustancialmente con el paso de las últimas décadas, en las cuales se ha visto que la provisión de servicios públicos puede llegar a ser rentable, sin la necesidad si quiera de un subsidio para el consumidor. Esto se debe a que anteriormente, la infraestructura necesaria para la instalación y comercialización de servicios era extremadamente onerosa, y con restricciones para tarifas reales; siendo siempre una obligación por parte del Estado la provisión de servicios esenciales. Sin embargo, ahora resulta este tipo de contratos de servicios en gestiones delegadas, o concesiones de ciertos sectores, los cuales, conllevan a una multiplicidad de opciones a la hora de contratar un servicio determinado, generando no solo rentabilidad, sino también una sana competencia.

Con referencia a la naturaleza económica del contrato, en el caso de la provisión de servicios públicos, de carácter patrimonial, en el cual el ciudadano eroga dinero por una tasa, o por un contrato de provisión de servicios vale notar que es indiferente la naturaleza misma de quien presta el servicio si es público o

23 Idem.

privado. El derecho europeo así lo ha reconocido ampliamente, así el autor Ballesteros Fernández, hace referencia a una serie de casos europeos como refiere a continuación:

Por consiguiente, el Tribunal (STJCE *Hydrotherm Geräbau c/ Compact*. Asunto 170/83, de 12 de julio de 1984) ha afirmado que es indiferente que sea el Estado u otro ente público quien ejerza las actividades de producción, distribución o prestación de servicios, aunque estos establecimientos públicos no gocen de personalidad jurídica separada de la respectiva Administración pública territorial (STJCE *Comisión c/ Italia*. Asunto 118/85, de 16 de junio de 1987). Aunque hay que tener en cuenta que el Tribunal distingue entre aquellos casos en que el Estado ejerce actividades de autoridad y aquellos otros en los que se ejercen actividades de carácter industrial o comercial consistentes en la dación de bienes al mercado. En este sentido, el artículo 45.1 del Tratado establece que «las disposiciones del presente Capítulo no se aplicarán en lo que respecta al Estado miembro interesado, a las actividades que en dicho Estado estén relacionadas, aunque solo sea de manera ocasional, con el ejercicio del poder público».²⁴

En tanto, que no existe una distinción sobre la jerarquía de quien presta los servicios cuando estos son en una relación igualitaria, es indiferente si la producción, distribución o comercialización la hace el Estado o no, y así lo ha venido reconociendo

24 Ángel Ballesteros Fernández, *Los servicios públicos locales: servicios mínimos, servicios reservados, actuaciones económicas, servicios económicos de interés general y servicio universal*. *Revista de estudios de la administración local y autonómica* (2003), p. 95

la doctrina y la jurisprudencia. Por ende, para nuestro análisis se prevé que las obligaciones contractuales, son indiferentes de una entidad pública o privada, por tanto, deben ser cumplidas con base a los contratos de adhesión de comercialización de energía eléctrica, agua potable, saneamiento o cualquier otra, y debe darse cabal cumplimiento en la prestación del servicio como en la contraprestación económica de pago del usuario. Y, excepcionalmente, referir a acuerdos o convenios de pago por situaciones imprevisibles.

3. CONCLUSIÓN

Con base en los elementos esgrimidos se establecen tres conclusiones principales 1) La Fuerza Mayor y/o Caso Fortuito con sus elementos de irresistibilidad, imprevisibilidad, deben ser tratados sobre la base de las obligaciones que tiene el Estado en mantener la provisión de los servicios públicos, especialmente aquellos definidos como esenciales; 2) Los contratos de provisionamiento de servicios públicos, tienen un carácter comercial, pese a que puedan ser provistos por el Estado de manera exclusiva, y con reserva (situación de monopolio), por tanto se debe observar para la exclusión de pago su naturaleza civil, por tanto no cabe una situación de excepcionalidad en el no pago de servicios por parte de los usuarios; 3) Como conclusión sustancial, los pagos deben ser realizados sin importar la causa imputable y reconocida en varias legislaciones en situaciones de excepcionalidad, como lo es la provocada por la enfermedad del coronavirus; sin embargo, es potestad en situación de excepcionalidad de los Estados exigir y por ser los reguladores en provisión de servicios esenciales su

diferimiento, inclusive sobre moras causadas por un pago con retraso.

Existen así obligaciones de carácter mercantil, con base en el precepto de servicios que, si bien son esenciales, no pueden ser desconectados en una situación irresistible e imprevisible, como es la pandemia del Covid-19, y por tanto configurándose la excepcionalidad de la fuerza mayor. Esto, sobre la suspensión en los pagos, incluyendo su moratoria, sin recargos administrativo ni intereses; mas no sobre la exoneración en los pagos. Se ha previsto así una posibilidad de pago diferenciado por estratos o en cuotas para varios segmentos de la ciudadanía, incluyendo personas jurídicas, y, aun teniendo el Estado reserva para una serie de servicios no existiría la posibilidad de eximir en un contrato comercial sin que pueda ser observado por las autoridades competentes en cada legislación específica. Asunto que debe ser tomado en cuenta a fin de prevenir actuaciones erróneas por parte de los Estados.

BIBLIOGRAFÍA

- Bolaños, J. J. (2010). Caso fortuito y fuerza mayor. Diferencia conceptual. *Revista de ciencias jurídicas*, (123). P.78
- Brewer-Carias, Allan. La evolución del concepto de contrato administrativo. *El Derecho Administrativo en Latinoamérica*, Curso internacional, Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario, Bogotá, 24. 1978.
- Cassagne, Juan Carlos. El resurgimiento del servicio público y su adaptación en los sistemas de economía de mercado (Hacia una nueva concepción). *Revista de administración pública*, (140), 1996
- Código Civil de la República de Colombia, 1887.
- Código Civil de la República del Ecuador, 1857.
- Código Civil Chileno. 1856.
- Código Civil de la República de El Salvador, 1860.
- Constitución de la República de Colombia, 1991.
- Constitución de la República del Ecuador, 2008.
- Constitución de la República de El Salvador, 1983.
- Coronavirus Colombia, Acciones tomadas por el gobierno de Colombia, página web oficial del gobierno sobre suspensión y beneficios respecto a servicios públicos. De 18 de mayo a 8 de junio de 2020. Página web consultada el 20 de agosto de 2020, <https://coronaviruscolombia.gov.co/Covid19/acciones/acciones-de-servicios-publicos.html>
- Decreto ley 142/1994, República de Colombia, 1994
- Digital Policy, Noticias reforma ley de apoyo humanitario. Página web consultada el 29 de agosto de 2020, <https://digitalpolicylaw.com/ecuador-lenin-moreno-veta-parcialmente-la-ley-humanitaria-y-da-facilidades-de-pago-a-servicios-de-telecomunicaciones/>

- Fernández, Ángel Ballesteros. Los servicios públicos locales: servicios mínimos, servicios reservados, actuaciones económicas, servicios económicos de interés general y servicio universal.” *Revista de estudios de la administración local y autonómica*, 2003
- Garrido Falla, Fernando. El concepto de servicio público en Derecho español. *Revista de administración pública*, (135), 1994.
- Précis de droit administratif et de droit public, Sirey, París, 9ª ed., 1919
- Plan de Respuesta y Alivio Económico ante la Emergencia Nacional contra el Covid-19. Consultado el 20 de marzo de 2020, <https://www.iagua.es/noticias/europa-press/salvador-suspende-pago-agua-y-electricidad-coronavirus>
- Ley de Apoyo Humanitario, publicada en el Registro Oficial suplemento 229, de 22 de julio de 2020, Ecuador.
- Menudo, Francisco López. Responsabilidad administrativa y exclusión de los riesgos del progreso. un paso adelante en la definición del sistema. *Administración de Andalucía: revista andaluza de administración pública*, 1999, (36)
- República de Colombia, decreto ejecutivo N° 819 de 4 de junio de 2020

EVOLUCIÓN DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES, PERSPECTIVA EUROPEA E INTERAMERICANA

Daniel Humberto Núñez Valadez*

1.1 ANTECEDENTES DEL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

El derecho a la protección de datos personales encuentra su antecedente más remoto en las aportaciones realizadas por los abogados estadounidenses Samuel Warren y Louis Brandeis, quienes en su publicación *The Right to Privacy*, de 1890, proponen una visión centrada en la idea de que cada individuo debe tener una protección completa de su persona y de su propiedad como un principio del derecho común, pero que tiene que estar en continua redefinición para fijar los límites de su protección.

Los abogados Warren y Brandeis determinaron que a partir del derecho general de la personalidad se desprende el derecho a ser “dejado solo” o “privacy”, de tal manera que fijaron la necesidad de demarcar un principio que pudiera proteger la vida privada del individuo frente a la invasión a causa de modernos mecanismos de interceptación o grabación que amenazaran con la difusión indiscriminada de información privada (Warren D., 1890).

* Licenciado en Derecho por la UABC, egresado de la XX Generación (2018-2019) del Programa Educativo de Posgrado de la Especialidad en Derecho de la Facultad de Derecho Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California. Profesor de la materia Evolución de los Sistemas Jurídicos Contemporáneos en la Facultad de Derecho Mexicali de la UABC.

En este sentido, a finales de 1960 comenzó un proceso por el cual diversas naciones a lo largo de Europa decidieron formular ordenamientos con los más altos estándares en materia de privacidad, con el objeto de garantizar el respeto a la vida privada, la intimidad y que precisarán lo relativo a la protección de datos personales tanto en el ámbito público como en el privado.

Se debe destacar la sentencia de 1983 emitida por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, mediante esta resolución el tribunal alemán determina que la protección del individuo contra la recogida, almacenamiento, utilización y difusión de sus datos se encontraba inmersa dentro del derecho de personalidad (STC-FA 15 de diciembre, 1983), por lo que a través de este derecho se buscaría combatir el amago a la personalidad con motivo del censo, bajo los mismos términos el tribunal alemán manifestó que las limitaciones que pudiese llegar a tener este derecho al que llamó “autodeterminación informativa” solo procederían si dicha limitación atendiese a un interés superior y por ello, se necesitara de una facultad expresa en el máximo ordenamiento jurídico, es decir, la constitución.

En este contexto, el tribunal alemán robustece el derecho a la autodeterminación informativa haciendo énfasis en los principios de finalidad, secreto estadístico, anonimato de los datos recolectados y el de proporcionalidad (Remolina, 2015) aludiendo a que estos deben regir las relaciones con motivo de la obtención de datos personales, fijando los límites de ejercicio del derecho a la protección de datos personales, por ejemplo el principio de finalidad de la información personal cuenta con la excepción del secreto estadístico.

La conceptualización del derecho a la autodeterminación informativa es uno de los legados más importantes del tribunal ale-

mán que lo define como: la facultad de las personas de decidir cuándo y dentro de que límites son públicos los asuntos de la vida personal, así como controlar lo que sucede con sus datos personales, (STCFA 15 de diciembre , 1983), el desarrollo de este concepto es un primer paso para lograr desvincularlo del derecho a la privacidad en tanto que el derecho a la protección de datos personales permite la disposición de los datos y las medidas para hacerlos efectivos, en este sentido, Remolina afirma: “que se han reconocido diversidad de expresiones para hacer alusión al mismo derecho de diferente manera”. (Remolina, 2015).

La decisión de tribunal alemán constituye el inicio de una serie de importantes instrumentos internacionales desarrollados durante los años sesenta los cuales por su amplitud no serán abordados en el presente trabajo, de esta manera cuando los datos personales comenzaron a cobrar una relevancia sin precedentes, se hizo deseable establecer reglas para su protección y regulación. Aunque existía la posibilidad de establecer reglas específicas para la tutela efectiva de la información personal, se consideró que este derecho ya se encontraba regulado mediante la figura de la intimidad, así la intimidad se constituyó como el primer medio de protección de la información personal. (Ruiz E. , 2014).

1.2 EL DERECHO A LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES

La protección de datos de carácter personal es un derecho humano que representa el control de nuestra información personal, surge como consecuencia al desarrollo de la tecnología y por oposición al libre flujo de información; la dignidad del individuo, al igual que su intimidad y su honor deben ser resguardados de los usos

indebidos de sus datos personales contenidos en bancos de datos, tanto de carácter público como privado. (Richtler, 2015).

A pesar de que existió una conexión inexorable entre privacidad y protección de datos personales, hoy podemos distinguirlos de la siguiente manera, la primera “implica no comunicar a los demás lo que compete únicamente a los individuos” (Ackerman, 2008), puede resumirse en el “derecho a ser dejado solo” y con ello evitar injerencia de terceros en la vida personal. (Magallanes, 2016). En contraste, el derecho de protección de datos personales implica tener el control de la información personal y contar con mecanismos que nos permitan reivindicar tal información a su legítimo dueño.

Así, la protección de datos personales consiste en “la facultad de control de la información personal sobre su uso y destino, con el propósito de impedir que su circulación lesione los derechos de las personas”, (Garrido, 2015) y tutela cualquier información que refiere a una persona física que pueda ser identificada a través de estos y que pueden expresarse de manera numérica, alfabética, gráfica, fotográfica, acústica, o de cualquier otro tipo (Zúñiga, 2018), como ejemplo de ello tenemos el nombre, apellidos, el estado civil, domicilio, número de teléfono y en una categoría especial podemos adelantar el tipo de sangre, la preferencia sexual, entre otros.

Además de lo anterior, existe otro elemento a considerar cuando hablamos del alcance del derecho a la protección de datos personales y este es el aviso de privacidad el cual “es un documento físico, electrónico o en cualquier otro formato (por ejemplo, sonoro), a través del cual el responsable informa al titular sobre la existencia y características principales del tratamiento al que serán sometidos sus datos personales”. (Hidalgo, 2018).

Este documento debe contener la manera en que el titular de la información podrá ejercitar los mecanismos antes expuestos, sea a través de medios electrónicos o bien, directamente en las oficinas del responsable de realizar el tratamiento.

El derecho a la protección de datos personales no se garantiza con un simple no hacer por parte del Estado, ese no hacer implica que el Estado no impida el ejercicio de acceso, rectificación, cancelación u oposición de datos personales (Hidalgo, 2018), además de tutelar el derecho de protección de datos personales a través del órgano correspondiente de tutelar el efectivo ejercicio del derecho protección de datos.

1.2.1 *LA PROTECCIÓN DE DATOS EN EL SISTEMA EUROPEO*

La implementación del derecho a la protección de datos personales debe atender a los principios de interdependencia, universalidad, progresividad e indivisibilidad (Ruiz V. , 2007), sin embargo la configuración de este derecho es distinta en los diferentes sistemas jurídicos existentes en el mundo.

Como ha quedado precisado el origen de este derecho surge en el continente de Europa donde ha cobrado una relevancia sin precedentes en el sistema europeo esta protección se materializa por primera vez en todo el continente europeo debido a la adopción en 1981 del Convenio para la protección de las personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal conocido también como Convenio 108 por parte del Consejo de Europa.

El ejercicio de este derecho se hace efectivo a través del ejercicio de los denominados derechos ARCO, es decir, acceso, recti-

ficación, cancelación y oposición de datos personales; el primero de ellos implica que el titular de los datos puede en todo momento conocer qué información personal posee un determinado ente público o privado.

El alcance de este derecho estriba en “proteger de los abusos, excesos y arbitrariedades que con el mal uso de la información pudieran lesionar los derechos de la personalidad, como otros derechos constitucionales motivados por una información tergiversada, falsa o discriminatoria que conste en un registro o banco de datos” (Richtler, 2015).

El segundo supone que nadie mejor que el titular sabe si sus datos han sido alterados o se encuentran plasmados de manera incorrecta en una base de datos cualquiera, por ello mediante la rectificación se solicita al responsable del tratamiento actualizar los registros con la información personal correcta o más reciente.

Por lo que hace al derecho de cancelación este implica que el titular solicita dar de baja de sus datos personales contenidos en la base de datos de cualquier ente, siempre que no existan obligaciones que exijan retener la información durante un periodo determinado. En cuanto al derecho de oposición, este implica dos escenarios; en el primero de ellos el particular ha otorgado su consentimiento para que su información se utilice para determinados fines y el responsable del tratamiento los utiliza para un fin no consentido por el titular, por tanto, procede que este último se oponga a la utilización de sus datos; en el segundo escenario, el particular no otorgó su consentimiento en ningún momento por tanto puede oponerse a la utilización de los mismos e inclusive.

Además de estos cuatro mecanismos para ejercer el derecho a la protección de datos personales, el sistema europeo contempla la *portabilidad* que tiene lugar cuando el tratamiento se base en

el consentimiento o en un contrato, el interesado también puede pedir que se le devuelvan sus datos personales o se transmitan a otra empresa estos datos deberán facilitarse en un formato utilizado habitualmente y de lectura automática.

Aunado a lo anterior, en determinadas circunstancias, una persona puede solicitar al responsable del tratamiento que suprima sus datos personales y con ello dar origen al denominado *derecho al olvido*, por ejemplo, si los datos ya no son necesarios para cumplir la finalidad del tratamiento. Sin embargo, el responsable del tratamiento no tiene la obligación de hacerlo si:

- El tratamiento es necesario para respetar la libertad de expresión y de información
- Deben conservarse los datos personales para cumplir una obligación legal
- Existen otras razones de interés público para almacenar los datos personales, como de salud pública o con fines de investigación científica e histórica
- Deben conservarse los datos personales para emprender una acción legal.

De la misma manera, los titulares tienen derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en un tratamiento automatizado. No obstante, hay algunas excepciones a esta regla, como en los casos en que se haya dado un consentimiento explícito a la decisión automatizada.

El sistema europeo se ha caracterizado por tener un corte garantista con el objeto de proteger en todo momento el derecho a la protección de datos personales configurando una protección por *default*, en la cual los datos personales son privados por regla

general y su divulgación obedece a supuestos de excepción contemplados en el convenio 108 y los demás dispositivos locales en la materia.

Lo anterior se puede afirmar al analizar la sentencia emitida por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, de *Google Spain* contra Mario Costeja. En marzo de 2010, el señor Costeja González presentó ante la Agencia Española de Protección de Datos (AEPD) una reclamación en contra del diario *La Vanguardia Ediciones S. L.*, *Google Spain* y *Google Inc.*, por no haber atendido sus derechos de oposición al tratamiento de sus datos y de cancelación respecto de dos enlaces que aparecían al introducir su nombre y apellido en el motor de búsqueda de dicha empresa.

Los enlaces de referencia conducían hacia dos páginas del periódico *La Vanguardia*, publicadas en 1998, en las que aparecía un anuncio de una subasta de inmuebles relacionada con un embargo por deudas de la seguridad social. Los inmuebles se encontraban especificados no solo por su ubicación, sino también por el nombre de los propietarios a quienes se les habían embargado, entre los que se encontraban el señor Costeja y su esposa.

Por lo que hace al ámbito de aplicación material de la Directiva 95/46/CE (legislación utilizada para el tratamiento de datos personales), una primera cuestión consistió en determinar si la actividad de los motores de búsqueda, como proveedores de contenidos (mas no generadores), que localizan, indexan, y ponen a disposición de los internautas de forma indefinida, información que contiene datos personales, puede ser considerada “tratamiento de datos personales”.

En este sentido, el Tribunal consideró que efectivamente las actividades que se realizaron por parte del motor de búsqueda constituyeron un tratamiento de datos personales, en consecuencia, si bien la información indexada tuvo un origen lícito, con

el tiempo puede devenir incompatible con la Directiva. En ese sentido, el Tribunal considera que la información relativa al señor Costeja “es inadecuada, no es pertinente, o ya no lo es, o es excesiva en relación con los fines del tratamiento en cuestión realizado por el motor de búsqueda, la información y los vínculos de dicha lista de que se trate”, por tanto, se dictaminó que estos deberían eliminarse. (Sentencia del Tribunal de Justicia, 2014).

Teniendo en cuenta la necesidad de garantizar el derecho a la protección de datos personales, el Consejo de Europa decide actualizar las disposiciones en la materia al asegurar que el Convenio 108 siga desempeñando un papel preponderante en la protección de los individuos respecto al tratamiento de datos personales, por ello adopta el Protocolo que modifica el Convenio para la protección de las personas con respecto al procesamiento automático de datos personales, mejor conocido como el Convenio 108+, el cual se abrió para firma el 10 de octubre del 2018 en Estrasburgo (Consejo de Europa, 2020).

La importancia del Convenio 108+ radica en su intención de mantenerse vigente frente a los nuevos retos que presenta el siglo XXI, así como proporcionar una visión más clara respecto de los sujetos regulados y la manera en que han de cumplir con las obligaciones que se desprenden del flujo de información de carácter personal.

1.2.2. LA PROTECCIÓN DE DATOS PERSONALES EN EL SISTEMA INTERAMERICANO

El sistema europeo posee especiales características que permiten una legislación un tanto homogénea por la conformación de la Unión Europea, sin embargo, el sistema interamericano cuenta

con regulación en la materia que será contrastada en el presente apartado, para ello debemos considerar el surgimiento posterior de esta regulación en contraste con el sistema europeo.

En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, el derecho a la privacidad se encuentra regulado en el artículo V de la “Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre” adoptada el 30 de abril de 1948, el cual dispone:

Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra los ataques abusivos a su honra, a su reputación y a su vida privada y familiar”. El artículo IX de dicha Declaración que establece: “Que toda persona tiene derecho a la inviolabilidad de su domicilio

Por otra parte, el artículo X de la declaración dispone: “Que toda persona tiene derecho a la inviolabilidad y circulación de su correspondencia”. El artículo 11 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o “Pacto de San José” de 22 de noviembre de 1969, establece:

- Toda persona tiene derecho al respeto de su honra y al reconocimiento de su dignidad;
- Nadie puede ser objeto de injerencias arbitrarias o abusivas en su vida privada, en la de su familia, en su domicilio o correspondencia, ni de ataques ilegales a su honra o reputación; y,
- Toda persona tiene derecho a la protección de la ley contra esas injerencias o esos ataques;

Con motivo de establecer un “marco armonizado” que sirviera de referencia para las iniciativas de regulación dentro de los

países miembros en materia de protección de datos surgen las Directrices para la Armonización de la Protección de Datos en la Comunidad Iberoamericana (en adelante Directrices Iberoamericanas), adoptadas en el V Encuentro de Protección de datos llevado a cabo en Lisboa (Red Iberoamericana de protección de datos, 2020)

Las Directrices Iberoamericanas son criterios orientadores creados para formular una Ley nacional de protección de datos, establecen mínimos indispensables que debería regular esta ley, como el ámbito de aplicación, principios en materia de protección de datos, en qué caso puede haber tratamiento de datos, entre otros.

De esta manera, las directrices disponen que los mecanismos para hacer efectivo el derecho a la protección de datos personales serán 4 los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición por medio de estos mecanismos el titular de la información personal podrá:

1. Recabar del responsable del tratamiento confirmación de la existencia o inexistencia del tratamiento de datos que le conciernen, así como información por lo menos de los fines de dichos tratamientos, las categorías de datos a que se refieran y los destinatarios o las categorías de destinatarios a quienes se comuniquen dichos datos;
2. Recabar del responsable del tratamiento información, en forma inteligible, de los datos objeto de los tratamientos, así como toda la información disponible sobre el origen de los datos;
3. Exigir, en su caso, la rectificación o cancelación de los

datos que pudieran resultar incompletos, inexactos, inadecuados o excesivos, con arreglo a lo previsto en las presentes directrices;

4. Exigir que se notifique a los terceros a quienes se hayan comunicado los datos de toda rectificación o cancelación efectuado conforme al párrafo anterior; y,
5. Oponerse, previa petición y sin gastos, al tratamiento de los datos de carácter personal que le conciernan respecto de los cuales el responsable vaya a llevar a cabo un tratamiento para actividades vinculadas con la publicidad y la prospección comercial.

De esta manera podemos advertir disposiciones similares en los sistemas europeo e interamericano, sin embargo, cabe resaltar en el sistema europeo la existencia del derecho al olvido y la portabilidad de los datos personales, sin embargo, algunos países en Latinoamérica contemplan este derecho en su legislación interna tal es el caso de México. (Congreso de la Unión, 2010)

Otra característica que podemos contrastar es el carácter coercitivo del convenio 108 para los países miembros mientras que las directrices por su propia naturaleza se posicionan como guías orientadoras, sin embargo, en convergencia con el resto de los instrumentos internacionales serán competencia de la interpretación de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Al respecto la Corte Interamericana ha generado jurisprudencia respecto a la vida privada en casos como *Escher y otros Vs. Brasil* de 2009, los hechos de este caso se producen en un contexto de conflicto social relacionado con la reforma agraria en varios estados de Brasil. Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral y Celso Aghinoni eran

membros de dos organizaciones sociales, ADECON y COANA. La primera tenía como objetivo el desarrollo comunitario y la integración de sus asociados a través de actividades culturales, deportivas y económicas, mientras que la segunda buscaba integrar a los agricultores en la promoción de las actividades económicas comunes y en la venta de los productos.

Miembros de la policía presentaron a una autoridad judicial una solicitud de interceptación y monitoreo de una línea telefónica, instalada en la sede de COANA, en tanto presumían que en dicho lugar se estarían realizando prácticas delictivas. La solicitud fue otorgada de manera expedita.

Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral y Celso Aghinoni interpusieron una serie de recursos judiciales a nivel nacional para que destruyesen las cintas grabadas. Sin embargo, las solicitudes fueron rechazadas por las autoridades judiciales de Brasil.

Por lo anterior, el análisis de fondo que nutre el derecho a la protección de datos personales se concentra en el artículo 11 de la Convención el cual prohíbe toda injerencia arbitraria o abusiva en la vida privada de las personas, enunciando diversos ámbitos de la misma como la vida privada de sus familias, sus domicilios o sus correspondencias. En ese sentido, la Corte ha sostenido que “el ámbito de la privacidad se caracteriza por quedar exento e inmune a las invasiones o agresiones abusivas o arbitrarias por parte de terceros o de la autoridad pública” (Caso Escher y Otros vs. Brasil, Sentencia de Fondo (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 2000).

De esta manera, la corte dispuso que, aunque las conversaciones telefónicas no se encuentran expresamente previstas en el artículo 11 de la Convención, se trata de una forma de comunica-

ción incluida dentro del ámbito de protección de la vida privada. De ese modo, el artículo 11 se aplica a las conversaciones telefónicas independientemente de su contenido e incluso, puede comprender tanto las operaciones técnicas dirigidas a registrar ese contenido, mediante su grabación y escucha, como cualquier otro elemento del proceso comunicativo mismo, por ejemplo, el destino de las llamadas que salen o el origen de las que ingresan, la identidad de los interlocutores, la frecuencia, hora y duración de las llamadas, aspectos que pueden ser constatados sin necesidad de registrar el contenido de la llamada mediante la grabación de las conversaciones. (Caso Escher y Otros vs. Brasil, Sentencia de Fondo (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas), 2000)

En resumen, la corte concluyó que el Estado de Brasil violó el derecho a la vida privada reconocido en el artículo 11 de la Convención Americana, en relación con la obligación consagrada en el artículo 1.1 del mismo tratado, en perjuicio de Arlei José Escher, Dalton Luciano de Vargas, Delfino José Becker, Pedro Alves Cabral y Celso Aghinoni.

1.3 CONCLUSIONES

Sin duda ambos sistemas presentan un desarrollo notable en la implementación y garantía del derecho a la protección de datos personales, aunque se advierte una amplitud mayor en el sistema europeo con la existencia de las instituciones en la materia y los fallos de sus tribunales que logran alcances incluso más allá de las fronteras.

Por otra parte, sin menoscabar los esfuerzos realizados por los ordenamientos jurídicos existentes existe un gran número de si-

tuaciones que violentan el derecho a la protección de datos personales y ello se debe principalmente a la globalización que genera modelos de negocios basados en el tratamiento de la información personal.

Lo anterior ha generado en el sector privado la continua búsqueda de nuevas formas de captar información personal alrededor del mundo, sin observar necesariamente las normas relativas a la protección de datos personales, ello pone en evidencia la volatilidad de la información personal en diversas plataformas sobre todo digitales en las que los responsables del tratamiento acceden de manera remota a la información personal, sin embargo, esa situación no sucede a la inversa.

En este sentido, los ciberataques y con ello los ciberdelitos, son uno de los principales retos que enfrenta el derecho a la protección de datos personales en este sentido un ciberataque: “se puede realizar desde cualquier parte del mundo, lo que ofrece al ciberdelincuente varias ventajas” (Urueña, 2015). Al analizar estas ventajas podemos indicar lo siguiente: el ciber atacante no se expone físicamente a su víctima ni mucho menos a la posible intervención de las fuerzas de seguridad, dado que su conducta delictiva se realiza a distancia.

Aunado a lo anterior, el delincuente aprovecha el anonimato de sus ciber acciones al ser complicado identificar al atacante; cualquier usuario que tenga un equipo informático y conexión a internet, con unos conocimientos técnicos que están al alcance de cualquiera y con una inversión económica no elevada, puede ejecutar un ciberataque; cualquier ciberataque conlleva un efecto de vulnerabilidad y falta de protección individual. (Pons, 2017).

Entre los delitos tipificados como ciberdelincuencia en gran parte del mundo encontramos: el fraude, el robo, el chantaje y la falsificación. Con las recientes modificaciones legislativas, se

han introducido otros delitos que emplean las tecnologías de la información y la comunicación, tales como el ciberacoso contra la libertad de personas, el descubrimiento y revelación de secretos (también conocido como sextorsión), la interferencia ilegal de información o datos, los delitos contra la propiedad intelectual y los abusos con fines sexuales a través de internet (sextorsión) u otros medios de telecomunicación a menores de edad. (Zúñiga, 2018)

Otro factor relevante en el desarrollo del derecho a la protección de datos personales es el avance de las tecnologías de la información y comunicación, ya que con los dispositivos móviles las direcciones IP o código de identificación del usuario son móviles, lo que complica la ubicación del dispositivo y las detenciones físicas correspondientes, ello aunado al poco desarrollo de las ciber policías o la policía especializada en delitos informáticos, genera realmente un escenario de riesgo para los titulares. (Zúñiga, 2018).

El derecho a la protección de datos personales no se encontrará plenamente desarrollado hasta que los titulares puedan acceder, rectificar, oponerse y cancelar su información en cualquier base de datos física o digital en la que tal información figure. A propósito de lo anterior de acuerdo con Internet World Stats 4 021 mil millones de personas cuentan con acceso a internet (Internet World Stats, 2017), es decir, el 52.95% de la población mundial cuenta con algún dispositivo que le permite tener acceso a internet y con ello las ventajas y riesgos que ello implica.

Finalmente, ante toda la problemática planteada concordamos con Remolina al establecer que en un mundo globalizado la protección de cualquier derecho no depende de las autoridades o de las regulaciones nacionales, sino de las regulaciones de los demás países y lo que pueden hacer las autoridades de los mismos (Remolina, 2015).

REFERENCIAS

- Ackerman, J. (2008). *Más Allá del acceso a la información Transparencia, rendición de cuentas y Estado de Derecho*. México: Siglo XXI Editores.
- Caso Escher y Otros vs. Brasil, Sentencia de Fondo (Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas) (Corte Interamericana de Derechos Humanos 06 de 07 de 2000).
- Congreso de la Unión. (2010). Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados. En *Artículo 57*.
- Consejo de Europa. (08 de 27 de 2020). *Consejo de Europa*. Obtenido de https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/223/signatures?p_auth=-mIYFx2rG
- Garrido, R. (2015). *La seguridad en el tratamiento de datos personales*. Chile: Ciudadanas.
- Hidalgo, I. (2018). *Colección Nuestros Derechos: Derecho a la protección de datos personales*. Ciudad de México.
- Internet World Stats. (2017). Obtenido de <https://www.internetworldstats.com/central.htm>
- Magallanes, V. (2016). Derecho a la protección de datos personales, su diseño contitucional. Obtenido de <https://docs.google.com/viewerng/viewer?url=https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-informacion/articulo/viewFile/10486/12651>
- Pons, V. (2017). Internet, la nueva era del delito: cibercriminología, ciberterrorismo, legislación y ciberseguridad. *Revista Latinoamericana de Estudios de Seguridad*, 20, 80-93.
- Protocol amending Convention for the protection of the indi-

- viduals with regard to the processing of personal data (Council of Europe 10 de Octubre de 2018).
- Red Iberoamericana de protección de datos. (08 de 27 de 2020). *Red Iberoamericana*. Obtenido de <http://www.redipd.es/documentacion/index-ides-idphp>
- Remolina, N. (2015). *Recolección Internacional de Datos personales: Un reto post- internet*. Madrid: Agencia Española de Protección de Datos-Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado.
- Richtler, M. (2015). La Protección de Datos de Carácter Personal como Derecho Humano. *Revista Auctoritas Prudentium*, 18-29.
- Ruiz, E. (2014). *La protección de los Datos Personales en los informes crediticios*. Buenos Aires: Universidad Austral.
- Ruiz, V. (2007). Derechos Humanos Universales. *Claves del Pensamiento*, 155-166.
- Sentencia del Tribunal de Justicia, C-131/12 (13 de Mayo de 2014).
- STCFA 15 de diciembre , vol. IV, núm. 3 (Tribunal Constitucional Federal de Alemania 15 de Diciembre de 1983).
- Urueña, F. (2015). Ciberataques, la mayor amenaza actual.
- Warren D., S. &. (1890). The Right to Privacy. *Harvard Law Review*, pp.193-220.
- Zúñiga, B. (2018). Educación y prevención en materia de protección de datos personales de niños, niñas y adolescentes en internet. 62.

CONTROL Y CONTROLES: DERECHOS HUMANOS

Alfonso Mendoza-Juárez*

I. INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se pretende analizar la manera en que el control ejercido frente a las autoridades públicas se ha ido modificando. Dicho control resulta necesario para evitar actos autoritarios y preservar así el principio “democrático” que caracteriza a los Estados actuales.

Para ello, se debe partir de una postura de respeto y garantía de los derechos humanos. Y, en este sentido, se hará mención de la importancia que juegan los Organismos Constitucionales Autónomos en su protección y la relación que se tiene con la administración pública. Los cuales si bien son ajenos y funcionan como contrapeso, también, actúan de manera coordinada en distintas materias.

II. CONSTITUCIÓN Y CONTROL

La Constitución y el control constitucional son elementos indisolublemente vinculados.¹ Por una parte, siguiendo a Rubio Llo-

* Egresado de la Facultad de Derecho de la UNAM; exbecario del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la misma universidad. Miembro fundador de la Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo; <https://orcid.org/0000-0001-8554-0310>; mendozajuarezalfonso@gmail.com

1 A. Aragón. (2002). *Constitución, democracia y control*. Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. P.81.

rente, una Constitución es entendida como:

un modo de ordenación de la vida social en la que la titularidad de la soberanía corresponde a las generaciones vivas y en el que, por consiguiente, las relaciones entre gobernantes y gobernados están reguladas de tal modo que estas disponen de unos ámbitos reales de libertad que les permiten el control efectivo de los titulares ocasionales del poder.²

En esta noción, como podemos apreciar, se reconoce que existe un control respecto a quienes ejercen el poder. Este “control” tiene sin duda diversas acepciones, no obstante, es posible entenderse como la verificación de la actuación estatal al parámetro de regularidad constitucional y, en caso de ser contraria, la sanción respectiva.

Muchos de estos mecanismos encaminados a buscar un control del poder paulatinamente han sido introducidos en las normas fundamentales y evolucionado de acuerdo con las circunstancias sociales. Basta mencionar la noción de la defensa de la Constitución del profesor Fix Zamudio en la cual los clasifica en mecanismos preventivos y aquellos reparatorios de acuerdo al efecto provocado y a la amplitud de mecanismos existentes.³

El derecho mexicano es nutrido en esta materia, teniendo dos antecedentes importantes; en 1836, con el Supremo Poder Conservador, con una efímera vida, y en 1841, con la creación del juicio de amparo, siendo la institución mexicana más relevante. Otros más han sido establecidos en la Constitución actual desde

2 F. Rubio Llorente. (1993), *El poder*. Madrid: Centro de Estudios y Constitucionales y Políticos. p. 90.

3 H. Fix Zamudio. (1998). *Introducción al estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*. UNAM: México.

1917 (CPEUM) y son a los que prestaremos especial interés.

Uno de los cambios más notables dentro de los últimos años es el parámetro de regularidad constitucional. Previamente solo se acudía a lo establecido en la norma fundamental, dejando al derecho internacional ajeno en muchas ocasiones a la actuación estatal. Durante la segunda mitad del siglo XX comenzó a mirarse el ámbito internacional y, en consecuencia, los organismos internacionales empezaron a tener mayor influencia en el derecho interno, principalmente al referirse a derechos humanos. Por ello, en muchas normas fundamentales se incluye un listado de tratados internacionales con una “supremacía jerárquica”⁴ o bien una remisión indirecta a ellos, reconociendo su importancia, y, también, a las interpretaciones que de ellos emanan.⁵

Lo anterior, ha sido reconocido en la norma constitucional mexicana con la reforma de junio de 2011. En dicha reforma encontramos, también, las obligaciones que tienen todas las autoridades de respetar, proteger, promover y garantizar los derechos humanos (Art. 1, párrafo tercero CPEUM). Este artículo indica que sin importar la naturaleza formal o ser del orden federal, estatal o municipal, deben cumplir con estas obligaciones. Y más adelante, se establecerá por la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) que la actuación estatal deberá ser siempre otorgando la mayor protección a las personas aplicando la norma más favorable, lo que incluye los tratados internacionales y su interpretación, salvo exista restricción expresa en la Constitución.

En el mismo sentido, otra de las formas en que se ha desarrollado un control es a partir de la tradicional idea de la “división de poderes” de Montesquieu, lo cual es reconocido en el artículo

4 Puede verse el artículo 72 de la Constitución de Argentina.

5 Esta circunstancia deriva en una noción con un amplio desarrollo en la materia conocida como *Ius Constitutionale Comune*.

49 de la CPEUM. No obstante, se ha aceptado que el poder no se divide, sino que son las funciones las que se separan con la finalidad de evitar una corrupción en la actuación de quienes detentan temporalmente la soberanía nacional. Esta división implica, entonces, una separación de poderes en el sentido de que “su respectivo ejercicio se deposita en órganos distintos, interdependientes, y cuya conjunta actuación entraña el ejercicio del poder público por parte del Estado”.⁶

Adicionalmente, en los últimos años han surgido instituciones nuevas con funciones especiales, que representan una gran relevancia a la actuación pública. Razón por lo cual se ha vuelto a modificar esta acepción y es necesario estudiarlos a la luz de la administración pública.

III. ORGANISMOS CONSTITUCIONALES AUTÓNOMOS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Siguiendo al profesor Fernández Ruíz, la administración pública se entiende en un aspecto dinámico como la acción del sector público en ejercicio de la función pública administrativa en la cual se dictan y aplican las disposiciones destinadas al cumplimiento y observancia de las leyes en aras del interés público. Mientras tanto, en su aspecto estático viene a ser la estructura integrada por las instituciones depositarias de la función pública.⁷

Por esta razón, la administración pública en comparación a las

6 L. Villanueva Gómez. (2014). La división de poderes: teoría y realidad. Cátedra Nacional de derecho Jorge Carpizo. Reflexiones Constitucionales. III: México. P. 150

7 F. Fernández Ruíz. (2016). *Derecho administrativo*. INHERM-III: México. p. 90.

otras dos ramas tradicionales de la actuación estatal resulta ser más amplia y abarca un extenso número de actividades. Pese a ello, debido a la relevancia de ciertas materias en específico y la necesidad de contar con una estructura sólida para evitar la injerencia de las autoridades surgieron nuevos organismos públicos con una naturaleza peculiar al ser reconocidos directamente en la norma fundamental.

Estos nuevos organismos introducidos en las Constituciones e independientes de las 3 funciones clásicas son considerados, principalmente, como un contrapeso. Son conocidos como Organismos Constitucionales Autónomos (OCA) y el constitucionalismo latinoamericano ha demostrado un particular interés.⁸

En el caso mexicano, tenemos un creciente auge de estos OCA, llegando a considerar el texto constitucional de entre 11 a 13, dependiendo de distintos autores, que han sido incluidos en los últimos 15 años.⁹ Además, muchos de estos encuentran homólogos en las Constituciones locales.

Si bien su primera función es ser un contrapeso, no podemos desconocer que, ocasionalmente, es posible encontrar materias y aspectos donde trabajan de manera colaborativa, tanto entre ellos como con la autoridad ejecutiva, legislativa y judicial.

Para ampliar más, El Banco de México, banco central, que procurará la estabilidad del poder adquisitivo de la moneda na-

8 John Ackerman. (2010). Organismos autónomos y la nueva división de poderes en México y América Latina. Carpizo, Jorge. Homenaje al doctor Emilio Rabasa. Instituto de Investigaciones Jurídicas: México. p.11. SCJN (2017) Órganos Constitucionales Autónomos. Notas Distintivas Y Características. *Seminario Judicial de la Federación* y su Gaceta: México.

9 Fabián Ruíz, J. (2017). Los órganos constitucionales autónomos en México: una visión integradora. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 1(37), 84-120. doi:<http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2017.37.11454>

cional, fortaleciendo con ello la rectoría del desarrollo nacional que corresponde al Estado (Art. 28, CPEUM). Aunque es un contrapeso, también, trabaja de manera coordinada con algunas dependencias como la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHyCP), como es en el caso de la materia cambiaria.¹⁰

Sumado a lo anterior, encontramos a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), *ombudsperson* nacional, cuya finalidad es la de prevenir y proteger los derechos humanos (Art. 102, apartado B). Este Organismo trabaja de manera coordinada con la Secretaría de Gobernación y la Fiscalía General de la República (FGR), encargada de la persecución de los delitos del orden federal (Art.102, apartado A, CPEUM), para la activación del Mecanismo de Protección para Personas Defensoras de Derechos Humanos y Periodistas, de acuerdo con la Ley en la materia.¹¹

Por lo anterior, podemos vislumbrar que habrá situaciones en que de diversas maneras se encuentran implicados en la actuación de otras autoridades trabajando en conjunto para la activación de la maquinaria estatal, a veces como engrane y otras como freno y contrapeso. En consecuencia, resulta de gran interés la manera en que trabajan y las fricciones que pueden llegar a existir en el ámbito de sus interpretaciones.

10 Otro aspecto para resaltar es en materia financiera. El Banco de México y SHyCP (2019) Comunicado. <https://www.banxico.org.mx/publicaciones-y-prensa/miscelaneos/%7B6BF669C1-AD4F-6FED-B16B-651F1D-2F759E%7D.pdf>

11 Ley para la Protección de Defensores de Derechos Humanos y Periodistas.

IV. MECANISMOS DE CONTROL

En el estudio del control del poder encontramos una división que en el presente trabajo es necesario resaltar. El distinguido doctor Diego Valadés menciona que existen dos niveles de acción: auto-controles que el poder se establece y otros que son ejercidos por la ciudadanía.¹²

Siguiendo esta lógica, la autonomía que tienen los OCA, como puede ser la de gestión o presupuestaria, no significa que no se encuentren supeditados al marco normativo existente. Por tanto, deben existir mecanismos de control que regulen su actuación y resuelvan los conflictos que puedan existir con otras autoridades. Pese a ser diversos los estudios relacionados a los OCA, la literatura al respecto poco se ha profundizado en cómo se han ido moldeando sus actuaciones respecto a dichos mecanismos, bien sea ejercido por particulares o en contra de otras autoridades.

No obstante, debido a la amplitud de OCA en la norma fundamental no será posible analizar cada uno. Por lo cual, sólo delinearemos algunos elementos en este tema, principalmente en lo que respecta a los derechos humanos.

A) CONTROL POR LA SOCIEDAD CIVIL

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH) ha mencionado que:

los ciudadanos son ruidosos, se quejan, critican. Los súbditos, por el contrario, obedecen. Aceptan y callan. Están cómodos en el silencio y no cuestionan. No hace falta decir que las democra-

12 D. Valadés. (2000). *El control del poder*. México, 2da ed. Porrúa UNAM. P.3.

cias exigen ciudadanos y ciudadanas militantes: el acceso a la información es una herramienta que se ajusta perfectamente a lo que se espera de los miembros de una sociedad democrática. En sus manos, la información pública sirve para proteger derechos y prevenir abusos de parte del Estado. Es una herramienta que da poder a la sociedad civil y es útil para luchar contra males como la corrupción y el secretismo, que tanto daño hacen a la calidad de la democracia en nuestros países.¹³

Por ello, es importante la inclusión de la sociedad civil en la actuación estatal. En cuanto a un control social podemos mencionar la participación de la sociedad civil en la designación de sus integrantes e incluso la existencia de la sociedad civil en su Junta de Gobierno u órganos colegiados.

En el primer caso, acudimos a una Constitución local. La Constitución de la Ciudad de México contempla un *ombudsperson* local. Su Ley orgánica considera que para la designación de su titular deberá contar con mecanismos de participación ciudadana, la académica, personas defensoras y organizaciones de la sociedad civil (Art. 10, c, 4, Ley Orgánica CDHCDMX).

En el segundo caso, podemos mencionar al *ombudsperson* nacional que dentro de su Consejo Consultivo deberá contar con 10 personas de la sociedad civil con reconocido prestigio (Art. 17, Ley de la CNDH). También, el Instituto Nacional de Acceso a la Información Pública (INAI), organismo garante encargado de la defensa y protección del acceso a la información y de los datos personales (Art. 6, apartado A, CPEUM), cuenta con un Consejo Consultivo que se contará con personas con experiencia en transparencia y derechos humanos, provenientes de la sociedad civil

13 CoIDH (2011). *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano*, OEA, p. IX

y la academia (Art. 47, Ley General de Acceso a la Información Pública).

En materia electoral, el Instituto Nacional Electoral (INE), encargada de la realización de los comicios electorales y de la promoción de una cultura democrática, cuenta con un Consejo General integrado por un Consejero presidente y diez consejeros electorales, también, con voz pero sin voto, consejeros del legislativo y representantes de los partidos políticos (Art. 41, frac. V, apartado A, CPEUM). Esta conformación, por tanto, provee la participación de autoridades y de la ciudadanía de manera indirecta, mediante los partidos políticos, en la toma de decisiones relevantes en materia electoral, que pese a no contar con voto su voz puede escucharse lo cual es un elemento primordial en las democracias actuales.

Mención especial podemos hacer al Sistema Nacional Anticorrupción (SNA) por ser una figura de relevancia constitucional el cual dentro de su funcionamiento considera un Comité de Participación Ciudadana para el desarrollo de sus funciones (Art. 113, frac. I, CPEUM). Esta inclusión resulta significativa, considerando la importancia que genera la corrupción en el efectivo ejercicio de los derechos humanos.¹⁴

Adicionalmente, podemos encontrar mecanismos que pueden ser activados por parte de las personas para combatir los actos de los OCA. Los principales medios de control en contra de actos de carácter administrativo son los recursos de impugnación, también, acudir a los Tribunales contenciosos administrativos y, finalmente, el Juicio de Amparo.

No obstante, debido a su naturaleza las resoluciones de estos

14 CoIDH (2019). *Corrupción y derechos humanos: estándares interamericanos*. OEA.

organismos resultan ser distintos. Para ejemplificar lo anterior, podemos mencionar que la CNDH se encuentra facultada para emitir recomendaciones no vinculatorias que son dirigidas a las autoridades públicas que han cometido alguna violación a los derechos humanos. Sin embargo, la SCJN ha considerado que dichas resoluciones no pueden ser combatidas mediante juicio de amparo por tratarse de naturaleza no obligatoria.¹⁵ Por otra parte, cuando sean resoluciones definitivas que ponen fin al procedimiento de investigación el juicio de amparo sí resulta ser procedente.

Contrario a esta circunstancia, la SCJN ha determinado que las resoluciones del INAI pueden ser combatidas mediante algún mecanismo de control constitucional,¹⁶ al tratarse de particulares puede ser mediante juicio de amparo e incluso juicio de nulidad ante el Tribunal Federal de Justicia Administrativa (TFJA).¹⁷ Por su parte, las resoluciones del INE al tratarse de naturaleza electoral serán impugnadas ante el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (Art. 90 CPEUM).

También, encontramos que de acuerdo con el artículo 108, pá-

15 SCJN (1999) Comisión Nacional de Derechos Humanos. Sus recomendaciones no tienen el carácter de actos de autoridad para efectos del juicio de amparo. *El Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta: México. Véase también el Amparo en Revisión 648-2017.

16 SCJN (2020) Controversia constitucional, 308/2017; (2020) Controversia constitucional, 206/2017; (2020) Controversia constitucional 9/2019; (2020) Controversia constitucional 242/2019; (2020) Controversia constitucional 112/2019.

17 En el caso de particulares se podrá impugnar vía juicio de amparo de acuerdo con el artículo 97 de la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública. Aunque no ha sido explorado de esta manera, es posible considerar al TFJA como un OCA por tener las características de encontrarse en la Constitución, mencionarse su autonomía, su finalidad, su designación y la responsabilidad de sus integrantes.

rrafo primero, 109, fracción III y 113, CPEUM y la Ley General de Responsabilidades Administrativas existen Órganos Internos de Control que conocen de faltas administrativas y establece las sanciones respectivas, las cuales pueden incluir multa, suspensión, destitución o inhabilitación para ocupar cargos públicos. Para la activación de estos procedimientos cualquier persona puede presentar una queja ante ellos y su finalidad es verificar el adecuado cumplimiento de la normativa y evitar, al mismo tiempo, actos de corrupción; lo anterior, por ser parte del SNA.

B) CONTROLES AUTOAPLICATIVOS

El marco jurídico existente debe considerar por sí mismo diversas formas mediante las cuales se logre un control efectivo de las autoridades, autolimitando su actuación. Así mismo, en caso de existir conflictos prever herramientas necesarias para su resolución.

Respecto a estos controles autoaplicativos, encontramos que algunos de estos organismos cuentan con órganos colegiados en la toma de decisiones, siendo la FGR el único OCA unipersonal. Además, la duración en su cargo es temporal. Para la elección de sus miembros encontramos la participación de la autoridad legislativa y ejecutiva, principalmente bajo el formato de ternas y, también, en algunos casos se incluyeron a otros organismos para su designación. En cuanto a los conflictos competenciales, se ha establecido la posibilidad de que sus decisiones puedan ser combatidas ante el máximo tribunal por medio de Controversias Constitucionales o Acciones de Inconstitucionalidad.

Para ampliar más lo anterior, podemos referir que los aspirantes a Comisionados del Instituto Federal de Comunicaciones y de la Comisión Federal de Competencia Económica acreditarán los

requisitos de elegibilidad ante un Comité de Evaluación integrado por los titulares de El Banco de México, del Instituto Nacional de Evaluación Educativa (INEE), del Instituto Nacional de Geografía y Estadística (INEGI) (Art. 28, CPEUM).

En cuanto a otro tipo de injerencias establecidas, los *ombuds-person* se encuentran facultados para conocer quejas por presuntas violaciones de derechos humanos, por tanto, su intervención es controlar la actuación de otras autoridades. No obstante ser un órgano garante de derechos humanos, también, puede ser considerada como autoridad responsable por actos de discriminación, siendo seguida por procesos ante la Comisión Nacional contra la Discriminación (CONAPRED).¹⁸

Con la reforma de 14 de septiembre de 2006, la CNDH adquiere la facultad de presentar acciones de inconstitucionalidad contra normas generales que vulneren derechos humanos que se encuentren en la Constitución, y en 2011 se amplió para considerar los reconocidos en tratados internacionales. A partir de su inclusión y hasta septiembre de 2019 de presentaron un total de 220 demandas.¹⁹ Por ello, representa una importante figura para la protección de estos derechos.

Hay materias en las cuales las autoridades se ven subordinadas a un marco jurídico específico. Por ejemplo, en materia de transparencia se considera a todas las autoridades como sujetos obligados, por tanto, deben hacer pública la información que generan y, adicionalmente, quedan sujetos a las determinaciones del INAI en caso de que un particular solicite información y le sea negada.

¹⁸ <https://www.animalpolitico.com/2019/10/cndh-discriminacion-empleada-cancer-conapred/>

¹⁹ CNDH (2019). Informe Especial de Acciones de Inconstitucionalidad. CNDH: México.. Pp. 21 y 22.

No obstante, los OCA pueden combatir sus determinaciones presentando ante la SCJN Controversias Constitucionales por considerar que invaden sus competencias.²⁰

Especial mención recibe lo relacionado a la Ley de Remuneraciones y la reducción de los topes salariales para los servidores públicos y las acciones judiciales emprendidas por considerar que se vulnera su autonomía.²¹ Lo anterior, tiene una gran trascendencia ya que el hecho de reducir su presupuesto y no propiciar una estabilidad económica puede generar una afectación a las finalidades y objetivos de cada uno, siendo así una forma de afectar su autonomía.

Un último aspecto relevante para destacar es que en materia de fiscalización de la cuenta pública existe un órgano denominado Auditoría Superior de la Federación (Art. 74, CPEUM). Este órgano, el cual se desprende de la Cámara de Diputados, se encarga de fiscalizar a todas las entidades que ejerzan recursos públicos de carácter federal y podrá promover acciones que correspondan ante el TFJA, la Fiscalía Especializada en Combate a la Corrupción o cualquier otra autoridad competente.

V. REFLEXIONES FINALES

La actuación estatal no puede ser de manera soberbia ni irresponsable, encuentra diversos límites. Para establecerlos se acude principalmente a las constituciones como normas fundamentales de las cuales emanan las reglas y principios que deben seguirse en busca del interés común. Ampliando ello, el ámbito interna-

20 SCJN (2020). Controversia Constitucional 308/2017.

21 SCJN (2018) Acciones de Inconstitucionalidad 105/2018.

cional ofrece instrumentos que permiten buscar la mayor protección a las personas.

Con el paso del tiempo poco a poco se han introducido y modificado diversas figuras en aras de respetarse las libertades mínimas. Una de las principales formas es a partir de la división de funciones y la creación de nuevos organismos encargados de actividades específicas que, además de ser un contrapeso, también, trabajan de manera coordinada con otras autoridades en distintas materias.

Sin embargo, un punto central en los Estados actuales es la inclusión progresiva de la sociedad en diversas áreas y no sólo en mecanismos de participación ciudadana en materia electoral. Por lo cual, se ha otorgado paulatinamente un control más amplio de la actividad estatal. Permitir su incursión puede generar una mayor confianza institucional, la cual en tiempos actuales parece cada vez más difícil de lograr. Basta acudir a datos del *Latinobarómetro* o a la tercer Encuesta Nacional de Cultura Constitucional para percatarnos de ello.²²

Finalmente, brindar herramientas para que las instituciones sean defendidas de las injerencias de otras autoridades otorgará un fortalecimiento en el diseño institucional y una certeza para la ciudadanía de que pueden acudir a buscar respuesta y solución a los problemas que enfrentan día a día.

22 Fix Fierro, et al. (2017). Los mexicanos y su constitución. Tercera encuesta nacional de cultura constitucional. IJ: México. pp.173 y 174.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- Ackerman, John. (2010). Organismos autónomos y la nueva división de poderes en México y América Latina. Carpi-
zo, Jorge. Homenaje al doctor Emilio Rabasa. México:
UNAM. Instituto de Investigaciones Jurídicas.
- Aragón, A., (2002). *Constitución, democracia y control*. México:
Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM. P.81.
- CNDH (2019). *Informe Especial de Acciones de Inconstitucio-
nalidad*. México: CNDH.
- CoIDH (2011). *El derecho de acceso a la información en el mar-
co jurídico interamericano*, OEA.
- CoIDH (2019). Corrupción y derechos humanos: estándares in-
teramericanos. OEA.
- Fabián Ruíz, J. (2017). Los órganos constitucionales autóno-
mos en México: una visión integradora. *Cuestiones
Constitucionales Revista mexicana de derecho consti-
tucional*, 1(37), 84-120. doi:http://dx.doi.org/10.22201/
ijj.24484881e.2017.37.11454
- Fernández Ruíz, F. (2016). *Derecho administrativo*. México: IN-
HERM-IIIJ.
- Fix Fierro, et al. (2017). Los mexicanos y su constitución. Tercera encuesta nacional de cultura constitucional. México:
IIJ. pp.173 y 174.
- Fix Zamudio, H. (1998). *Introducción al estudio de la defensa de
la Constitución en el ordenamiento mexicano*. México:
UNAM.
- Rubio Llorente, F. (1993). *El poder*. Madrid: Centro de Estudios
y Constitucionales y Políticos, p. 90.

- SCJN (2017). Órganos constitucionales autónomos. Notas distintivas y características. *Semanario Judicial de la Federación* y su Gaceta: México.
- _____ (2018). Acciones de Inconstitucionalidad 105/2018.
- _____ (2020). Controversia Constitucional 308/2017.
- _____ (2020). Controversia constitucional, 206/2017.
- _____ (2020). Controversia constitucional 9/2019.
- _____ (2020). Controversia constitucional 242/2019.
- _____ (2020). Controversia constitucional 112/2019.
- Valadés, D. (2000). *El control del poder*. México, 2da ed. Porrúa-UNAM.
- Villanueva Gomez, L. (2014). *La división de poderes: teoría y realidad*. Cátedra Nacional de derecho Jorge Carpizo. Reflexiones Constitucionales. México: UNAM, III.

LA JUSTICIABILIDAD DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES (DESCA) Y SU RELACIÓN CON EL DERECHO HUMANO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Xelha Montserrat Brito Jaime*

La complejidad con la que los justiciables logran el reconocimiento de sus Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA), crea la necesidad de pensar en alternativas para la conquista real de esos derechos. Por excelencia, el mecanismo jurisdiccional para lograrlo ha sido el juicio de amparo, en virtud del cual la autoridad jurisdiccional debe realizar un control de legalidad pero también de constitucionalidad y convencionalidad. La regulación del derecho a una buena administración pública podría ser una herramienta jurídica que permita que los justiciables hagan efectivos sus derechos vulnerados tomando un camino menos escabroso.

Así, partiendo de la premisa de que todas las personas tienen derecho a una buena administración pública, que utilice efectivamente los recursos en protección del interés general y que ponga en el centro de su actuar a la dignidad humana, será posible que los justiciables invoquen directamente otro tipo de obligaciones que a la fecha no se cumplen naturalmente.

* Licenciada en derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México; graduada con mención honorífica. Ha sido ponente en eventos nacionales e internacionales. Es presidenta del Foro de Jóvenes Administrativistas y trabaja como asesora parlamentaria en el Senado de la República.

Este artículo está estructurado en tres partes: en la primera se explicará la naturaleza jurídica de los DESCAs, con el objetivo de tener presente su estrecha relación con la administración pública. Posteriormente, me referiré concretamente al derecho humano o fundamental a una buena administración pública como herramienta para marcar un paradigma en la justiciabilidad de los referidos DESCAs y en un tercer apartado esbozaré las conclusiones. La finalidad es proponer como estrategia el uso de las premisas inmersas en el derecho humano a una buena administración pública —mediante su constitucionalización— para aportar a la justiciabilidad de los DESCAs, empleando el parámetro de interpretación de los derechos humanos, así como supuestos normativos constitucionales y convencionales.

NATURALEZA JURÍDICA DE LOS DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES, CULTURALES Y AMBIENTALES

Sin el afán de entrar al debate decimonónico de si los DESCAs son o no genuinos derechos, considero que está suficientemente superado tanto en la discusión doctrinaria como en la entablada en el derecho internacional de los derechos humanos que son genuinos derechos, por lo que partiré de ese acuerdo.

No obstante, es importante desentrañar su estructura o naturaleza para concluir que en estos derechos la administración pública está presente en todo momento, ya que la figura del Estado, como estamos acostumbrados a escuchar, ya sea mediante acciones positivas (hacer) o en cumplimiento de obligaciones negativas (no hacer) debe llevarnos a un mismo fin: velar por la protección jurídica de la dignidad de las personas.

Lo anterior y en especial cuando se trata de actos generalmente se ve aparejado de una cuestión ineludible: la erogación de recursos. Parte de las críticas a los DESCAs que han dado pie a afirmar que son difícilmente exigibles jurídicamente derivan del hecho de que en la realidad latinoamericana se trata de “buenas intenciones políticas” (CNDH, 2020), lo que evidentemente ha debilitado su justiciabilidad y que los ha supeditado a su viabilidad económica. El propósito del artículo es poner argumentos sobre la mesa para facilitar precisamente la justiciabilidad de estos derechos y que con ello dejen de vislumbrarse como solo “buenas intenciones”, de modo que el acceso a la salud, a la educación, a una vivienda digna, a un medio ambiente sano, etc., sea una realidad para las personas a lo largo y ancho del orbe.

Cabe precisar que la estructura de los DESCAs, como la de todos los derechos humanos, se circunscribe a obligaciones constitucionales (si lo apreciamos a nivel nacional) y convencionales (en el plano internacional). Me refiero a las obligaciones generales de respetar, proteger, promover y garantizar, a las que está sujeto el Estado. Además, es imperioso añadir que el principio de interdependencia de los derechos humanos es crucial para entenderlos y conocer cómo operan en nuestros sistemas jurídicos, debido a que, en diversas ocasiones, la exigencia de algunos lleva implicado también el cumplimiento de otros o, *contrario sensu*, la violación de ciertos derechos repercute en la afectación de otros tantos.

De las mencionadas obligaciones se destaca la de garantizar, consistente en asegurar que la persona titular acceda a derechos cuando no lo pueda hacer por sí mismo. En otras palabras, el Estado garantiza cuándo lleva a cabo acciones en beneficio de personas que acreditan incapacidad de proveerse de recursos su-

ficientes para acceder a estándares mínimos, que les permitan vivir dignamente (Abramovich & Courtis, 2002). En este punto es plenamente notorio el papel de la administración pública, mediante la implementación de programas y políticas públicas para la protección de sectores vulnerables y también en la organización para brindar servicios y ejecutar obras públicas. Es crucial acotar que, como Abramovich & Courtis han mencionado, las obligaciones positivas no se agotan con la erogación de recursos. El Estado puede utilizar otros medios para cumplir cabalmente con sus obligaciones de hacer, mediante el establecimiento de regulación, es decir, que dote de normas que concedan relevancia a situaciones determinadas por colectivos o, contrariamente, estableciendo restricciones u obligaciones a particulares para la protección a grupos vulnerables, como en el caso de la materia ambiental. Un tercer caso es precisamente la organización de servicios públicos, ya sea prestados por medio de figuras aledañas a la contratación pública o por el mismo Estado (Ídem, 2002).

Como puede deducirse, la naturaleza colectiva de los DESCAs es otra de sus características, ya que se comportan como intereses legítimos y cómo incluso ha sido retomado por tribunales constitucionales, se estiman circunstanciales e históricamente condicionados (Corte Constitucional de Colombia, 1998), lo que hace que tenga una estrecha vinculación con las fuentes materiales del derecho. En cuanto a su justiciabilidad existen diversos inconvenientes, desde la falta de acciones o garantías procesales en algunos sistemas jurídicos hasta la inadecuación de estructuras del poder judicial en el país. En el caso mexicano, su justiciabilidad se ha optimizado mediante el juicio de amparo, al ser el mecanismo procesal idóneo para invocar intereses legítimos colectivos en oposición a los intereses individuales jurídicos. Sin embargo,

juristas afirman que esto no es suficiente y que existen diversas carencias en cuanto a la verdadera justiciabilidad de los DESCA, incluso por la vía del amparo (Cárdenas, 2013).

Con el juicio contencioso administrativo o juicio de nulidad, desde el ámbito de los tribunales administrativos mexicanos, es posible reclamar derechos que entran dentro de la categoría de los DESCA en materia de salud, pero es solo en el ámbito local que se logran promover acciones que reconocen como actor a personas con interés legítimo,¹ caso que no ocurre en el ámbito federal, donde apenas es posible interponer la demanda si se tiene interés jurídico. Este aspecto se considera una de las barreras para la justiciabilidad de estos derechos en los tribunales administrativos del fuero federal.

Otra posibilidad desde el ámbito de la administración pública es la esfera de las responsabilidades administrativas, ya que la misma legislación de la materia establece como causal de responsabilidad las violaciones sistemáticas o graves a los planes, programas y presupuestos de la administración pública federal o del Distrito Federal,² hoy Ciudad de México.

Lo anterior parte de que el establecimiento de documentos

1 La Ley de Justicia Administrativa de la Ciudad de México dispone en su artículo 154: La acción pública es el instrumento jurídico por medio del cual el tribunal conoce de manera directa las situaciones fácticas o jurídicas contra los que se inconformen las personas físicas o morales que acrediten tener interés legítimo o los órganos de representación ciudadana, que se consideren afectados en su patrimonio o en su esfera jurídica, que incida directamente en la armonía de la comunidad del accionante, por construcciones, cambios de uso del suelo o cambios del destino del suelo u otros aprovechamientos de inmuebles, que contravengan lo establecido en la Ley de Desarrollo Urbano del Distrito Federal, en su reglamento, en el Reglamento de Construcciones del Distrito Federal y en los programas ambientales y de desarrollo urbano vigentes.

2 Ley Federal de Responsabilidades de los Servidores Públicos, fracción VIII del artículo 7º.

oficiales (incluso algunos cuyo fundamento radica en la Constitución federal) es crucial para dar certeza al manejo de los recursos y la elaboración de políticas públicas. Esto, como puede apreciarse, de no cumplirse a cabalidad se traduce en perjuicios a la prestación de servicios públicos y sin duda repercute en el acceso a los mismos de cientos, miles o millones de personas en todo el territorio nacional.

Por otra parte, en el ámbito interamericano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) ha emitido sentencias en las que ha condenado a los Estados por omisiones en la prestación de servicios públicos, cuya relación estrecha se encuentra precisamente con la justiciabilidad de los DESCAs, tal es el caso *González Lluy y otros versus Ecuador*. En dicho fallo, la Corte IDH se pronunció respecto a la responsabilidad internacional de Ecuador por incumplir con las obligaciones generales previstas en el artículo 1.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, al omitir “crear entornos seguros, especialmente a las niñas, ampliando servicios de buena calidad que ofrezcan información, educación sobre salud y asesoramiento de forma apropiada” (Corte IDH, 2015).

A modo de ejemplo, mencionaré que, en este caso particular, la Corte IDH destacó que “la calidad de la salud no solo es una calidad técnica, sino que debe ser también una 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” (Idem, 2015).

Asimismo, la observación general N.º 3 del Comité DESC tiene un papel preponderante en este tema, sobre todo en lo relativo a que el Estado debe satisfacer necesidades mínimas (Comité DESC, 1990), pese al quizá aspecto subjetivo que configura el

principio de percepción de los usuarios señalado por la Corte IDH, así como a pesar de la obligación de aportar hasta el máximo de recursos que se disponga para hacer frente a las obligaciones a las que se ha comprometido el Estado (Idem, 1990, párrafo 9). Ambos aspectos tienen estrecha relación con otros principios del servicio público, como la receptividad, la eficacia y la eficiencia. Dicho esto, es posible dar paso al siguiente tema cuyo vínculo es insoluble: el del derecho a una buena administración pública.

EL DERECHO HUMANO A UNA BUENA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

La vocación organizadora del Estado del derecho administrativo en el siglo XXI ha pasado de ser domesticadora del poder a responsable de su ejercicio. Hoy, su papel es diseñar y ejecutar las políticas regulatorias del servicio público y garantizar los derechos de los administrados, mediante el efectivo ejercicio del Estado social y democrático de derecho. En otras palabras, el derecho administrativo debe comprender el poder y materializarlo ordenadamente en la función pública administrativa, velando por el interés general y sancionando cuando se prime el interés individual sobre el colectivo. Los problemas no suelen presentarse simples ni solo en el contexto doméstico, sino que cada vez son más complejos y con tendencia a la globalización (Zygmunt & Bordoni, 2016).

Aunado a lo anterior ha emergido un conjunto de normas supranacionales en las que el Estado figura como el ente protector de los derechos de las personas, con la obligación de crear un entorno idóneo para el ejercicio de dichos derechos y con la dig-

nidad humana como premisa principal. Es así como hablar del derecho fundamental a una buena administración pública no es una ocurrencia, aunque estoy consciente de que son muchas las críticas en torno a su reconocimiento por la probable subjetividad del concepto, pero si en algo podemos estar de acuerdo es que en calidad de particulares o de servidores públicos deseamos que la administración pública sea mejor.

Para comenzar, es necesario tener claro a qué me refiero con el derecho humano a una buena administración pública. Aunque no sea un derecho positivizado en todas las latitudes, la tendencia en la doctrina iberoamericana encuentra su origen en la Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes de los Ciudadanos en relación con la Administración Pública, documento promovido por el Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo (CLAD), organismo público internacional de carácter intergubernamental, constituido en 1972, respaldado por la Asamblea General de las Naciones Unidas y con sede en Caracas.

La Carta Iberoamericana de Derechos y Deberes del Ciudadano en relación con la Administración Pública fue aprobada por el Consejo Directivo del CLAD el 10 de octubre de 2013 en cumplimiento al mandato recibido por la XV Conferencia Iberoamericana de Ministras y Ministros de Administración Pública y Reforma del Estado, celebrada en la ciudad de Panamá el 27 y 28 de junio de 2013 y fue adoptada por la XXIII Cumbre Iberoamericana de Jefes de Estado y de Gobierno en el mes de octubre del mismo año.

Su preámbulo hace especial énfasis en el cambio de paradigma del derecho administrativo frente a los particulares. También esboza una definición de buena administración pública, que a grandes rasgos invoca como una obligación de los poderes pú-

blicos de promover los derechos fundamentales y la dignidad de la persona en el ejercicio de sus funciones, armonizando sus criterios bajo parámetros objetivos, imparciales, justos y equitativos, así como solventados en el principio de plazo razonable, y anteponiendo el interés general para que toda persona pueda lograr su desarrollo libre y solidariamente (CLAD, 2013), además, establece que la buena administración pública tiene una triple funcionalidad:

- Como principio general de la administración pública y del derecho administrativo.
- Como obligación de toda administración pública, derivada de la definición del Estado social y democrático de derecho, le atribuye la responsabilidad de establecer condiciones reales y efectivas de libertad e igualdad de todas las personas, quitando obstáculos que les impidan su cumplimiento y que promuevan la participación social, es decir, la tarea promocional de los poderes públicos.
- Como un derecho fundamental cuyo sustento es otro conjunto de derechos que buscan definir la relación de los ciudadanos con las administraciones públicas y que están dirigidos a acentuar la dignidad humana como valor y fin máximo.

Esta carta tiene como finalidad ser un marco de referencia que disponga clara y ordenadamente el conjunto de derechos y deberes que precisan la posición jurídica de los administrados, en el entendimiento de que si existen obligaciones expresas las administraciones públicas tendrán que mejorar progresivamente,

pues su apuesta es que si los ciudadanos asumen conciencia de su posición central en la función administrativa exigirán de las autoridades actuaciones apegadas al servicio objetivo de interés general. En ese sentido, en el tercer capítulo se enlistan los derechos derivados de una buena administración pública. Cabe acotar que gran parte de estos ya están reconocidos en el ordenamiento jurídico mexicano.

- El derecho a la motivación de las actuaciones administrativas. Todas las resoluciones administrativas deben ser producto de un razonamiento inteligible que pueda entenderse por todo administrado y del cual se pueda probar su objetividad.
- El derecho a la tutela administrativa efectiva. La administración pública debe cuidar que el particular no quede en estado de indefensión, por lo que al sustanciarse un procedimiento administrativo esta se ceñirá a la ley y al derecho.
- Derecho a una resolución administrativa amparada en el ordenamiento jurídico, equitativa y justa, de acuerdo con lo solicitado y dictada en los plazos y términos que el procedimiento señale. Es deber de las autoridades administrativas resolver los expedientes que obren en su poder en los plazos establecidos por las leyes locales (principio de celeridad).
- Derecho a presentar, por escrito o de palabra, peticiones de acuerdo con lo que se establezca en las legislaciones administrativas, en los registros físicos o informáticos. Es decir, la forma de relación de los particulares con la administración pública debe optarse por los primeros,

pero facilitada por la segunda. Además, si el administrado es una persona con discapacidad, la administración debe brindarle los medios adecuados para hacer efectivos sus derechos.

- Derecho a no presentar documentos que ya obren en poder de la administración pública, absteniéndose de hacerlo cuando estén a disposición de otras administraciones públicas del propio país. Debe haber un correcto tratamiento de los documentos y una efectiva intercomunicación entre las entidades y dependencias. Los entes públicos que intervengan no deben descuidar sus otras responsabilidades indelegables.
- Derecho a ser oído siempre antes de que se adopten medidas que les puedan afectar desfavorablemente.
- Derecho de participación en las actuaciones administrativas en que tengan interés, especialmente a través de audiencias y de informaciones públicas.
- Derecho a servicios públicos y de interés general de calidad. La carta prevé que dichos servicios deben prestarse bajo ciertos estándares de calidad medidos periódicamente y puestos en conocimiento de los usuarios, a fin de que estos puedan participar activamente con comentarios y sugerencias.
- Derecho a conocer y a opinar sobre el funcionamiento y la calidad de los servicios públicos y de responsabilidad administrativa, para lo cual la administración pública propiciará el uso de las tecnologías de la información y comunicación (TIC) para un cumplimiento más eficaz.
- Derecho a formular alegaciones en el marco del procedimiento administrativo, el cual debe permitirse que se

ejerza por el particular, independientemente de las audiencias e informaciones públicas previstas en el ordenamiento jurídico local, con la advertencia de que estén correctamente argumentadas, de conformidad con el procedimiento administrativo respectivo. Derecho a presentar quejas y reclamaciones ante la administración pública; es decir, mediante recursos o denuncias siempre que se vea afectado en sus bienes y derechos.

- Derecho a conocer las evaluaciones de gestión que hagan los entes públicos y a proponer medidas para su mejora permanente. Este derecho reitera el descrito en el numeral 9 de este listado. La carta añade que los usuarios pueden ser consultados mediante encuestas, sondeos y otros instrumentos.
- Derecho de acceso a la información pública y de interés general, así como a los expedientes administrativos que les afecten. La facilitación de información por medio de portales de transparencia y acceso a la información de interés general, cuidando el derecho a la intimidad y a las declaraciones de reserva.
- Derecho a obtener una copia sellada de los documentos que presenten a la administración pública. Tiene como finalidad brindar garantías y certeza al particular para iniciar un trámite específico. Prevé que dicha copia se le facilite en medios físicos o electrónicos.
- Derecho de ser informado y asesorado en asuntos de interés general. Aquellos funcionarios encargados de la atención ciudadana deben recibir asesoría cordial de los trámites u otras cuestiones de interés general. En dichas oficinas debe haber organigramas de los entes públicos

que pertenezcan al ámbito administrativo. Asimismo, en aquellas resoluciones desfavorables para los particulares se deben establecer los medios de impugnación, los plazos y las consecuencias jurídicas de la interposición de esas reclamaciones o recursos.

- Derecho a ser tratado con cortesía y cordialidad. Relacionado con el principio de facilitación es, en otras palabras, el derecho a un trato digno. Contempla los casos en los que es deber de la administración brindar un trato preferente a personas en situación de pobreza, indefensión, discapacidad, niños, niñas, adolescentes, mujeres embarazadas o adultos mayores.
- Derecho a conocer el responsable de la tramitación del procedimiento administrativo. En la copia sellada referida se debe incluir la identidad del servidor público responsable del trámite, así como garantizar que el mismo atienda dudas del particular en el horario establecido.
- Derecho a conocer el estado de los procedimientos administrativos que les afecten. Prevé el deber del funcionario a cargo del trámite de brindar información al administrado en todo lo relacionado con el expediente administrativo, ya sea por escrito o por medios electrónicos (si así lo contempla la normatividad).
- Derecho a ser notificado por escrito, conforme a los plazos establecidos en las leyes y con las mayores garantías, de las resoluciones que les afecten a los particulares.
- Derecho a participar en asociaciones o instituciones de usuarios de servicios públicos o de interés general.
- Derecho a exigir el cumplimiento de las responsabilidades de los servidores públicos y de los particulares que

cumplan funciones administrativas. En este cabe añadir que es independiente de la indemnización por actividad irregular de la administración (CLAD, 2013).

Como es de advertirse, aunque muchos de los derechos enlistados se encuentran regulados son precisamente el talón de Aquiles de la administración pública, la cual ante la petición del cumplimiento de garantizar un derecho humano tiende a ser omisa o simplemente no responde, lo que lleva consigo, en el mejor de los casos, una impugnación, así como el fincamiento de responsabilidades administrativas, pero en el peor simplemente no ocurre nada.

De esta manera, su estrecha vinculación con la justiciabilidad de los DESCAs es evidente, pues ambos siguen la lógica de hacer valer derechos y obligaciones que apriorísticamente tienen las personas frente a la administración pública y que se circunscriben a la efectividad de los servicios públicos, así como la receptividad con que, en general, debe actuar el Estado.

Por ello se considera que el reconocimiento de este derecho tanto en México como en otras latitudes conllevaría un cambio paradigmático en la perspectiva de la relación administración-administrados, ya que si bien los derechos se encuentran ahí están dispersos en diversas normas de carácter administrativo y no están homologadas en el nivel local (entidades federativas) ni municipal. Asimismo, de reconocerse como un derecho humano el de una buena administración pública su interpretación se regiría por las mismas reglas y criterios de interpretación que el resto de esta clase de derechos, tales como el principio *pro persona*, el principio de universalidad, interdependencia e indivisibilidad, etcétera, lo que llevaría a los juzgadores a pronunciarse respecto

al fondo de las violaciones a los derechos por la omisión o incorrecta prestación de ciertos servicios públicos y no solo respecto de aspectos legales o procedimentales.

CONCLUSIONES

La estrecha vinculación de la justiciabilidad de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales, tiene lugar desde el actuar de la administración pública en el día a día hasta los medios procesales para hacerlos efectivos en caso de incumplimiento. La homologación de criterios de actuación de la administración pública desde el plano federal, pasando por las entidades federativas, hasta llegar al ámbito municipal, es crucial para el cumplimiento de las obligaciones convencionales y constitucionales en materia de derechos humanos. Si bien aquí se hace énfasis en los DESCAs, en realidad una buena administración pública remediaría muchos problemas que aquejan a la sociedad por falta de servicios públicos y cuyas consecuencias inciden en otras clases de derechos humanos, como el derecho a la vida, a la integridad, a la no discriminación, etcétera. Por ello, es importante dar paso al diálogo relativo a estos temas para forjar el camino hacia la reforma constitucional que prevea este derecho, un derecho que verdaderamente ponga en jaque a la forma en la que se ha cristalizado la administración pública y evitar que esta siga siendo sorda, ciega y muda.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Abramovich, V. & Courtis, C. (2002). *Los derechos sociales como derechos exigibles*. Madrid: Trotta.

- Cárdenas, J. (2013). La nueva Ley de Amparo. *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 383-409. Recuperado de doi:<http://dx.doi.org/10.22201/ijj.24484881e.2013.29>
- Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo. (10 de octubre de 2013). Carta Iberoamericana de los Derechos y Deberes del Ciudadano en Relación con la Administración Pública. Recuperado de <http://old.clad.org/documentos/declaraciones/Carta%20Iberoamericana%20de%20los%20deberes%20y%20derechos%20-%20documento%20aprobado.pdf/view>
- Comisión Nacional de los Derechos Humanos. (30 de abril de 2020). *Micrositio DESCA México*. Recuperado de https://desca.cndh.org.mx/normatividad/Mecanismo_EJ
- Corte Constitucional de Colombia. (1998). Recuperado de <https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1998/t-801-98.htm#:~:text=T%2D801%2D98%20Corte%20Constitucional%20de%20Colombia&text=La%20Corte%20ha%20reconocido%20que,de%20trato%20o%20protecci%C3%B3n%20especial>.
- Comité DESC. (1990). *Observación general N.º. 3*. Recuperado de https://conf-dts1.unog.ch/1%20SPA/Tradutek/Derechos_hum_Base/CESCR/00_1_obs_grales_Cte%20Dchos%20Ec%20Soc%20Cult.html#GEN3
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2 de septiembre de 2015). Caso González Lluy y otros *versus* Ecuador. Recuperado de https://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/lluy_se_01.pdf
- Zygmunt, B. & Bordoni, C. (2016). *Estado de crisis*. Barcelona: Paidós.

**LAS INNOVACIONES TECNOLÓGICAS
IMPLEMENTADAS EN EL PROCEDIMIENTO
ADMINISTRATIVO DE EJECUCIÓN EN MÉXICO,
¿SON ACCESIBLES A TODOS LOS SECTORES
DE LA POBLACIÓN?**

Emigdio Julián Becerra Valenzuela*

I. PLANTEAMIENTO DEL PROBLEMA

Este trabajo pretende delimitar las aportaciones tecnológicas que se han puesto en marcha en los últimos años en el desarrollo del procedimiento administrativo de ejecución para el cobro de créditos fiscales firmes y exigibles en el ámbito federal mexicano (Fénech, 1949),¹ cuyo argumento sostenido por el gobierno fede-

* Licenciado en derecho por la Universidad Autónoma de Baja California, maestro en Ciencias Jurídicas por la misma institución educativa y alumno doctorando en la Universidad de La Habana, Cuba; es integrante fundador del Cuerpo Académico en formación: Investigaciones en Derecho Administrativo, UABC-CA-303. Actualmente es profesor de tiempo completo ordinario de carrera titular B y juez del Tribunal Universitario campus Mexicali, así como abogado certificado por la Asociación Nacional de Abogados de Empresa, Colegio de Abogados, Asociación Civil, sección Baja California.

1 Fénech ha expuesto que “la ejecución forzosa es el medio jurídico con el cual se logra la satisfacción del acreedor cuando este no se consigue a través de la prestación del deudor y es necesario conseguir que aquella satisfacción independientemente de la voluntad del obligado y venciendo toda su contraria voluntad”, en Miguel Fénech, *Principios de derecho procesal tributario*, tomo II, Barcelona, Librería Bosch, 1949, p. 12.

ral es agilizar la eficacia recaudatoria; sin embargo, es momento de cuestionar e investigar si dichas innovaciones son accesibles, entendibles y confiables para todos los niveles y sectores de la población, sobre todo en un país como México, donde la sana distribución de la riqueza sigue siendo un adeudo histórico.

A la par de lo anterior, el nuevo paradigma de los derechos humanos nacido con la reforma constitucional del año 2011 determinó que toda autoridad, en el ámbito de sus competencias, tiene la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad,² nos obliga hacer un estudio con un enfoque fáctico, filosófico y axiológico a las instituciones jurídicas existentes.

En este contexto de transformaciones merece particular atención las cuestiones asociadas a los derechos económicos del Estado y del gobernado, específicamente los procedimientos para la captación de ingresos; por una parte, por la importancia que tiene la implementación de premisas innovadoras para la ordenación de estos procedimientos, y por otra, la articulación jurídica de garantías a tales efectos; “elementos en los que los fundamentos esenciales del derecho financiero adquieren una connotación especial” (Rodríguez, 2006),³ sobre todo en un país como en Mé-

2 Vid. Artículo 1 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada el 5 de febrero de 1917, entrada en vigor el 1 de mayo de 1917, reformada el 10 de junio de 2011. De igual manera se puede consultar la información que se deriva del caso Radilla Pacheco *versus* México. Convocatoria a audiencia pública. Resolución de la presidenta de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 29 de mayo de 2009; puntos resolutivos primero a cuarto.

3 En tanto “disciplina que tiene por objeto el estudio sistemático de las normas que regulan los derechos económicos del Estado y de los demás entes públicos que emplean para el cumplimiento de sus fines, así como el procedimiento jurí-

xico que 46.2 por ciento, equivalente a 55.3 millones de mexicanos, vivían en pobreza, y 9.6 por ciento, equivalente a 11.4 millones de mexicanos, vivían en pobreza extrema,⁴ conforme a los datos del Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Coneval), en 2014.

Asimismo, se ha buscado mejorar tecnológicamente la recaudación de los impuestos impulsando los medios electrónicos y poniendo en práctica notificaciones electrónicas, remates vía internet, pero aún a la fecha hay personas sin las herramientas básicas de la lectura y escritura, ya que en 2015, 5.5 por ciento, equivalente a 4 749 057 mexicanos, no sabían leer ni escribir,⁵ datos proporcionados por el Instituto Nacional de Estadística y Geografía (INEGI).

Así pues, las aportaciones y recopilaciones que se ponen en manifiesto abonan a los dos primeros capítulos de la tesis doctoral, ya que no se debe perder de vista que los objetivos que se propusieron en el diseño teórico de investigación fueron los siguientes: primer capítulo: sistematizar los presupuestos teóricos de los procedimientos administrativos de ejecución; capítulo segundo: valorar la evolución del procedimiento administrativo de ejecución en México; resulta fundamental la obtención de información que proporcione datos que coadyuven a identificar las bases teóricas y el desarrollo que ha tenido en la última década el procedimiento administrativo de cobro de créditos fiscales, bus-

dico de percepción de los ingresos, ordenación de los gastos y realización de los gastos que se destinan a cumplir la función del Estado”, véase Raúl Rodríguez Lobato, *Derecho fiscal*, 2ª. ed. México, Oxford, 2006, p. 93.

4 Disponible en <http://www.coneval.org.mx/Medicion/Paginas/PobrezaInicio.aspx>

5 Disponible en <http://cuentame.inegi.org.mx/poblacion/analfabeta.aspx?tema=P>

cando estar en posibilidades de emitir opiniones que contribuyan a su perfeccionamiento, en aras de garantizar en mayor medida los derechos del contribuyente.

II. ANTECEDENTES

“El humano es un ser social por naturaleza que tiende a vivir en la colectividad con la finalidad de satisfacer sus intereses primigenios” (Álvarez, 2015),⁶ es decir, el hombre desde su nacimiento busca hacerse llegar de los medios para cubrir sus necesidades básicas con el objetivo de lograr un pleno desarrollo. En primer término, la satisfacción alimenticia, de vestido y calzado, integran una parte fundamental; posteriormente, pero sin menor valor, la libertad de desarrollarse en conglomerado, así como lograr un pleno desarrollo intelectual al proponerse objetivos propios e intentar alcanzarlos, conforman originariamente los mínimos requerimientos a satisfacer de las personas.

Con el descubrimiento de la domesticación animal y las bondades de la agricultura como fuente de riqueza alimentaria la forma de vivir nómada cambio a ser sedimentaria. Con la aparición del maíz hace casi 2 000 años a. C., se dio origen a un comercio más desenvuelto, que permitió al maíz ser utilizado como moneda o letra de cambio, “inclusive fue usado por los pueblos indígenas para el pago de tributos” (Margadant, 2002).⁷

6 Álvarez Ledesma los define como situaciones que con independencia de cualquier otra condición hacen del hombre un ser social y que se producen, reproducen y presentan en toda sociedad, sea esta primitiva o compleja, en Mario I. Álvarez Ledesma, *Introducción al estudio del derecho*, 3ª. ed., México, 2015, p. 9. En mi opinión son los mínimos de derechos que el ser humano necesita para vivir en colectividad.

7 Guillermo F. Margadant, *Introducción a la historia del derecho mexicano*, 18ª. ed., México, Esfinge Grupo Editorial, 2002, p. 13.

En las diferentes etapas de la historia los hombres, quienes ostentaban el poder, han establecido la obligación a sus gobernados, el pago de tributos con el fin de satisfacer las necesidades colectivas; sin embargo, los sujetos pasivos de la obligación tributaria ante el excesivo cobro han buscado de distintas maneras la forma de evadirlos o bien “pagar cantidades inferiores a las establecidas por el poder tributario, así se encuentra por ejemplo que en las culturas antiguas como la griega, la egipcia y la romana” (Sánchez, 2016),⁸ se castigaba con la pena de muerte a todos los ciudadanos que estando obligados al pago de ciertos tributos lo omitieran total o parcialmente.

En el antiguo imperio romano en sus diversos cuatro periodos se observa que el pago de los tributos es un elemento trascendental para su vida económica y financiera que, sin su recaudación eficaz, difícilmente hubieran alcanzado su poderío miliar, jurídico y territorial. “En su etapa primigenia o identificada cronológicamente como: de la fundación de Roma a la ley de las XII Tablas” (Petit, 2002),⁹ el pago de las contribuciones se consideraba un derecho exclusivo de los ciudadanos romanos, sobre todo de los patricios —*patricii*— quienes constituían la nobleza y solo ellos podrían participar en los órganos de gobierno; con

8 Javier Alejandro Sánchez de la Vega, *El procedimiento administrativo de ejecución y el derecho de petición*, 1ª ed., México, Ediciones Fiscales ISEF, 2016, pp. 21-23.

9 La naturaleza del sistema jurídico mexicano es el romano-germánico, de allí la importancia y trascendencia de su referencia. Eugene Petit (*Tratado elemental de derecho romano*, 18ª. ed., México, Porrúa, 2002, p. 27) lo clasifica en diversos periodos para una mejor apreciación del estudiante de derecho, a saber: 1. De la fundación de Roma hasta la ley de las XII Tablas, 2. De la ley de las XII Tablas al fin de la república, 3. Del advenimiento del imperio a la muerte de Alejandro Severo, y 4. De la muerte de Alejandro Severo a la muerte de Justiniano.

el paso de los años este pensamiento fue evolucionando conforme a la necesidad recaudatoria del imperio, por lo que el padrón de los sujetos pasivos de esta obligación se vio incrementado en razón de la puesta en marcha de la famosa reforma del emperador, “Servio Tulio, quien estableció una nueva organización de la población, fundada ya no sobre el origen de los ciudadanos, sino más bien sobre la fortuna de cada uno de ellos” (Petit, 2002).¹⁰

Las aportaciones de Servio Tulio al imperio fueron de gran valor recaudatorio, ya que los plebeyos, quienes estaban exentos del pago de impuestos y se les negaban otras prerrogativas, fueron considerados como obligados tributarios para contribuir al gasto público, además las innovaciones no solo fueron desde el punto de vista impositivo, sino que también, “establecieron instrumentos coercitivos eficientes para ese momento histórico, pero primitivos para la época actual” (Morales, 2001).¹¹

La reforma consistió principalmente en la reestructuración administrativa y geográfica de la población; estableció un censo en el que todo jefe de familia debía estar inscrito en la tribu donde tiene su domicilio, en el cual se hallaba obligado a declarar bajo juramento el importe de su fortuna y aquel que no se sometiera a esta obligación era castigado con la esclavitud y con la confiscación de sus bienes; además, las declaraciones debían ser renovadas cada cinco años. Actualmente, esto se puede identificar con instituciones del derecho fiscal identificadas como el registro federal de causantes, el domicilio fiscal del contribuyente, la prescripción de obligaciones tributarias y, el tema de investigación, el

10 Petit, op. cit., pp. 32-33.

11 José Ignacio Morales, *Derecho romano*, 1ª. ed., México, Trillas, 1998, pp. 25-27, y Sabino Ventura Silva, *Derecho romano. Curso de derecho privado*, 24ª. ed., México, Porrúa, 2001, pp. 13-14, mencionan los medios coercitivos utilizados, a saber: confiscación de bienes y la esclavitud.

procedimiento administrativo de ejecución.¹²

Como se observa, el Estado desde su origen en su calidad de imperio busca en gran medida lograr una administración sana que le permita satisfacer las necesidades de sus habitantes, meta que no se puede alcanzar si no se observan determinados caminos, los cuales deben ajustarse a procedimientos emanados de órganos competentes que funden y motiven la causa legal de su proceder; “de allí el surgimiento del derecho procesal administrativo que ha sometido a su jurisdicción los fines o metas de la administración, en busca de proporcionar a los gobernados la misma seguridad jurídica que ofrece el derecho procesal judicial” (Merker, 1935)¹³ pero con peculiaridades propias.

III. ANÁLISIS DEL MARCO CONSTITUCIONAL Y SU ASPECTO SOCIAL

En las naciones, el concepto de rectoría económica responde a la idea de fincar al Estado la alta responsabilidad de estructurar, organizar y conducir el desarrollo nacional; en el caso de nuestro país el congreso constituyente reunido en el Teatro de la República del estado de Querétaro en el año de 1917 plasmó esta encomienda en los artículos 25, 26, 27 y 28; no obstante, para el caso que nos ocupa los aplicables son el 25 y el 26. El artículo

12 El derecho romano es un aportador de figuras jurídicas que actualmente se encuentran vigentes en el derecho tributario, gracias a las reformas de Servio Tulio; hoy existe el libro de contabilidad que se ha transformado en contabilidad electrónica, además de la nómina de los trabajadores, la proporcionalidad en el pago de los tributos, el domicilio fiscal y el registro federal de causantes, entre otros.

13 Adolfo Merker, *Teoría general del derecho administrativo*, serie C, volumen XI, *Revista de Derecho Privado*, España, 1935, pp. 279-283.

25 constitucional establece como principales postulados los siguientes puntos:

- A) Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que este sea integral y sustentable, que fortalezca la soberanía de la nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.
- B) El Estado velará por la estabilidad de las finanzas públicas y del sistema financiero para coadyuvar a generar condiciones favorables para el crecimiento económico y el empleo.
- C) El Estado planeará, conducirá, coordinará y orientará la actividad económica nacional.
- D) El sector público tendrá a su cargo, de manera exclusiva, las áreas estratégicas que se señalan en el artículo 28, párrafo cuarto de la Constitución, manteniendo siempre el gobierno federal la propiedad y el control sobre los organismos y empresas productivas del Estado que en su caso se establezcan.
- E) Bajo criterios de equidad social, productividad y sustentabilidad se apoyará e impulsará a las empresas de los sectores social y privado de la economía, sujetándolos a las modalidades que dicte el interés público y al uso, en beneficio general, de los recursos productivos, cuidando su conservación y el medio ambiente.

- F) La ley establecerá los mecanismos que faciliten la organización y la expansión de la actividad económica del sector social: de los ejidos, organizaciones de trabajadores, cooperativas, comunidades, empresas que pertenezcan mayoritaria o exclusivamente a los trabajadores y, en general, de todas las formas de organización social para la producción, distribución y consumo de bienes y servicios socialmente necesarios.
- G) La ley alentará y protegerá la actividad económica que realicen los particulares y proveerá las condiciones para que el desenvolvimiento del sector privado contribuya al desarrollo económico nacional, promoviendo la competitividad e implementando una política nacional para el desarrollo industrial sustentable que incluya vertientes sectoriales y regionales, en los términos que establece esta Constitución.¹⁴

De lo transcrito, se puede vislumbrar que el constituyente mexicano responsabilizó al Estado de garantizar a sus gobernados un desarrollo integral y sustentable, que integre democráticamente a todos los sectores de la sociedad independientemente de preferencias políticas, culturales, religiosas y sexuales, que observe un respeto íntegro al medio ambiente y a los recursos naturales y que pugne por una justa distribución de la riqueza, que desde la época de la guerra de independencia José María Morelos y Pavón ya había plasmado en los *Sentimientos de la Nación* al establecer en el punto número 12 de esta fuente histórica lo siguiente: “la necesidad de moderar la opulencia y la pobreza

14 Cámara de Diputados, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Disponible en <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>

y lograr así una *mayor* igualdad social”;¹⁵ tristemente cerca de 100 años de la publicación de la Constitución se observa que las brechas de la desigualdad y de la injusticia no se han reducido; continuamos con problemas de analfabetismo, nutrición, fuentes de empleo, arte, ciencia y deporte; el campo, la industria y el comercio se observan deterioradas, no obstante con la llama de la esperanza encendida anhelamos que las reformas en materia fiscal y energética den los resultados esperados y refuercen el dinamismo que necesita el desarrollo nacional.

Por su parte, el artículo 26 establece los aspectos generales de la planeación económica de la nación, entre sus principales puntos se encuentran los siguientes:

- a) El Estado organizará un sistema de planeación democrática del desarrollo nacional que imprima solidez, dinamismo, competitividad, permanencia y equidad al crecimiento de la economía para la independencia y la democratización política, social y cultural de la nación.
- b) Los fines del proyecto nacional contenidos en esta Constitución determinarán los objetivos de la planeación. Esta será democrática y deliberativa. Mediante los mecanismos de participación que establezca la ley recogerá las aspiraciones y demandas de la sociedad para incorporarlas al plan y los programas de desarrollo. Habrá un plan nacional de desarrollo al que se sujetarán obligatoriamente los programas de la administración pública federal.
- c) La ley facultará al ejecutivo para que establezca los procedimientos de participación y consulta popular en el

15 Disponible en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/Constitucion/1813.pdf>

sistema nacional de planeación democrática y los criterios para la formulación, instrumentación, control y evaluación del plan y los programas de desarrollo. Asimismo, determinará los órganos responsables del proceso de planeación y las bases para que el ejecutivo federal coordine mediante convenios con los gobiernos de las entidades federativas e induzca y concierte con los particulares las acciones a realizar para su elaboración y ejecución.

- d) En el sistema de planeación democrática y deliberativa, el Congreso de la Unión tendrá la intervención que señale la ley.

En este artículo se encuentra regulado el instrumento que el constituyente le proporciona al Estado mexicano para que cumpla con su función de fomentar el desarrollo nacional, a saber: la planeación, la cual debe imprimir solidez, dinamismo, permanencia y equidad en el crecimiento económico, entendiéndose solidez como la firmeza, seguridad y sensatez en los ingresos y egresos del tesoro nacional; el dinamismo se relaciona con la acción, trabajo y movimiento que se debe suministrar a los sectores productivos para que estos generen la riqueza necesaria para cubrir las necesidades básicas de la población; la permanencia tiene que ver con la prolongación en el tiempo de la estabilidad en el crecimiento económico, y la equidad se encuentra asociado a los valores de igualdad y de justicia, que busca más allá de las diferencias en el sexo, la cultura, las mismas condiciones y oportunidades para todas las personas, sin distinción, solo adaptándose en los casos particulares.

Ahora bien del análisis de las bases normativas encontramos que el procedimiento administrativo de ejecución tiene su base

constitucional en el artículo 14 de la Ley Fundamental Mexicana, que mandata que para privar de las propiedades, posesiones “o derechos a los particulares, se deben de cumplir las formalidades esenciales del procedimiento administrativo respectivo y conforme a las leyes expedidas con anterioridad al mismo” (Sánchez, 2009).¹⁶ Esto obliga a las unidades recaudatorias a respetar en su integridad las formalidades esenciales del procedimiento: la notificación del inicio del procedimiento y sus consecuencias al individuo, la oportunidad de ofrecer y desahogar pruebas en que se finque la defensa, la oportunidad de alegar y el dictado de una resolución que dirima las cuestiones debatidas (Semenario, 1992).¹⁷

Por su parte, el artículo 16 de nuestra carta magna, al consagrar las formalidades constitucionales del procedimiento, exige que nadie pueda ser molestado en su persona, familia, domicilio, papeles o posesiones, sino en virtud de mandamiento escrito de la autoridad competente, que funde y motive la causa legal del procedimiento.¹⁸

Otro fundamento constitucional del procedimiento administrativo de ejecución se encuentra en el artículo 22 en su segundo párrafo que señala que no se considerará confiscación la aplicación de bienes de una persona cuando sea decretada para el pago de multas o impuestos.¹⁹

16 Narciso Sánchez Gómez, *Derecho fiscal mexicano*, 6ª. ed., México, Porrúa, 2009, p. 56.

17 Tesis P.LV/92, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, octava época, núm. 53, mayo de 1992, p. 4.

18 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 16.

19 Op. cit., artículo 22.

IV. AUTORIDAD RECAUDADORA EN MÉXICO Y SU ASPECTO
NORMATIVO

El procedimiento administrativo de ejecución debe realizarse conforme al Estado de derecho, es decir bajo las reglas básicas del derecho procesal, procedimental, con apego irrestricto a los derechos humanos, sin olvidar las reglas financieras y políticas públicas que le concedan al gobernado una certeza jurídica de los destinos de sus contribuciones. En este sentido, el procedimiento administrativo de ejecución deberá instruirse en un instrumento ágil y confiable que le conceda al Estado una legitimidad suficiente y bastante para su instauración. Ahora bien, la hacienda pública a través del tiempo se ha definido como el estudio de las leyes por “las cuales los hombres satisfacen las necesidades públicas” (Astudillo, 2002).²⁰

Desde este punto de vista, se observa que en los últimos años el gobierno federal a través de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) en coordinación con su órgano desconcentrado, el Servicio de Administración Tributaria (SAT), han implementado políticas económicas tendientes a mejorar la actividad recaudatoria del estado, con la finalidad de satisfacer las múltiples necesidades que tiene el Estado mexicano. No pasa desapercibido que la reforma fiscal tiene como finalidad conforme a su exposición de motivos mayor y eficiente recaudación, con políticas tendientes a evitar la evasión de impuestos;²¹ sin embargo se considera que es un reto aún pendiente de alcanzar.

20 Marcela Astudillo Moya, “Algunas consideraciones sobre la nueva hacienda pública”, *Momento económico*, núm. 119, enero-febrero de 2002, México, p. 19.

21 Senado de la República, Reforma en materia fiscal. Disponible en http://sil.gobernacion.gob.mx/Archivos/Documentos/2016/04/asun_3366414_20160420_1460483636.pdf

Bien, pasemos al análisis de los procedimientos utilizados por las unidades administrativas hacendarias en México en la ejecución del cobro y recaudación de los tributos. En nuestro país el SAT tiene la responsabilidad de aplicar la legislación fiscal y aduanera, con el fin de que las personas físicas y morales contribuyan de manera proporcional y equitativa al gasto público; asimismo cuenta con la facultad de fiscalizar a los contribuyentes para que cumplan con las disposiciones tributarias y aduaneras; de igual manera tiene la responsabilidad de facilitar e incentivar el cumplimiento voluntario, así como generar “y proporcionar la información necesaria para el diseño y la evaluación de la política tributaria” (Ocampo, 2012).²²

Es de destacarse que una de las políticas públicas del gobierno federal en los últimos años, la ética pública en el desempeño de los servidores públicos e instituciones, es erradicar la percepción del contribuyente que existe de un sistema tributario corrupto, ineficiente y sesgado al interés de ciertos grupos; por esa razón el SAT trabaja día con día para mejorar su reputación e imagen pública, por lo que ha hecho “suyo los valores que se traducen como la honestidad, respeto, compromiso y responsabilidad” (Tello y Hernández, 2004).²³

Ahora bien, las facultades de la administración general de recaudación están determinadas en el artículo 16 del reglamento interior del SAT publicado el 24 de agosto de 2015,²⁴ que regula el desarrollo y aplicación de la actividad económica coactiva del Estado.

22 Carlos Ocampo Medina, *Origen y evolución del SAT*, ed. especial, México, Puntos Finos, 2012, p. 24.

23 Carlos Tello y Domingo Hernández, “Sobre la reforma tributaria en México”, *Economía*, vol. 7, núm. 21, México, UNAM, 2004, p. 47.

24 Vid. Reglamento interior del Servicio de Administración Tributaria, publicado el 24 de agosto de 2015.

V. DESARROLLO DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO DE EJECUCIÓN

Una vez que la autoridad administrativa ha procedido a fincar un crédito fiscal mediante una resolución determinante, la autoridad tributaria debe comunicar formalmente lo conducente al contribuyente, mediante los instrumentos legales establecidos para el efecto. Este acto de comunicación tiene un doble sentido, en primer término implica un deber y obligación a la autoridad tributaria, consistente en dar a conocer sus determinaciones a las personas implicadas y, a la vez, constituye una garantía de los administrados, ya que a partir de este momento procedimental el sujeto pasivo de la relación tributaria se hace conocedor de las circunstancias de modo, tiempo “y lugar que acontecieron al momento de actualizarse el hecho generador y hecho imponible” (Gamero y Fernández, 2010).²⁵

La comunicación de la *resolución determinante* a los interesados constituye un elemento fundamental de seguridad jurídica y una *conditio iuris*, “de cuya realización depende la eficacia del acto” (Entrena, 1999)²⁶ que es en su momento dado el fin de la administración, la ejecución del acto administrativo fincado. La forma de *notificación* puede ser de diversas maneras. Una de ellas puede ser la comparecencia del propio contribuyente deudor en las oficinas de la autoridad recaudadora; asimismo, durante mucho tiempo la forma privilegiada y ponderada de notificación en materia administrativa y fiscal fue la que se contempla en los

25 Eduardo Gamero Casado y Severiano Fernández Ramos, *Manual básico de derecho administrativo*, 7ª. ed., Madrid, Tecnos, 2010, p.448

26 Rafael Entrena Cuesta, *Curso de derecho administrativo I/I. Concepto, fuentes, relación jurídico-administrativa y justicia administrativa*, 13ª. edición, España, Tecnos, 1999, pp. 196 y 197.

códigos adjetivos de la materia como personal, es decir, “que un agente autorizado e identificado de la propia administración se apersona en el domicilio del gobernado” (Sánchez, 2010).²⁷ Tradicionalmente se han utilizado otras diversas formas de notificación, a saber: por estrados, por edictos, por cédula, por correo certificado con acuse de recibido, requerimiento notarial, telegrama, servicio público de correos, y últimamente por medios electrónicos.

La notificación electrónica²⁸ en algunos países como España es de aceptación voluntaria, su utilización es preponderantemente para empresas y se lleva a cabo únicamente para el supuesto de algunos procedimientos; en ella se utiliza la firma electrónica y se tiene por hecha la notificación si el interesado después de un término fijado por la ley “no abre la aplicación o el archivo electrónico” (Molina, 2011).²⁹

Una vez habiendo nacido la obligación tributaria, estableciéndose con certeza los sujetos de la relación jurídico-tributaria principal, habiéndose notificado al contribuyente deudor tal acontecimiento, y al no comprobarse con prueba documental alguna o digital, que el contribuyente hubiese procedido al pago del monto

27 Miguel Sánchez Morón, *Derecho administrativo. Parte general*, 6ª. edición, España, Tecnos, 2010, p. 545.

28 En el caso del sistema jurídico tributario mexicano, las notificaciones se están realizando a través del programa electrónico denominado buzón tributario, mismo que es obligatorio para todos los contribuyentes y consiste, según el Servicio de Administración Tributaria (órgano desconcentrado de la Secretaría de Hacienda y Crédito Público, encargado de la notificación, control y cobro de los créditos fiscales en México), en “un servicio que permite la comunicación entre el SAT y los contribuyentes, quienes pueden realizar trámites, presentar promociones, depositar información o documentación, atender requerimientos y obtener respuestas a sus dudas”.

29 Andrés Molina Giménez, *Materiales derecho administrativo I, estudios de grado*, España, Facultad de Derecho Universidad de Alicante, 2011, p. 76

determinado, garantizado o promoviera embargo en vía administrativa, o bien impugnara la resolución determinante que da origen al crédito fiscal dentro del término o periodo ejecutivo concedido para el efecto la autoridad administrativa recaudadora tiene la facultad y obligación de emitir un documento o resolución³⁰ en la que ordene se requiera al deudor para que efectúe el pago, con el apercibimiento que de no hacerlo se procederá al embargo de bienes muebles o inmuebles suficientes y bastantes para hacer efectivo el crédito fiscal y sus accesorios.

El *requerimiento* constituye el acto inicial del procedimiento administrativo de ejecución. “En este momento del procedimiento es cuando se actualiza el reclamo” (Villegas, 2001)³¹ de la deuda por parte de la autoridad administrativa al sujeto pasivo, y en él se exige la comprobación del pago del crédito fiscal o bien proceda a realizar el mismo. Después de efectuar el requerimiento de pago, la autoridad administrativa debe narrar de manera detallada y sucinta las circunstancias de modo, tiempo y lugar, en una constancia por escrito, que realiza el personal destinado para desarrollar dicha diligencia.³²

Ahora bien, el *embargo* se realiza con posterioridad al reque-

30 En el sistema jurídico mexicano se le denomina mandamiento de ejecución y debe contener los datos siguientes: a) número de crédito; b) resolución determinante; c) fecha de su emisión; d) autoridad que la dictó; e) fecha de su notificación y f) conceptos que integran la obligación requerida. Lo anterior se justifica si se toma en cuenta que con esa información el contribuyente conoce con exactitud los antecedentes de la indicada actuación. Vid. Tesis 168142. I.7o.A.603 A. Tribunales Colegiados de Circuito, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, novena época, tomo XXIX, enero de 2009, México, p. 2691.

31 Héctor B. Villegas, *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, 7ª. ed., Buenos Aires, 2001, p. 478.

32 En el sistema jurídico mexicano se le denomina acta circunstanciada de hechos o acta circunstanciada de diligencia de requerimiento de pago.

rimiento de pago y representa en sí la medida coactiva con que cuenta el Estado para allegarse de los elementos necesarios para hacer cumplir sus determinaciones en materia tributaria, para obtener la “recaudación de los créditos fiscales mediante la enajenación de los bienes que hayan sido afectados por esta medida” (Fénech, 1951).³³

La finalidad del embargo es la recuperación de los créditos fiscales a favor del erario federal, mediante el secuestro o aseguramiento de bienes propiedad del contribuyente o deudor, para en su caso rematarlos, enajenarlos fuera de subasta o adjudicarlos a favor del fisco, para con el producto cubrir el importe de los créditos. El personal ejecutor designado debe presentarse en el domicilio del deudor previo citatorio; se le hace saber al sujeto pasivo de la relación tributaria que le asiste el derecho de designar bienes, los cuales pueden ser muebles o inmuebles.³⁴

La base de enajenación de los bienes inmuebles lo constituye el *avalúo*, ya que este acto procedimental permite, entre otras

33 Fénech define el embargo como “el acto procesal consistente en la determinación de los bienes que han de ser objeto de la realización forzosa de los bienes que posee el deudor en su poder o en el de terceros, fijando su sometimiento a la ejecución y que tiene como contenido una intimidación al deudor para que se abstenga de realizar cualquier acto, dirigido a sustraer los bienes determinados y sus frutos de la garantía del crédito”, en Miguel Fénech, *Derecho procesal tributario*, volumen 3, 1ª., Barcelona, Bosch, 1951, pp. 51-53.

34 En el sistema jurídico mexicano se establece un orden para la elección de bienes sujetos a embargo, a saber: dinero, metales y depósito bancario, acciones, bonos, cupones vencidos, valores mobiliarios y en general créditos de inmediato y fácil cobro a cargo de entidades o dependencias de la federación, estados y municipios y de instituciones o empresas de reconocida solvencia, así como bienes inmuebles. Asimismo se establecen bienes que están exceptuados de embargo como el lecho cotidiano, vestido del deudor y de sus familiares, los muebles de uso indispensable del ejecutor y sus familiares, no siendo de lujo instrumentos indispensables para el ejercicio de la profesión, ejidos, pensiones, salarios hasta cierto monto, entre otros.

cosas, evitar embargos excesivos en decremento de la esfera jurídica del deudor, “además brinda la oportunidad de una mejor futura enajenación en beneficio recíproco de ambas partes” (Ortega, 2001).³⁵ El avalúo catastral es, pues, el acto mediante el cual se determina el valor fiscal de los predios y construcciones adheridas a estos. Dicho valor fiscal sirve de sustento para establecer la base del remate. Para ello, la autoridad administrativa nombra peritos valuadores mediante oficio notificado al experto, mismo que debe aceptar o rechazar la encomienda y al mismo tiempo hacerlo del conocimiento a la autoridad recaudadora.

El *remate de bienes* consiste en la etapa realizada por la autoridad fiscal para lograr la recuperación de los créditos fiscales a favor del erario y consiste en un conjunto de actos jurídicos que permiten a la autoridad realizar la venta forzada de bienes para satisfacer una obligación es pues el modo natural para la realización de la enajenación forzosa. “El remate es convocado para una fecha determinada y la convocatoria consiste en el acto administrativo procedimental mediante el cual se procede a la publicidad del remate de los bienes embargados, llamando a postores” (Cabanellas, 1993);³⁶ suele fijarse en sitios visibles y usuales de la oficina ejecutora llamados estrados, y en los lugares públicos que se juzgue conveniente.³⁷

35 R. Ortega Calvo, *Curso de derecho financiero I. Derecho tributario (parte general)*, España, Civitas, 2001, pp. 338 y 339.

36 Quien ofrece precio por alguna cosa, más especialmente, quien oferta en subasta, remate o almoneda. Vid. Guillermo, Cabanellas de Torres, *Diccionario jurídico elemental*, 11ª. ed., México, Heliasta, 1993, p. 250.

37 En el sistema jurídico mexicano la convocatoria *se publica en la página electrónica* de las autoridades fiscales, en ella se dan a conocer los bienes objeto del remate, el valor que sirve de base para su enajenación, así como los requisitos que deberán cumplir los postores para concurrir al mismo.

Asimismo, toda postura deberá ofrecerse de contado,³⁸ cuando menos la parte suficiente para cubrir el interés fiscal; si este es superado por la base fijada para el remate se entregarán al deudor “salvo que medie orden de autoridad competente o que el propio deudor acepte por escrito que se haga entrega total o parcial del saldo a un tercero” (Fernández, 1998).³⁹

El remate debe llevarse a cabo en la fecha y hora señalados en la convocatoria para el efecto,⁴⁰ en él participan las autoridades administrativas y las personas que hubieren presentado posturas; al finalizar la subasta se procede levantar acta circunstanciada, en la cual se narren las circunstancias de modo, tiempo y lugar de cómo se desarrolló y la determinación si se ha procedido a la enajenación o adjudicación por falta de postores.

38 El procedimiento administrativo de ejecución para el cobro de créditos fiscales mexicano regulado en el código fiscal de la federación establece que *las posturas se envían en documento digital* con firma electrónica avanzada a la dirección electrónica que se señale en la convocatoria para el remate. La autoridad hacendaria envía los mensajes conducentes que confirman la recepción de las posturas. Para intervenir en una subasta es necesario que el postor, antes de enviar su postura, realice una transferencia electrónica de fondos equivalente cuando menos al 10 por ciento del valor fijado a los bienes en la convocatoria.

39 Refugio de Jesús Fernández Martínez, *Derecho fiscal*, 1ª. ed., México, McGraw-Hill/Interamericana 1998, pp. 372 y 373.

40 En el caso de México, *el remate se desarrolla de manera electrónica*; la autoridad recaudadora desarrolla las subastas públicas en página electrónica; en ella se especifica el periodo correspondiente a cada remate, el registro de los postores y las posturas que se reciban, así como la fecha y hora de su recepción. Cada subasta tiene una duración de cinco días que da inicio a partir de las 12 horas (hora del centro de la Ciudad de México) del primer día y concluye a las 12 horas del quinto día. En dicho periodo los postores presentarán sus posturas. La autoridad recaudadora finca el remate a favor de quien haya hecho mejor postura. Cuando existan varios postores que hayan ofrecido una suma igual y dicha suma sea la postura más alta se acepta la primera postura que se haya recibido. Una vez fincado el remate se comunicará el resultado del mismo a través de medios electrónicos a los postores que hubieren participado en él, remitiendo el acta que al efecto se levante, véase Código fiscal de la federación, última reforma del 16 de mayo de 2019.

Cabe señalar que puede celebrarse una segunda subasta. Ello ocurre cuando en primera subasta no fuese posible la enajenación del bien sujeto a remate por no haberse presentado postores o bien por no haberse logrado llegar al monto determinado como base de la venta forzosa. “Este supuesto se trata de un acto de discrecionalidad por parte de la autoridad ejecutora, ya que decidirá a la vista de las diferentes posturas, no llevarla a cabo, en razón de que las mismas no cumplen con las expectativas y necesidades del interés general” (Ortega, 2001).⁴¹

Ahora bien, si no se procedió al remate de bienes se procede a la *adjudicación del bien*, “que consiste propiamente en un acto jurídico a través del cual se procede a la atribución como propia a persona determinada de una cosa mueble o inmueble como consecuencia de una subasta o en este caso remate” (Manzanero, 2010).⁴² La adjudicación se refiere al acto por medio del cual una autoridad competente (en este caso la autoridad recaudadora) atribuye o reconoce a una persona el derecho a gozar de un bien patrimonial.⁴³ En consecuencia la adjudicación no es otra cosa que el acto administrativo ejecutivo posterior al remate, en virtud del cual se atribuye el *iusutendi*, *iusfruendi* y *iusabutendi*⁴⁴ al mejor postor o bien a favor de la autoridad hacendaria.

41 R. Ortega Calvo, op. cit., p. 342.

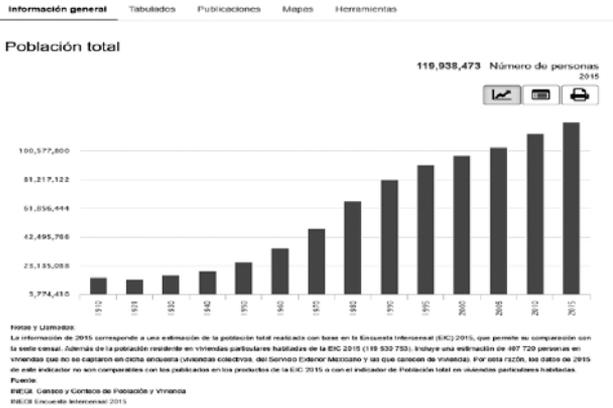
42 José Antonio Manzanero Escutia, “La adquisición de propiedad de inmuebles por resoluciones y sus implicaciones fiscales federales”, *Revista mexicana de derecho*, núm. 12, México, Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2010, p. 147. Disponible en www.juridicas.unam.mx.

43 Alicia Elena Pérez Duarte, *Diccionario jurídico mexicano*, t. A-CH, 5ª. ed., México, IIJ-UNAM, Porrúa, 1992, p. 104.

44 Constituyen las tres facultades principales del derecho de propiedad pleno: uso (*iusutendi*), goce (*iusfruendi*) y disfrute (*iusabutendi*), distinción que proviene del derecho romano fuente del sistema jurídico mexicano.

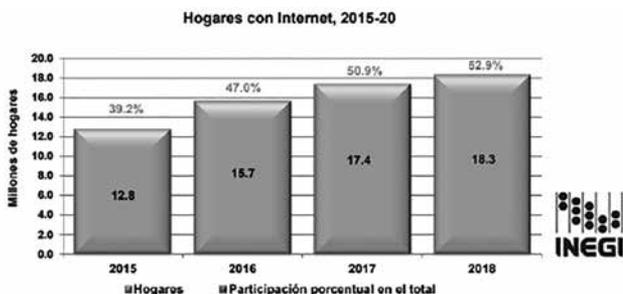
VI. ACCESO A LA TECNOLOGÍA EN MÉXICO

Una vez analizado el marco normativo constitucional y el desarrollo del procedimiento administrativo de ejecución es importante establecer datos cuantitativos respecto al acceso a las tecnologías de la información, con la finalidad de sustentar los objetivos planteados en el presente ensayo. Así pues, para 2015 México contaba con una población total de 119 938 473, que ha ido creciendo de manera vertiginosa sobre todo en las décadas comprendidas de 1950 a 2015 sirve de ejemplo la gráfica siguiente:⁴⁵



Asimismo, para 2018 había 50 845 170 mexicanos con computadora y 69 093 303 sin esta herramienta de desarrollo humano e intelectual,⁴⁶ y de 2015 a 2018 el INEGI, en la Encuesta Nacional sobre Disponibilidad y Uso de TIC en Hogares (ENDUTIH), arrojó que había 74 325 379 con internet y 45 613 094 sin acceso al mismo, mostrado en la siguiente gráfica:

45 Disponible en <https://www.inegi.org.mx/temas/estructura/>
 46 Disponible en <https://www.inegi.org.mx/temas/estructura/>



Ahora bien, en la gráfica siguiente se observa las variantes que ha tenido la población mexicana respecto a la pobreza, pobreza extrema, población vulnerable y población no vulnerable, comprendido de 2008 a 2018.⁴⁷



47 Disponible en https://www.inegi.org.mx/temas/ingresoshog/default.html#Informacion_general https://www.inegi.org.mx/app/tabulados/pxweb/inicio.html?rxid=2a7423ff-cf36-4e8f-8cec-f04faba3b2a3&db=Hogares&px=Hogares_13

La sana distribución de la riqueza, la moderación de la opulencia y la indigencia, así como el abatimiento de la pobreza, siguen siendo desafíos que se tienen que resolver.

Para septiembre de 2019, el SAT contaba con un padrón de 76 279 471 contribuyentes activos, de los cuales 30 392 033 eran personas físicas, 2 112 709 personas morales, 39 914 grandes contribuyentes (PF), 43 725 675 asalariados (PF) y 9 140 grandes contribuyentes.⁴⁸ Como se puede observar hay una gran población que aún no está dada de alta como contribuyente o aún más puede estar dada de alta y no tener acceso a los servicios de tecnologías de la información.

En Estados Unidos Mexicanos la autoridad hacendaria ha apostado por mejorar la eficacia recaudatoria con base en la modernización de los procedimientos administrativos utilizando la internet y la computación; sin embargo, los números que arrojan las encuestas sobre el número de personas que no tienen acceso a las tecnologías, a una computadora o a la internet, son a la fecha tristemente amplios, de allí que la accesibilidad a estos medios electrónicos sigue siendo un desafío en nuestro país.

48 Disponible en http://omawww.sat.gob.mx/cifras_sat/Paginas/datos/vinculo.html?page=giipTipCon.html

VII. CONCLUSIONES

Si bien es cierto el procedimiento administrativo de ejecución para el cobro de créditos fiscales debe ser un instrumento eficaz, eficiente, que responda a las necesidades recaudatorias del Estado, también es cierto es que el mismo debe estar diseñado para ser accesible y llegar a todos los sectores de la sociedad incluyendo los grupos vulnerables como los grupos indígenas y las zonas apartadas del país, ya que existen dos disyuntivas a proteger: salvaguardar a plenitud el derecho de defensa por ser sujetos afectos al procedimiento y participar en la adquisición de bienes que son sujetos a remate.

Como ya se mencionó, el procedimiento administrativo de ejecución busca el cobro de créditos fiscales no cubiertos en tiempo y forma por los contribuyentes morosos y de esa manera hacerse allegar recursos suficientes para satisfacer las necesidades individuales, colectivas y sociales; sin embargo, establecer un remate y subasta vía electrónica priva la oportunidad a todas aquellas personas que no gozan con computadora y acceso a la internet para participar en ellas, lo que limita al propio Estado contar con un número mayor de participantes.

Es verdad que el procedimiento administrativo de ejecución para el cobro de créditos fiscales debe ser un instrumento actualizado, ágil y accesible que responda a las necesidades del mundo globalizado en el que vivimos, es verdad que las condiciones de acceso a la computación a internet no es generalizado en los Estados Unidos Mexicanos, de allí que debe haber un equilibrio entre dichas circunstancias y buscar poco a poco su homologación.

VIII. FUENTES CONSULTADAS

- Álvarez, Mario I., *Introducción al estudio del derecho*, 3ª. ed., México, 2015.
- Astudillo Moya, Marcela, “Algunas consideraciones sobre la nueva hacienda pública”, *Momento económico*, núm. 119, enero-febrero de 2002, México.
- Villegas, Héctor B., *Curso de finanzas, derecho financiero y tributario*, 7ª. ed., Buenos Aires, 2001.
- Cabanellas de Torres, Guillermo, *Diccionario jurídico elemental*, México, Heliasta S.R.L., 1993.
- Cámara de Diputados, Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. Disponible en <https://www.coneval.org.mx/Paginas/principal.aspx>
- Entrena Cuesta, Rafael, *Curso de derecho administrativo I/I. Concepto, fuentes, relación jurídico-administrativa y justicia administrativa*, 13ª ed., España, Tecnos, 1999.
- Fénech, Miguel, *Principios de derecho procesal tributario*, tomo II, Barcelona, Bosch, 1949.
- Fénech, Miguel, *Derecho procesal tributario*, vol. 3, 1ª. ed., Barcelona, Bosch, 1951.
- Fernández Martínez, Refugio de Jesús, *Derecho fiscal*, 1ª. ed., México, McGraw-Hill/Interamericana, 1998.
- Gamero Casado, Eduardo y Fernández Ramos, Severiano, *Manual básico de derecho administrativo*, 7ª. ed., Madrid, Tecnos, 2010.
- Manzanero Escutia, José Antonio, “La adquisición de propiedad de inmuebles por resoluciones y sus implicaciones fis-

- cales federales”, en *Revista mexicana de derecho*, núm. 12, México, Colegio de Notarios del Distrito Federal, 2010. Disponible en www.jurídicas.unam.mx.
- Margadant, Guillermo F., *Introducción a la historia del derecho mexicano*, 18ª. ed., México, Esfinge Grupo Editorial, 2002.
- Merker, Adolfo, “Teoría general del derecho administrativo”, *Revista de derecho privado*, serie C, volumen XI, España, 1935.
- Molina Giménez, Andrés, *Materiales. Derecho administrativo I. Estudios de grado*, España, Facultad de Derecho, Universidad de Alicante, 2011.
- Morales, José Ignacio, *Derecho romano*, 1ª. ed., México, Trillas, 1998.
- Ocampo Medina, Carlos, “Origen y evolución del SAT”, ed. especial, México, Puntos Finos, 2012.
- Ortega Calvo, R., *Curso de derecho financiero I. Derecho tributario (parte general)*, 5ª. ed., España, Civitas, 2001.
- Pérez Duarte, Alicia Elena, *Diccionario jurídico mexicano*, t. A-CH, 5ª. ed., México, IJ-UNAM, Porrúa, 1992.
- Petit, Eugene, *Tratado elemental de derecho romano*, 18ª. edición, México, Porrúa, 2002.
- Rodríguez Lobato, Raúl, *Derecho fiscal*, 2ª. ed., México, Oxford, 2006.
- Sánchez de la Vega, Javier Alejandro, “El procedimiento administrativo de ejecución y el derecho de petición”, 1ª. ed., México, Ediciones Fiscales ISEF, 2016.
- Sánchez Gómez, Narciso, *Derecho fiscal mexicano*, 6ª. ed., México, Porrúa, 2009.

Sánchez Morón, Miguel, *Derecho administrativo, parte general*, 6ª. ed., España, Tecnos, 2010.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Seminario Judicial de la Federación* y su gaceta.

Tello, Carlos y Hernández, Domingo, “Sobre la reforma tributaria en México”, *Economía*, vol. 7, núm. 21, México, UNAM, 2004.

Ventura Silva, Sabino, *Derecho romano. Curso de derecho privado*, 24ª. edición, México, Porrúa, 2001.

LEY DE TRANSFORMACIÓN DIGITAL DEL ESTADO DE CHILE Y PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO: ¿HACIA UNA MAYOR EFICIENCIA, EFICACIA Y CONTROL DE LA ACTIVIDAD DE LA ADMINISTRACIÓN?

Matías Villarroel Flores*

I. INTRODUCCIÓN

La globalización y los procesos de modernización han significado un mayor acceso a medios tecnológicos y conectividad facilitando diversos aspectos de la vida. La gestión administrativa de los Estados puede beneficiarse de este proceso si cuentan con una adecuada planificación, permitiéndoles un mejor funcionamiento y una relación ágil y cercana con la ciudadanía. En 2014 la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) llamó a los gobiernos a orientar su funcionamiento hacia la digitalización;¹ luego dijo que las tecnologías digitales “... son un mecanismo clave para fortalecer la gobernanza pública que puede contribuir a que los gobiernos sean más abiertos, eficaces y eficientes...”.² Chile desde hace algunos años ha implementado una digitalización sectorial de organismos de la administración

* Tutor académico en el área de derecho público, Facultad de Derecho y Humanidades, Universidad Central de Chile.

1 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Recomendaciones para el desarrollo de estrategias de administración digital*, París, OCDE, 2014. Disponible en <http://www.oecd.org/gov/digital-government/Recommendation-digital-government-strategies.pdf>

2 Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Políticas de banda ancha para América Latina y el Caribe: un manual para la economía digital*, París, OCDE, 2016, p. 391. Disponible en <http://dx.doi.org/10.1787/9789264259027-es>

de Estado,³ lo que no ha sido suficiente; se requiere avanzar hacia una digitalización total que permita un beneficio recíproco para administración y administrados; esta necesidad ha quedado aún más de manifiesto con el Covid-19, introduciendo forzosamente nuevas formas de relación social.

En este sentido, el poder ejecutivo de Chile, en el año 2018 impulsó una estrategia de transformación digital,⁴ que se materializó en la Ley de Transformación Digital del Estado N° 21.180, publicada en el *Diario Oficial* el 11 de noviembre de 2019, la cual tiene por objeto alcanzar una actividad de la administración del Estado más eficiente, eficaz y transparente.

De esta forma, se pretende dar respuesta a la siguiente interrogante: ¿La Ley de Transformación Digital del Estado y la implementación de un procedimiento administrativo electrónico podría implicar una mayor eficacia, eficiencia y control de la actividad de la administración?

Primero se analizará las justificaciones que avalan al ejecutivo a recurrir a la ley para transformar digitalmente a la administración, fecha de entrada en vigencia, cómo se implementará, obligatoriedad y ámbito de aplicación; luego, las principales modificaciones que se introducen al procedimiento administrativo. Los objetivos de digitalizar la administración y las posibilidades de cumplimiento que les otorga la Ley N° 21.180. Se plantearán las conclusiones conducentes a responder la interrogante planteada.

3 “... al año 2019 aproximadamente 50 por ciento de los trámites del gobierno central se puede hacer digitalmente”, Gobierno de Chile, *Instructivo presidencial sobre transformación digital en los órganos de la administración del Estado*, Chile, 2019. Disponible en <https://digital.gob.cl/uploads/files/1593104535Instructivo-Transformacion-Digital.pdf>

4 Gobierno de Chile, *Estrategia de transformación digital del Estado*, Chile, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2019. Disponible en https://digital.gob.cl/uploads/files/1592606251estrategia_de_transformacion_digital_2019_.pdf

II. ELECCIÓN DE LA VÍA LEGISLATIVA

El principio de legalidad se encuentra consagrado en los artículos 6°. y 7°. de la Constitución Política de Chile y en el artículo 2°. de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado N° 18.575, y constituye una de las piedras angulares del derecho público chileno, conforme al cual, como señala Pallavicini (2011), los organismos de la administración del Estado deben regir en su actividad jurídica a los procedimientos administrativos que establezca la ley,⁵ ello para que esta actuación sea válida. En tal sentido, el numeral 18 del artículo 63 de la Carta Fundamental señala que es materia de dominio legal la fijación de las bases de los procedimientos que rijan a los actos de la administración del Estado. Por otra parte, su artículo 19, N° 26, establece que solo mediante un precepto legal se pueden regular, complementar o limitar derechos fundamentales.

Al tanto de aquellas limitaciones normativas, el poder ejecutivo presenta el proyecto de ley para la transformación digital del Estado, que viene a modificar la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos N° 19.880, introduciendo el procedimiento administrativo electrónico. Estas modificaciones y regulaciones, como comparte gran parte de la doctrina, se encuentran vedadas por vía de potestad reglamentaria y solo serían posibles mediante una norma de rango legal. En primer lugar, ya que conforme al principio de legalidad y de reserva legal, las actuaciones de los organismos de la administración deben regirse por el marco establecido en la ley y no en el reglamento, correspondiéndole

5 Julio Pallavicini Magnère, “El principio de legalidad del gasto público en materia financiera”, *Anuario de Derecho Público*, núm. 1, Santiago, Universidad Diego Portales, 2011, pp. 209-230.

únicamente al legislador regular los aspectos bases del procedimiento y al reglamento solo los aspectos complementarios que dan fisonomía a los procedimientos.⁶ Según se desprende del artículo 1º. de la Ley N° 21.180, esta es una ley que fija las bases de todo procedimiento administrativo electrónico, lo que es una materia de exclusivo dominio legal.⁷ Porque dicho cuerpo normativo regula, modifica, complementa y, en su caso, puede llegar a limitar garantías fundamentales del ciudadano en sus relaciones con la administración, en concreto dentro del procedimiento administrativo, lo que de acuerdo con el núm. 26 del artículo 19 de la Constitución solo se puede realizar mediante norma de rango legal.⁸

III. ENTRADA EN VIGENCIA E IMPLEMENTACIÓN DE LA LEY N° 21.180

Debido a las necesidades que existen previo a la implementación de esta ley se dispuso de la vacancia para su entrada en vigencia e implementación. Siguiendo a Osorio y Vilches, podemos distinguir entre vacancia general y vacancia particular o norma de gradualidad establecidas por la Ley N° 21.180.⁹ La vacancia general se encuentra establecida en el artículo 2º. transitorio y señala que

6 Eduardo Cordero Quinzacara, “El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 32, primer semestre 2009, Valparaíso, 2009, pp. 409-440.

7 José Miguel Valdivia, *Manual de derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 250. Luis Cordero Vega, *Lecciones de derecho administrativo*, 2ª. ed., Santiago, Thomson Reuters, 2015, pp. 328 y 329.

8 Jorge Bermúdez Soto, *Derecho administrativo general*, 2ª. ed., Santiago, Thomson Reuters, 2011, p. 81.

9 Cristóbal Osorio y Leonardo Vilches, *Derecho administrativo*, tomo II Acto administrativo, Santiago, Der Ediciones, 2020, p. 33.

la Ley N° 21.180 entrará en vigencia 180 días después de la publicación del último de los reglamentos señalados por la misma ley. Reglamentos que conforme al artículo 4°. transitorio deben dictarse dentro del plazo de un año contado desde la publicación de la ley. En cambio, la vacancia especial o norma de gradualidad se encuentra en el artículo 1°. transitorio y faculta al presidente de la república para por medio de un decreto con fuerza de ley regular las siguientes materias:

- i. La gradualidad para aplicar esta ley a los órganos de la administración, y a qué tipo de procedimientos administrativos o materias.
- ii. La aplicación de todo o parte de esta ley a los procedimientos administrativos especiales que se expresen por medios electrónicos.

No obstante, hay que tener presente que de acuerdo con el inciso segundo del artículo 2o. transitorio la gradualidad en la aplicación de esta ley tiene un límite de cinco años contados desde su publicación (11 de noviembre de 2024), luego de los cuales se aplicará indistintamente a todos órganos y procedimientos. Cabe señalar que conforme a lo dispuesto en el artículo 9°. del código civil, la Ley N° 21.180 es irretroactiva, es decir, solo aplicará procedimientos administrativos iniciados con posterioridad a su entrada en vigencia.

IV. OBLIGATORIEDAD Y ÁMBITO DE APLICACIÓN DE LA LEY N° 21.180

Con anterioridad a la Ley de Transformación Digital del Estado, la Ley de Procedimiento Administrativo ya permitía expresamente la utilización de medios digitales para los procedimientos de la administración.¹⁰ De esta manera, los artículos 5°, 18, 19 y 59 de dicha ley otorga a los órganos de la administración, la facultad discrecional de disponer de medios electrónicos para la tramitación de los procedimientos, pero aquello, como en su ocasión señaló la Contraloría General de la República, no es una obligación, estando sujeto a decisión del órgano de la administración, lo que en gran medida depende de los medios con que cuente y presupuesto disponible.¹¹ Es así como el artículo 5° de la Ley N° 19.880, que consagra el principio de escrituración, señala: “El procedimiento administrativo y los actos administrativos a los cuales da origen se expresarán por escrito o por medios electrónicos [...]”.

Esta postura ha sido reafirmada recientemente por esta entidad de control, quien a propósito del coronavirus y el teletrabajo por parte de los funcionarios públicos señaló que “... actualmente la Ley N° 19.880 permite, en su artículo 5°, que el procedimiento administrativo y los actos administrativos a los cuales da origen se expresen por medios electrónicos y que a contar de la vigencia de la Ley N° 21.180 —diferida en los términos que establece su

10 Jesús González Pérez, “La ley chilena de procedimiento administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 162, septiembre/diciembre, Madrid, 2003, pp. 359-389.

11 Contraloría General de la República, Dictamen (la implementación del uso de medios electrónicos por parte de los órganos de la administración es facultativa y no obligatoria), Santiago, Chile, 04/10/2018, N°. 24.945-2018.

artículo segundo transitorio— esa vía constituirá la regla general en la materia”.¹² Es por ello que algunos órganos y servicios públicos desde hace años ya cuentan con la digitalización de sus actos y procedimientos, en algunos casos con óptimos resultados, permitiendo realizar solicitudes en línea, tramitación o seguimiento de procedimientos de manera electrónica, e incluso la dictación de actos administrativos mediante firma electrónica avanzada. Entre ellos, cabe mencionar a la Contraloría General de la República, los Tribunales Ambientales, el Servicio de Registro Civil e Identificación, la Dirección de Compra y Contratación Pública, a través del portal mercado público, entre otros.

Con la entrada en vigor de la Ley N° 21.180, la digitalización en los órganos administrativos, salvo las excepciones legales, pasa a ser una obligación, debiendo sus actos administrativos dictarse y sus procedimientos sustanciarse de manera electrónica. Lo que era del todo necesario, por las arbitrariedades en que puede incurrir la administración cuando cuenta con potestades discrecionales, sin una regulación de los criterios y condiciones para su ejercicio, como la decisión de disponer de medios electrónicos. También, como señala González, por la necesidad de contar con una regulación minuciosa que permita cumplir el objetivo de utilizar medios electrónicos para la sustanciación de los procedimientos de la administración sin menoscabar las garantías elementales de los administrados.¹³

Esta obligatoriedad se verá reflejada en diversas normas de la Ley de Procedimiento Administrativo, en primer lugar, en el

12 Contraloría General de la República, Dictamen (sobre medidas de gestión que pueden adoptar los órganos de la administración del Estado a propósito del brote de Covid-19), Santiago, Chile, 17/03/2020, N°. 3.610-2020.

13 Idem.

nuevo inciso segundo del artículo 1º., que señala que todos los procedimientos administrativos, salvo las excepciones legales, deberán expresarse por medios electrónicos.¹⁴ El artículo 5º., que establece el nuevo principio de escrituración, “El procedimiento administrativo y los actos administrativos a los cuales da origen se expresarán por escrito a través de medios electrónicos...”.¹⁵ Por último, el artículo 19, que dispone la obligatoriedad de uso de las plataformas electrónicas por parte de los órganos de la administración.¹⁶

Ahora, teniendo presente las características de la Ley de Bases de los Procedimientos Administrativos, que se desprenden de su artículo 1º., a saber es una ley de bases por establecer los pilares base de todo procedimiento administrativo,¹⁷ y es supletoria respecto de los procedimientos administrativos especiales. De esta supletoriedad, de acuerdo con Cordero Vega (2006), cabe distinguir tres niveles; primero, es aplicable en caso de que los procedimientos especiales carezcan de toda regulación; luego, cuando su regulación especial es parcial o no abarca la totalidad de sus aspectos, o en caso de que su ley especial señale su regulación integral, pero se siguen guiando por los principios y garantías de la Ley N° 19.880, por su carácter básico y general.¹⁸

Presente lo anterior haremos mención a las características de la Ley N° 21.180 y por tanto del procedimiento administrativo

14 Ley N° 21.180, artículo 1, N°. 1, letra b).

15 Ley N° 21.180. artículo 1, N°. 3.

16 Ley N° 21.180, artículo 1, N°. 9.

17 Gabriel Celis Danzinger, *Manual de derecho administrativo general*, 2ª. ed., Santiago, Hammurabi, 2020, p. 372.

18 Luis Cordero Vega, “La supletoriedad de la Ley de Procedimiento Administrativo, en acto y procedimiento administrativo”, en *Segunda Jornada de Derecho Administrativo. Actas*, Valparaíso, Ediciones Universitarias de Valparaíso, 2006, pp. 49- 70.

electrónico. En primer lugar, se puede afirmar que es una ley de bases, ya que consagra los principios básicos aplicables a todo procedimiento administrativo electrónico, característica de la LBPA. Pero a diferencia de la Ley de Procedimiento Administrativo, la Ley N° 21.180 y el procedimiento administrativo electrónico no son supletorios, ya que todos los actos y procedimientos administrativos deberán obligatoriamente ser dictados o tramitados electrónicamente,¹⁹ salvo las excepciones legales.

Lo anterior no obsta a que lo dispuesto en la Ley N° 19.880 siga siendo supletorio respecto de los procedimientos especiales. Lo que sucede es que con la entrada en vigencia de la Ley N° 21.180 todo lo relativo a la tramitación digital de los procedimientos que señale la Ley N° 19.880 será obligatorio para los órganos de la administración, pero las demás normas no relacionadas con ello seguirán siendo supletorias respecto de los procedimientos especiales. Como señalan Osorio y Vilches (2020) esto se desprende del análisis del nuevo artículo 1° de la Ley N° 19.880, ya que por medio de técnica legislativa se optó "... que el mandato sobre la tramitación electrónica fuera introducido en un inciso anterior al referido a la aplicación supletoria de la LBPA. Esa técnica pretende establecer que todo lo relativo a la tramitación electrónica es obligatorio para las autoridades administrativas, siendo de carácter supletorio aquellas normas no relacionadas a la tramitación electrónica".²⁰

19 Ibidem, p. 31.

20 Ibidem, p. 32.

V. PRINCIPALES MODIFICACIONES QUE LA LEY N° 21.180 INTRODUCE AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO

El mensaje presidencial de la Ley N° 21.180, señala: "... solo digitalizar trámites no es suficiente. Hoy la tecnología es capaz de automatizar procesos, integrarse a nuestra vida a través de los dispositivos móviles, permitirnos comprar en línea y eliminar situaciones que nos quitan lo más valioso que todos tenemos sin distinción, y que no se puede recuperar: el tiempo".²¹ Es decir, el ejecutivo entendió la necesidad de realizar un cambio radical y profundo a la forma actual en que los ciudadanos se relacionan con la administración, que se adecue con los tiempos actuales. Esta necesidad se abordó a través de la actividad formal de la administración, que se manifiesta en dos materias tan importantes para el derecho administrativo, el acto y el procedimiento administrativo, reguladas en la Ley de Bases de Procedimientos Administrativos, cuya existencia se remonta a 2003. A continuación, analizaremos las modificaciones realizadas por la Ley N° 21.180 al procedimiento administrativo que reviste mayor relevancia.

1. *PRINCIPIOS DEL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO*

El artículo 4° de la Ley N° 19.880 consagra los principios del procedimiento administrativo, a los cuales ahora se incorporan nuevos principios referentes a los medios electrónicos,²² que lue-

21 Biblioteca del Congreso Nacional, Mensaje presidencial de la Ley N° 21.180, Chile, 2019, pp. 3 y 4. Disponible en https://www.bcn.cl/historiadela-ley/fileadmin/file_ley/7698/HLD_7698_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf

22 Ley N° 21.180, artículo 1, núm. 2.

go son definidos en el nuevo artículo 16 bis, a saber: neutralidad tecnológica, actualización, equivalencia funcional, fidelidad, interoperabilidad y cooperación.

El principio de actualización, consiste en que “... los órganos de la administración del Estado deberán actualizar sus plataformas a tecnologías no obsoletas o carentes de soporte, así como generar medidas que permitan el rescate de los contenidos de formatos de archivo electrónicos que caigan en desuso”.

El principio de equivalencia funcional implica que “... los actos administrativos suscritos por medio de firma electrónica serán válidos y producirán los mismos efectos que si se hubieren llevado a cabo en soporte de papel”.

El principio de fidelidad conlleva que “... todas las actuaciones del procedimiento se registrarán y conservarán íntegramente y en orden sucesivo en el expediente electrónico, el que garantizará su fidelidad, preservación y la reproducción de su contenido”.

El principio de interoperabilidad implica que “... los medios electrónicos deben ser capaces de interactuar y operar entre sí al interior de la administración del Estado, a través de estándares abiertos que permitan una segura y expedita interconexión entre ellos”.

El principio de cooperación consiste en que “... los distintos órganos de la administración del Estado deben cooperar efectivamente entre sí en la utilización de medios electrónicos”.²³

Cabe hacer referencia al principio de neutralidad tecnológica, que pese a ser enunciado a diferencia de los demás no es definido, de acuerdo con la legislación comparada; se entiende que hace referencia a la no imposición del Estado, de preferencias a

23 Ley N° 21.180, artículo 1, N°. 6.

favor de una tecnología específica, garantizando la elección independiente por los ciudadanos y por los órganos de la administración.²⁴

2. COMUNICACIONES Y REMISIÓN DE ANTECEDENTES ENTRE ÓRGANOS DE LA ADMINISTRACIÓN, AUTORIZACIÓN DEL INTERESADO SI SE TRATA DE DATOS SENSIBLES

Se modifica el artículo 9º. de la Ley N° 19.880 relativo al principio de economía procedimental, incorporando la comunicación electrónica en su nuevo inciso tercero,²⁵ que señala que todas las comunicaciones que se realicen dentro del procedimiento entre órganos de la administración se harán por medios electrónicos, debiendo dejarse constancia del órgano requirente, el funcionario que realiza el requerimiento, el destinatario, el procedimiento en que se realiza, la gestión que se encarga y el plazo de realización. También, debe remitirse una copia digital de la comunicación a todos los interesados.²⁶

Se incorpora un artículo 24 bis,²⁷ que faculta a los órganos que estén sustanciando un procedimiento administrativo, cuando necesiten documentos o información, de materias de su competencia, necesarios para su conocimiento o resolución, que estén en poder de otros órganos de la administración, solicitarle que se los remita digitalmente en virtud de los principios de interoperabilidad y cooperación. Si contienen datos sensibles, se requiere previa autorización del interesado, conforme a lo que señala el

24 Como en el caso de España, en que este principio es definido en el artículo 4, letra i), Ley 11/2007, de 22 de junio, de acceso electrónico de los ciudadanos a los servicios públicos.

25 Ley N° 21.180, artículo 1, N°. 6.

26 Ley N° 21.180, artículo 1, N°. 5,

27 Ley N° 21.180, artículo 1, N°. 13

artículo 30, letra f) de la Ley N° 19.880. De las solicitudes que recaigan en datos sensibles se deberá llevar un registro.²⁸

3. *EXPEDIENTE ADMINISTRATIVO ELECTRÓNICO*

El paso de un procedimiento administrativo en formato papel a uno electrónico, lógicamente implica el surgimiento de un expediente en formato digital. La Ley N° 21.180 modifica el inciso final del artículo 18 de la Ley N° 19.880, introduciendo un inciso sexto relativo al expediente administrativo electrónico; este estará alojado en una plataforma digital, esto facilitará y asegurará el permanente acceso de los interesados, respecto del registro actualizado de las actuaciones que debe contener dicho expediente. Conforme al artículo 19 bis, el expediente debe estar a disposición en las dependencias del respectivo órgano de la administración en formato papel, en caso que alguno de los interesados se encuentre autorizado a realizar sus presentaciones y presentar documentos en aquel formato.

4. *DERECHO DE LOS INTERESADOS A CONOCER EL ESTADO DEL PROCEDIMIENTO Y A OBTENER COPIAS AUTORIZADAS DIGITALES*

Otra de las modificaciones al procedimiento administrativo electrónico que cabe destacar es la facilitación al ejercicio del de-

²⁸ Ley N° 21.180, artículo 1, N°. 13, debe contener como mínimo las siguientes menciones:

- a) Órgano requirente.
- b) Funcionario responsable.
- c) Órgano destinatario.
- d) Procedimiento a que corresponde.
- e) Datos o información que se solicita.
- f) Plazo establecido para su realización, si corresponde.

recho de los interesados del artículo 17, letra a), de la Ley N° 19.880; esto es, a conocer en cualquier momento su estado de tramitación y a obtener copia autorizada de los documentos del expediente, copias que también serán digitales. Esta digitalización del expediente permite que los interesados accedan directamente a la plataforma electrónica en que se aloje y visualizar y descargar las copias autorizadas, sin previo requerimiento al órgano respectivo, ya que de acuerdo con la nueva parte final de la letra a) se entiende por copia autorizada, "... aquella generada por la plataforma electrónica donde se acceda al expediente electrónico, que cuente con un medio de verificación de su autenticidad".²⁹ Señalar que los interesados tendrán derecho a solicitar copias del expediente en formato papel si se encuentran autorizados a realizar presentaciones y presentar documentos en aquel formato.³⁰

5. *DERECHO A ACOMPAÑAR DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS*

Se incorporará una nueva letra c) al artículo 17 de la Ley N° 19.880 que consagra el derecho de las personas a acompañar documentos electrónicos como copias digitalizadas de documentos en formato papel o documentos electrónicos de origen que no sean emitidos por los órganos de la administración del Estado, siempre que conste su autenticidad e integridad, salvo que por mandato legal o reglamentario estos deban ser acompañados en papel, a su costa.³¹

29 Ley N° 21.180, artículo 1, N°. 7, letra a)

30 Ley N° 21.180, artículo 1, N°. 8, letra d).

31 Ley N° 21.180, artículo 1, N°. 7, letra b).

*6. DERECHO DE EXIMIRSE DE PRESENTAR CIERTOS DOCUMENTOS;
DEBER DE REMISIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN*

En la nueva letra d) del artículo 17 de la Ley N° 19.880 se establece el deber de la administración y derecho para los administrados de eximirse de presentar documentos que no correspondan al procedimiento o que emanen y se encuentren en poder de otro órgano de la administración del Estado. En tal caso debe ser remitida por el órgano que la tenga en su poder.³²

7. INGRESO DE SOLICITUDES, FORMULARIOS Y DOCUMENTOS POR MEDIOS ELECTRÓNICOS

Con la entrada en vigor de la Ley N° 21.180, en el procedimiento administrativo el ingreso de solicitudes, formularios y documentos se realizará a través de las plataformas electrónicas dispuestas al efecto.³³ Esto está señalado en el nuevo inciso quinto del artículo 18 de la Ley N° 19.880.

8. EXCEPCIÓN A LA TRAMITACIÓN DIGITAL, PRESENTACIONES Y DICTACIÓN DE ACTOS ADMINISTRATIVOS EN SOPORTE DE PAPEL

Como se señaló, conforme a la nueva normativa la tramitación electrónica de los procedimientos administrativos es una obligación para todos los órganos de la administración, salvo las excepciones legales. Una de esas excepciones la encontramos en el inciso quinto del artículo 18 de la Ley N° 19.880, permitiendo presentaciones en papel a personas que carezcan de medios tec-

32 Ley N° 21.180, artículo 1, N°. 7, letra c).

33 Ley N° 21.180, artículo 1, N°. 8, letra b).

nológicos, que no tengan acceso a estos o que solo actúen excepcionalmente a través de ellos. Esto debe ser solicitado mediante un formulario ante el órgano respectivo, el que debe pronunciarse dentro de tres días y fundadamente en caso de denegación. La solicitud no suspende los plazos de los interesados, por ello, en todo caso, antes del vencimiento de un plazo y mientras no se haya pronunciado la administración podrán efectuarse las presentaciones en papel.³⁴ Asimismo, de acuerdo con el nuevo inciso final del artículo 18 de la Ley de Procedimiento, cuando por emergencia, fuerza mayor u otro motivo calificado, el sistema o plataformas electrónicas no se encuentren disponibles se autoriza la emisión de ciertos actos administrativos en formato papel, ello mediante resolución fundada del jefe superior del servicio; posteriormente deben digitalizarse y agregarse al expediente digital.³⁵

9. ACTOS ADMINISTRATIVOS Y DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS CON FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA, LEY N° 19.799

La Ley N° 21.180 señala que en el procedimiento administrativo electrónico, los actos administrativos y los documentos presentados por los interesados, deberán cumplir con lo dispuesto en la Ley N° 19.799, es decir deben ser suscritos mediante firma electrónica y contar con servicio de certificación. Ello está establecido en el nuevo artículo 19 bis de la Ley N° 19.880. Además señala que en caso que el formato original del documento presentado por el interesado no sea papel, este podrá presentarlo al expediente electrónico mediante copias digitalizadas las que luego serán cotejadas. Podrá presentarse ante el respectivo órgano

34 Ley N° 21.180, artículo 1, N°. 8, letra b).

35 Ley N° 21.180, artículo 1, N°. 8, letra b).

documentos electrónicos o en caso de no ser posible en formato papel, el que deberá ser digitalizado e ingresado inmediatamente al expediente por los funcionarios. Respecto de documentos presentados por órganos de la administración, cuyo formato original sea papel, deberán de acuerdo con lo señalado en la Ley N° 18.545³⁶ digitalizarse por el correspondiente funcionario.³⁷

10. *CONSTITUCIÓN DE PODER MEDIANTE FIRMA ELECTRÓNICA AVANZADA*

Otro cambio relevante es que se modifica el artículo 22 de la Ley N° 19.880, que faculta a los interesados para actuar por medio de apoderados en el procedimiento administrativo,³⁸ añadiendo en su inciso segundo la posibilidad de que el poder conste no solo en escritura pública o instrumento privado autorizado ante notario, también en un documento suscrito con firma electrónica avanzada. Además, para la representación respecto de actos administrativos que producen efectos que exigen solemnidad de instrumento o escritura pública se puede otorgar el poder por escritura pública o documento suscrito con firma electrónica avanzada.³⁹

36 Ley N° 18.845, que establece sistemas de microcopia o micrograbación de documentos.

37 Ley N° 21.180, artículo 1, N°. 10.

38 De acuerdo con el artículo 22 de la Ley de Procedimiento Administrativo no es necesario que el apoderado tenga la calidad de abogado.

39 Ley N° 21.180, artículo 1, N°. 11.

11. *NUEVOS REQUISITOS PARA SOLICITUD DE INICIO DEL PROCEDIMIENTO, INDICAR MEDIO ELECTRÓNICO PARA NOTIFICACIONES Y SI SE AUTORIZA USO DE DATOS SENSIBLES*

La Ley N° 21.180 introduce modificaciones a los requisitos de la solicitud de inicio del procedimiento señalados en el artículo 30 de la Ley N° 19.880. Respecto del primer requisito, la letra a), ahora el interesado deberá señalar un medio digital para que se le practiquen las notificaciones, pudiendo ser un correo electrónico, que se entenderá como domicilio válido para estos efectos y se incluirá el registro del artículo 46.⁴⁰ Se añade un requisito en la nueva letra f), la manifestación del interesado respecto si autoriza al órgano de la administración que tenga en su poder documentos o información con datos de carácter sensible, para que los remita electrónicamente al órgano que corresponda resolver el procedimiento respectivo.⁴¹

12. *NOTIFICACIÓN POR MEDIOS ELECTRÓNICOS COMO REGLA GENERAL*

En el procedimiento administrativo electrónico la notificación por carta certificada pasa a ser excepcional, siendo la notificación por medios digitales, principalmente por correo electrónico, la regla general. El nuevo artículo 46 de la Ley N° 19.880 dispone que las notificaciones se practicarán por medios electrónicos de acuerdo con la información contenida en un registro único del registro civil, sobre el cual se configurarán domicilios digitales únicos. Esta notificación tendrá el carácter de personal. Esto su-

40 Ley N° 21.180, artículo 1, N°. 15, letra a).

41 Ley N° 21.180, artículo 1, N°. 15, letra b).

perará en gran medida aquella eterna discusión que planteaba el artículo 46 respecto a cual sería “ la oficina de correos que corresponda” lo que determinaba el momento en que se empieza a contar el plazo de tres días para que se entienda practicada la notificación por carta certificada.⁴²

Excepcionalmente, podrá tener lugar otra forma de notificación, como la carta certificada, para personas que no tengan acceso a medios electrónicos o solo actúen a través de ellos, las que podrán solicitar una forma de notificación distinta a la digital al organismo ante el cual se sustancia el procedimiento o al único encargado del registro civil, el que se pronunciará dentro del tercer día. De no ser posible la notificación solicitada se realizará por carta certificada al domicilio señalado en la solicitud y se entenderá practicada a contar del tercer día siguiente a su recepción en la oficina de correos que corresponda,⁴³ manteniéndose la forma de cómputo del antiguo artículo 46.

VI. OBJETIVOS QUE SE PRETENDEN ALCANZAR CON LA DIGITALIZACIÓN DE LA ADMINISTRACIÓN DEL ESTADO Y POSIBILIDADES DE CUMPLIMIENTO CON LA LEY N° 21.180

Los principales objetivos que tiene a la vista la Ley N° 21.180 para digitalizar a la administración del Estado son señalados en

42 Contraloría General de la República, Dictamen (manera de computar el plazo para entender practicada la notificación por carta certificada según el artículo 48 de la ley 19.880), Santiago, Chile, 15/12/2009, No. 69.659-2009, “... conviene reiterar que “la oficina de Correos que corresponda”, a que se refiere el aludido artículo 46, es la del domicilio del notificado y no la del órgano remitente de la carta...”.

43 Ley N° 21.180, artículo 1, N°. 17.

su proceso de formación, “aplicar de mejor manera los principios de servicialidad, eficiencia y eficacia en el actuar de los órganos de la administración del Estado”, “transformar nuestro Estado en uno más cercano, eficiente y transparente”, “avanzar hacia un Estado que sea más ágil, más innovador y más efectivo para cumplir su función de servir al bien común”.⁴⁴ Es decir, los objetivos dicen relación con un mayor cumplimiento en la actividad formal de la administración, de los principios de eficacia, eficiencia, establecidos en el artículo 3°. de la Ley de Bases Generales de la Administración del Estado, y elevar los estándares de control de la administración, a través del fortalecimiento del principio de transparencia y publicidad, consagrado en el artículo 3°. de la Ley de Bases y además en los artículos 4°, 16 y 17 letra d) de la Ley N° 19.880 y en el artículo 8°. de la Carta Fundamental.

La eficacia es entendida como “la obtención intencionada, en tanto deliberada y conscientemente orientada a un fin, de un resultado o efecto determinado por parte de un agente con poder y fuerza para obrar”.⁴⁵ Como señala Vaquer, podemos distinguir entre eficacia global y particular de la administración.⁴⁶ La mayor eficacia global está ligada a cuanto más eficiente sea la actividad de la administración y apunta a que la tramitación de sus procedimientos y la dictación de sus actos de manera electrónica, teniendo presente la finalidad última de la administración, le per-

44 Biblioteca del Congreso Nacional, Mensaje presidencial de la Ley N° 21.180, Chile, 2019. Disponible en https://www.bcn.cl/historiadelaley/fileadmin/file_ley/7698/HLD_7698_749a0d2dec7072ac83d52ebf0f2ff393.pdf

45 Gladys Camacho Cepeda, “Los principios de eficacia y eficiencia administrativas”, en *La administración del Estado de Chile: Decenio 1990-2000*, Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 2000, pp. 505-536.

46 Marcos Vaquer Caballería, “El criterio de eficiencia en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 186, septiembre-diciembre, Madrid, 2011, pp. 91-135.

mita otorgar mayor y mejor satisfacción de necesidades públicas y cumplir de mejor manera su finalidad de promover el bien común, ya que de acuerdo con el artículo 1°. de la Constitución el Estado se encuentra al servicio de la persona. Respecto a la eficacia particular y teniendo presente los principales objetivos de digitalizar los procedimientos administrativos estos serán más eficaces en la medida que permitan establecer una relación de las personas con la administración más cercana, menos burocrática y que permita un acceso a ella más expedito y simple.

No obstante, se debe señalar que nos quedan dudas respecto de la eficacia y creemos que se presentarán grandes retos y problemáticas para el Estado, debido a las brechas económicas y etarias que existen en nuestra sociedad para acceder a medios digitales.⁴⁷ Según un estudio de la Fundación País Digital, en Chile al año 2020 dentro del decil de menos ingresos de la población solo 53.5 por ciento utiliza la internet, en cambio en el decil de mayores ingresos la cifra asciende a 96.8 por ciento.⁴⁸ Respecto de la brecha etaria, el mismo estudio indica que en 2020 dentro de la población de entre 30 y 35 años 98.8 por ciento es usuaria de la internet, mientras que dentro del grupo que va desde los 75 a los 79 años solo 24.3 por ciento.⁴⁹ Estas brechas podrían significar dejar a un grupo importante de la población al margen del nuevo Estado digital, principalmente a las personas de mayor edad, a las de menores ingresos y a los que viven en localidades más alejadas.

47 Osorio y Vilches, op. cit., p. 46.

48 Fundación País Digital, *Brecha en el uso de internet: Desigualdad digital en el 2020*, Chile, 2020, p. 28. Disponible en <https://s3.amazonaws.com/paisdigital/wp-content/uploads/2020/07/09104453/FPD-Estudio-Brecha-uso-internet-2020-web-09-07-20.pdf>

49 *Ibidem*, p. 35.

La segunda duda que surge es la relación con los costos asociados a la implementación de la digitalización estatal. Como señala Osorio y Vilches (2020), en este proceso se reflejará "... la disparidad de recursos entre las diversas autoridades administrativas y, en especial, de las municipalidades".⁵⁰ De acuerdo con cifras de la Fundación Observatorio Fiscal, la comuna de Pedro Aguirre Cerda de la Región Metropolitana de Santiago en 2019 tuvo ingresos totales de \$13 651 883 000, en tanto por el mismo concepto la comuna de Santiago tuvo ingresos totales de \$117 597 002 000,⁵¹ superando en casi nueve veces los ingresos de Pedro Aguirre Cerda; esto podría significar desventajas para municipios de menores recursos, para capacitar a sus funcionarios y mejorar su infraestructura digital, teniendo en cuenta que a 2015 por cada funcionario municipal solo había 0.76 computadores.⁵²

El principio de eficiencia implica "...la optimización del consumo y asignación de cualesquiera recursos públicos, ya sean económicos (financieros, materiales o personales) o jurídicos (reglas, actos, plazos)."⁵³ El hecho de pasar desde actos y procedimientos administrativos en formato papel hacia un formato digital indudablemente traerá consigo una actuación administrativa más eficiente, ya que implicará una reducción de los costos que la gestión administrativa trae aparejada al Estado. La reducción

50 Osorio y Vilches, op. cit., p. 58.

51 Fundación Observatorio Fiscal, Cifras elaboradas a partir de datos de la Contraloría General de la República, ¿Cuáles son las brechas que existen entre los ingresos municipales de cada comuna?, Chile, 2019. Disponible en <https://observatoriofiscal.cl/Informato/Repo/BrechasantreMunicipios>

52 Alcalá Consultores, "Análisis sociocultural más comunicación", *Estudio de evaluación del nivel de digitalización en municipios*, Chile, 2015, p. 30. Disponible en http://www.biblioteca.digital.gob.cl/bitstream/handle/123456789/139/informe_municipios_junio_2015_final_.pdf?sequence=1&isAllowed=y

53 Vaquer Caballería, op. cit.

de costos, como se señala en la tramitación de la ley, es tanto material (compra de papel, fotocopias, envío de cartas certificadas, arriendos para almacenamiento de documentos) como inmaterial (reducción de los tiempos de tramitación de los procedimientos y de dictación de actos), lo que implica ahorro de tiempo para el Estado y los ciudadanos. Un informe financiero de la Dirección de Presupuestos señala que la ley implicará un mayor gasto fiscal de \$1 214 350 000, pero un mayor ahorro fiscal de \$6 044 518 000, los dos en régimen.⁵⁴

Respecto a los mayores estándares de control de la actividad administrativa, por medio del fortalecimiento del principio de publicidad y transparencia, creemos que en los cambios introducidos al procedimiento administrativo ello no se evidencia. Es así que conforme al nuevo artículo 18 de la Ley N° 19.880 el acceso al expediente administrativo seguirá estando limitado a quienes tengan la calidad de interesados en el procedimiento de acuerdo con el artículo 21 de la Ley de Procedimiento Administrativo, respecto del registro electrónico de las actuaciones; es decir, no existirá un expediente y registro públicos para terceros ajenos al procedimiento, los que deberán recurrir al ya conocido mecanismo de solicitar al organismo el acceso al expediente por transparencia pasiva en virtud de la Ley sobre Acceso a la Información Pública N° 20.285.⁵⁵

Hay un pequeño avance en materia de publicidad y transparencia respecto del derecho de los interesados a obtener copias autorizadas del expediente del artículo 17 letra a) de la Ley N°

54 Ministerio de Hacienda, *Informe financiero N°. 98*, Chile, 2018 Disponible en http://www.dipres.gob.cl/597/articles-175251_doc_pdf.pdf

55 Contraloría General de la República, Dictamen (interesados tienen derecho a solicitar acceso al expediente administrativo y a requerir copias de este), Santiago, Chile, 26/07/2017, N°. 27.945-2017.

19.880. No obstante, esto ya había sido zanjado por la Contraloría⁵⁶ y recientemente por la Corte Suprema de Justicia,⁵⁷ en el sentido que en virtud de dicha norma los interesados tienen derecho a solicitar copias dentro del procedimiento, sin estar supe- ditado al procedimiento de la Ley de Transparencia. Con la Ley N° 21.180 se le da mayor posibilidad de cumplimiento práctico a dicho derecho, ya que al ser el expediente administrativo digital, el interesado podrá acceder directamente a este en la plataforma respectiva y proceder a descargar las copias, sin mediar solicitud al órgano de la administración.

VII. CONCLUSIONES

La decisión de introducir la digitalización del acto y procedi- miento administrativo mediante una ley y no un reglamento fue acertada, ya que va en concordancia con los principios de legalidad y reserva legal que tienen rango constitucional.

La vigencia diferida de la Ley N° 21.180 y sus normas de gra- dualidad permiten superar en cierta medida los problemas aso- ciados a implementar la digitalización de la administración. Pese que de acuerdo con la Ley N°19.880 los órganos administrativos ya podían utilizar medios electrónicos, es elogiabile que con la Ley de Transformación del Estado ello pase a ser obligación, te- niendo en consideración las arbitrariedades en que pueden in- currir los organismos si no cuentan con criterios para tomar una decisión discrecional como la de disponer de estos medios para

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Corte Suprema de Justicia, *Sentencia*, 03/07/2020, considerando décimo, N°. 33.673-2019, Santiago, Chile.

sus procedimientos. En ciertos casos la utilización de medios digitales no pasa solo por decisión del organismo si no que depende de sus medios tecnológicos y presupuesto. Cabe destacar que la obligatoriedad se introduzca mediante una regulación específica disminuye las posibilidades de menoscabo de derechos de los ciudadanos en el empleo de medios electrónicos.

De las modificaciones a la Ley N° 19.880 cabe destacar introducción de principios específicos que disciplinen a todo procedimiento administrativo electrónico, la total digitalización de trámites y actuaciones tan trascendentes, como las comunicaciones entre organismos, documentos y expediente, firma electrónica para suscripción de actos y documentos, notificaciones electrónicas.

Respecto de la mayor eficacia general, si este proceso de digitalización no va de la mano con medidas que garanticen un mayor acceso a medios digitales de los grupos vulnerables y que los órganos públicos cuenten con mayores recursos y medios tecnológicos no se podrá cumplir dicho objetivo, ya que las brechas económicas, etarias y digitales que existen en la población y las diferencias económicas y digitales entre los organismos públicos son abismantes.

Creemos que la digitalización de actos y procedimientos efectivamente se traducirá en una actuación administrativa más eficiente y cercana que a largo plazo significará una optimización de recursos públicos, producto de la reducción de costos materiales e inmateriales que implican la gestión administrativa además del ahorro de tiempo para los ciudadanos.

El objetivo de obtener por medio de la digitalización de los procedimientos un actuar administrativo más transparente y con posibilidades de un mayor control no se cumple. No existe nueva

normativa o modificaciones a la existente que vaya en tal sentido, el expediente administrativo solo será accesible a los interesados y no será público para terceros, lo que sería totalmente factible al estar alojado en una plataforma digital. El avance de cumplimiento práctico del derecho de los interesados a obtener copias digitales no es suficiente en pos de la finalidad perseguida y ya había sido resuelto por la jurisprudencia.

VIII. BIBLIOGRAFÍA

Alcalá Consultores, “Análisis sociocultural más comunicación”, *Estudio de evaluación del nivel de digitalización en municipios*, Chile, 2015, p. 30.

Bermúdez Soto, Jorge, *Derecho administrativo general*, 2ª. ed., Santiago, Thomson Reuters, 2011.

Biblioteca del Congreso Nacional, *Historia de la Ley N° 21.180*, Chile, 2019.

Biblioteca del Congreso Nacional, Mensaje presidencial de la Ley N° 21.180, Chile, 2019.

Camacho Cepeda, Gladys, “Los principios de eficacia y eficiencia administrativas”, *La administración del Estado de Chile: Decenio 1990-2000*, Santiago, Editorial Jurídica Cono Sur Ltda., 2000, pp. 505-536.

Celis Danzinger, Gabriel, *Manual de derecho administrativo general*, 2ª. ed., Santiago, Hammurabi, 2020.

Contraloría General de la República, Dictamen (interesados tienen derecho a solicitar acceso al expediente administrativo y a requerir copias de este), 26/07/2017, N°. 27.945-2017, Santiago, Chile.

Contraloría General de la República, Dictamen (sobre medidas

de gestión que pueden adoptar los órganos de la administración del Estado a propósito del brote de Covid-19), 17/03/2020, N°. 3.610-2020, Santiago, Chile.

Contraloría General de la República, Dictamen (la implementación del uso de medios electrónicos por parte de los órganos de la administración es facultativa y no obligatoria), 04/10/2018, N°. 24.945-2018, Santiago, Chile.

Contraloría General de la República, Dictamen (manera de computar el plazo para entender practicada la notificación por carta certificada según el artículo 48 de la Ley 19.880), 15/12/2009, N°. 69.659-2009, Santiago, Chile.

Cordero Quinzacara, Eduardo, “El sentido actual del dominio legal y la potestad reglamentaria”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, núm. 32, primer semestre, Valparaíso, 2009, pp. 409-440.

Cordero Vega, Luis, “La supletoriedad de la Ley de Procedimiento Administrativo”, en *Acto y Procedimiento Administrativo: Segunda Jornada de Derecho Administrativo, Actas*, Ediciones Universitarias de Valparaíso, Valparaíso, 2006.

Cordero Vega, Luis, *Lecciones de derecho administrativo*, 2ª ed., Santiago, Thomson Reuters, 2015.

Corte Suprema de Justicia, Sentencia, 03/07/2020, considerando décimo, N°. 33.673-2019, Santiago, Chile.

Fundación País Digital, *Brecha en el uso de internet: Desigualdad digital en el 2020*, Chile, 2020.

González Pérez, Jesús, “La ley chilena de procedimiento administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 162, septiembre/diciembre, Madrid, 2003, pp. 359-389.

Gobierno de Chile, *Instructivo presidencial sobre transformación digital en los órganos de la administración del Estado*, Chile, 2019.

- Ministerio de Hacienda, *Informe financiero N°. 98*, Chile, 2018.
- Gobierno de Chile, *Estrategia de transformación digital del Estado*, Chile, Ministerio Secretaría General de la Presidencia, 2019.
- Observatorio Fiscal, *¿Cuáles son las brechas que existen entre los ingresos municipales de cada comuna?*, Chile, 2019.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Recomendaciones para el desarrollo de estrategias de administración digital*, París, 2014.
- Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos, *Políticas de banda ancha para América Latina y el Caribe: un manual para la economía digital*, París, 2016.
- Osorio, Cristóbal y Vilches, Leonardo, *Derecho administrativo*, Tomo II Acto administrativo, Santiago, Der Ediciones, 2020.
- Pallavicini Magnère, Julio, “El principio de legalidad del gasto público en materia financiera”, *Anuario de Derecho Público*, núm. 1, Santiago, Universidad Diego Portales, 2011, pp. 209-230.
- Valdivia, José Miguel, *Manual de derecho administrativo*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2018, p. 250.
- Vaquero Caballería, Marcos, “El criterio de eficiencia en el derecho administrativo”, *Revista de Administración Pública*, núm. 186, septiembre-diciembre, Madrid, 2011, pp. 91-135.

**INFLUENCIA DEL PLURALISMO POLÍTICO EN
EL FEDERALISMO HACENDARIO MEXICANO:
CASO BAJA CALIFORNIA**

Gabriel Alejandro Ibarra Torres*
Emigdio Julián Becerra Valenzuela**

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es uno de los productos de una investigación vigente que se desarrolla en la Universidad Autónoma de Baja California en la línea de derecho constitucional y fiscal-administrativo. Su objetivo es exponer las bases doctrinales de la teoría del federalismo que se ha implementado en el derecho constitucional mexicano, particularmente en lo que respecta las relaciones hacendarias entre los órdenes de gobierno, así como el régimen jurídico mediante el cual se ejecutan estas relaciones, cuyas condiciones fundamentales se encuentran en el derecho constitucional positivo.

* Licenciado en derecho por la Facultad de Derecho Mexicali de la UABC, con Especialidad en derecho con énfasis en derecho fiscal y administrativo por la Facultad de Derecho Mexicali de la UABC; alumno de Maestría en Ciencias Jurídicas por la misma institución educativa.

** Licenciado en derecho y Maestro en Ciencias Jurídicas por la Facultad de Derecho Mexicali de la UABC; alumno doctorando en la Universidad de La Habana, República de Cuba; actualmente profesor de tiempo completo ordinario de carrera titular B y juez del Tribunal Universitario campus Mexicali en la UABC. Integrante del Cuerpo Académico Investigaciones en Derecho Administrativo: UABC-CA-303

En México, en relación con el “reparto de competencias entre los órganos de la federación y los locales” (Serrano Migallón, 2015, p. 187), la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no contiene una delimitación exhaustiva de las facultades que pertenecían a la federación y a las entidades federativas en materia fiscal, al punto de que los gobernados claramente pudiesen identificar las que exclusivamente pertenecen a la federación y a las entidades federativas y sin que se haya establecido qué porcentaje de la carga impositiva sobre los mexicanos debe ser captada por el gobierno nacional y cuánto por los estados (Barceló Rojas, 2016, pp. 67-68).

Por ello, esta concurrencia entre la Federación y los estados en materia federal dio pie a una serie de problemas de incertidumbre jurídica y situaciones de superposición de gravámenes federales, estatales y municipales para los gobernados (Arechederra Mustre, 2017), que se intentaron solucionar, primero, a través de la convocatoria de convenciones nacionales fiscales “que trataron de concertar entre los gobiernos estatales, municipales y federal los problemas de concurrencia fiscal, así como los apoyos a las entidades más necesitadas de recursos públicos” (Moreno Ayala, 2015). Contrario a lo deseado en principio por estas convenciones, de acuerdo con el mismo autor, se generó “una centralización de los recursos públicos en las arcas del gobierno federal, mientras que los gobiernos locales vieron disminuidas sus atribuciones soberanas en materia de recaudación de ingresos”, y por la frecuente carencia de recursos para satisfacer las necesidades públicas bajo su encargo (Fernández Ruiz, 2014, p. 123) se cambió por el Sistema Nacional de Coordinación Fiscal (SNCF), mediante el cual la federación absorbería la recaudación de ciertas contribuciones a fin de que las entidades participaran en una porción de estas.

Se debe notar que este sistema fue establecido en un contexto histórico-político en el que las mismas fuerzas políticas se encontraban en la administración de los gobiernos federales y locales, situación que no tardó en cambiar. Con el paso del tiempo, esta solución que representó el sistema se topó frente al fenómeno del pluralismo político, y es el caso que ante este cambio en la dinámica política se observa que ha habido problemas financieros de diversas clases en Baja California y otros estados. Entonces, para descubrir la relación que existe entre el pluralismo político y los problemas financieros a nivel local, si es que la hay, es necesario estudiar aquellos casos en que la federación se encontraba bajo la administración del mismo partido político que administró Baja California y los casos en que se trataba de partidos políticos diversos y analizar los datos para descubrir o no dicha relación.

Con base en lo anterior se considera que la utilidad de este trabajo se encuentra en tres ámbitos principales: institucional, jurídico-social y teórico. Para el ámbito institucional se investigará con la finalidad de detectar deficiencias en la operación y coordinación de los órdenes de gobierno. Para el ámbito jurídico-social, la utilidad de la investigación consistirá en detectar situaciones en las que los intereses políticos particulares se imponen sobre el bien común, para así averiguar las maneras en las que se pueda lograr el imperio de la ley y la satisfacción más eficiente de las necesidades de los gobernados. La utilidad de la investigación para el ámbito teórico consistirá en la aportación a la teoría del federalismo sobre los límites que puedan o no ser convenientes entre los órdenes de gobierno nacional y subnacionales frente al pluralismo político que se impone a la realidad política del país.

II. DELIMITACIÓN DEL PROBLEMA

El problema se manifiesta en las relaciones jurídico-financieras entre la federación y el estado de Baja California, particularmente en los problemas presupuestales que dicen los gobernantes de las entidades se deben en parte a la distribución inequitativa, insuficiente y demorada de los impuestos federales, que pone en tela de duda si el Sistema de Coordinación Fiscal se ha convertido más en un problema que una solución (Espinosa P., 2014), lo cual se presenta como consecuencia de la pérdida de la soberanía impositiva de los estados (Uresti Robledo, 2016, p. 247), y la tendencia general centralizadora del sistema jurídico-político en México (Valadés, 2016, p. 29).

Paralelamente a las tensiones descritas se observa que ha habido discrepancias en cuanto a los partidos políticos que administran la federación y el gobierno del estado de Baja California, es decir, el desarrollo del pluralismo político. De ahí que se procedió a orientar la investigación en torno a averiguar la manera en que ha influido el pluralismo político en el desenvolvimiento de las relaciones jurídico-financieras entre la federación y el estado de Baja California en los casos de discrepancia entre los partidos políticos en el poder de cada orden de gobierno.

III. LOS ASPECTOS DOCTRINALES DEL FEDERALISMO HACENDARIO EN MÉXICO

En el caso de la organización histórica federal en México, Barceló (2016, pp. 20-21) expone las distinciones que hace Nettie Lee Benson de seis momentos en la formación de los estados

de la república federal mexicana, a partir de 1808 en el contexto de la invasión francesa de Napoleón Bonaparte al reino español, cuando los defensores de la soberanía de la corona en la Nueva España comienzan a organizarse espontáneamente en “juntas” en las distintas partes del territorio hasta el sexto momento que se lleva a cabo ya con el México independiente gracias a la labor de Agustín de Iturbide, quien brevemente intenta reestablecer el régimen monárquico en México sin los elementos considerados liberales de la Constitución gaditana, pero no logra sofocar los trabajos de los congresos constituyentes convocados en 1822 y 1824. El primer congreso fue disuelto por el posterior emperador Iturbide; sin embargo, después de su exilio se reunió el segundo congreso constituyente en 1824, que daría como resultado el Acta Constitutiva de la Federación de enero de 1824 y la famosa Constitución federal de octubre del mismo año que enlistó, al menos de forma provisional, las entidades federativas que integran la república federal mexicana.

Esta Constitución federal tuvo como propósito apartarse de las decisiones políticas fundamentales de la Constitución de Cádiz, para en su lugar adoptar aquellas previstas por José María Morelos y Pavón como líder de la insurrección independentista en la llamada Constitución de Apatzingán, que previó la república representativa y popular. A pesar de las identidades políticas regionales que mostraban ya cierta autonomía y de las ideas de los insurgentes, la experiencia política de haberse regido la Nueva España como virreinato influyó pesadamente en las tendencias centralistas de gobernarse el país a pesar de las estructuras descentralizadoras.

Estas tendencias centralistas se reflejan históricamente en el hecho de que la Constitución federalista de la república mexicana

fue duramente disputada prontamente no solo mediante las ideas sino las armas, de modo que la república osciló entre formas centralistas y formas federalistas de organización entre las décadas de 1830 y 1840, hasta que el federalismo fue establecido con el triunfo liberal sobre los conservadores, que dio pie a la Constitución de 1857 que, en esencia, guarda la estructura formal que la vigente Constitución de 1917, por cuya estructura se puede arribar a un cierto concepto de federalismo mexicano, considerado como forma de organización política, en la que existen al menos dos esferas de competencia coordinadas y autónomas entre sí en cierta medida (Tena Ramírez, 2011, p. 113), las cuales se encuentran unidas por un pacto “federal”, cuyos términos y condiciones—entre ellos, la distribución de facultades y competencias— se encuentran estipuladas en la constitución del Estado.

En el Estado mexicano, la distribución de competencias se ha llevado a cabo mediante un sistema de competencias residuales a favor de los estados, en el que se parte del supuesto de que la federación mexicana nació de un pacto entre estados preexistentes, que delegaron ciertas facultades en el poder central y se reservaban las restantes (Tena Ramírez, 2011, p. 113). De este modo, la Constitución mexicana enuncia expresamente los poderes que componen la esfera de competencia de la federación, principalmente en su artículo 73, bajo el entendido de que los poderes “residuales”, es decir, el resto, pertenecen a los estados federados, según el artículo 124.

En materia hacendaria si bien el criterio residual para la distribución de facultades constitucionales pudiera indicar que los estados deben tener una amplia serie de facultades dentro de su competencia es necesario tomar en cuenta otras consideraciones en relación con la fuerte tendencia centralizadora que sigue la

práctica política en México. Diego Valadés explica que debido a una fuerte tendencia a consolidar cada vez mayores facultades en el gobierno central federal desde sus inicios el artículo 73 constitucional ha venido siendo ampliado con diferentes cambios al mismo que hasta 2016 han sido 38 veces las que se ha modificado y hasta la actualidad otras ocho veces más.

Uno de los ámbitos en los que ha imperado esta tendencia centralizadora sin duda alguna es la tributaria, como es común a todos los federalismos del mundo, pretendidamente para el sostenimiento tanto del gobierno nacional como los locales (Barceló Rojas, 2016, pp. 67-68); esto se debe en gran parte a una deficiencia técnica en la distribución de competencias entre los órdenes de gobierno federal y estatal. Narra Moreno Ayala (2015):

México se caracteriza constitucionalmente como un país federal. Sin embargo, desde la Constitución de 1857 la delimitación de las bases fiscales de esa forma de gobierno fue débil. Con la Constitución de 1917 tampoco se resolvió cabalmente el problema, pues si bien se definieron algunos rubros impositivos como propios del gobierno federal, muchos otros no fueron asignados en exclusividad a algún ámbito de gobierno, por lo que se generó el problema de la múltiple tributación.

Entonces, por la falta de precisión en cuanto a los derechos que tienen los estados para proveerse efectivamente de sus propios ingresos tributarios en la práctica se abandonó la distribución de facultades hacendarias en manos de la dinámica y los poderes políticos; es decir, al no señalarse el porcentaje de la carga impositiva sobre los mexicanos que debe ser captada por el gobierno federal y por las entidades federativas u otorgar las

bases para fijarlo, la Constitución asumió que esa distribución será racionalmente considerada por los legisladores federales que —por efecto del sistema electoral, el federalismo, anclado en los estados como circunscripción territorial electoral— serán igualmente sensibles a la distribución territorial del presupuesto, lo cual vale decir que la Constitución asume que el incentivo de los legisladores que mana del sistema electoral hará que estos y el presidente de la república sean simultáneamente leales a los intereses de los estados y de la federación (Barceló Rojas, 2016, pp. 67-68), lo cual no ha sido el caso en la práctica, sino que se ha concentrado los poderes fiscales cada vez más en la federación, mediante el establecimiento de un sistema de coordinación que tuvo como finalidad resolver los problemas resultantes de las facultades concurrentes en materia fiscal.

Este sistema de coordinación fiscal consistió básicamente en que la federación y los estados pudiesen firmar convenios, por medio de los cuales las entidades federativas se comprometían a limitar sus potestades tributarias a favor de la federación, de modo que esta absorbería la recaudación de ciertas contribuciones acordadas y que así las entidades participaran en una porción de estas (Serna de la Garza, 2004, p. 23). Así, las entidades federativas una por una cedieron sus principales fuentes de ingresos tributarios en favor del gobierno federal, creándose en el proceso la Ley de Coordinación Fiscal que tuvo como objeto compensar esa cesión a través del envío de recursos a las entidades federativas que se han denominado participaciones federales o ramo 28, cuyos recursos se obtienen principalmente de lo que se recauda por los impuestos de base amplia (ISR, IVA, etc.) y por los tributos del petróleo (López Arévalo & Mayo Mendoza, 2015). Con este desarrollo se dio una centralización de los recursos públicos

en la hacienda del gobierno federal y los gobiernos locales vieron gravemente disminuidas sus atribuciones en materia de recaudación de ingresos (Moreno Ayala, 2015).

IV. RÉGIMEN JURÍDICO APLICABLE

Con la formal entrada en vigor del SNCF con la LCF de 1980 paulatinamente los estados fueron renunciando a ciertos de sus tributos en favor de la federación, a fin de que pudieran participar de los impuestos federales exclusivamente creados por la misma federación. Hoy, todos los estados han firmado un convenio de coordinación fiscal con la federación, teniendo como objeto principal el impuesto al valor agregado y el impuesto sobre la renta, los cuales habían pasado al poder de fijación y administración por parte de la federación, a pesar de que el artículo 73 constitucional no le asigna estos impuestos expresamente.

El artículo 1 de la LCF establece claramente el propósito del sistema, es decir, “establecer la participación que corresponda a [las] haciendas públicas [locales] en los ingresos federales; distribuir entre ellos dichas participaciones; fijar reglas de colaboración administrativa entre las diversas autoridades fiscales; constituir los organismos en materia de coordinación fiscal y dar las bases de su organización y funcionamiento”. Aunque, a decir verdad, la esencia de este sistema se encuentra en el artículo 10 de la misma ley, que contempla la coordinación fiscal a través de los convenios de coordinación fiscal entre la federación y las entidades federativas: “Las entidades que deseen adherirse al Sistema Nacional de Coordinación Fiscal para recibir las participaciones que establezca esta ley lo harán mediante convenio

que celebren con la Secretaría de Hacienda y Crédito Público (SHCP) que deberá ser autorizado o aprobado por su legislatura. También con autorización de la legislatura podrán dar por terminado el convenio”.

La participación en este sistema se rige por la conformación de diversos fondos participables, que Serna de la Garza (2004, p. 24) nos explica de la siguiente manera: “Fondo General de Participaciones: compuesto por 20 por ciento de la recaudación federal participable. Esta última está definida como la cantidad que obtenga la federación por todos sus impuestos, así como por los derechos sobre la extracción de petróleo y de minería, disminuidos con el total de las devoluciones por los mismos conceptos”. A este Fondo General de Participaciones se le añade un monto equivalente a 80 por ciento del impuesto recaudado en 1989 por las entidades federativas por concepto de las bases especiales de tributación. Dicho monto se actualizará en los términos del artículo 17-A del código fiscal de la federación y se distribuye conforme al propio artículo 2 de la LCF, que incluya una cierta fórmula que determina los montos correspondientes a cada entidad federativa.

Adicionalmente, existe el Fondo de Fomento Municipal, que se integra con uno por ciento de la recaudación federal participable, que corresponde a los municipios del país y distribuido conforme a la fórmula del artículo 2-a, fracción III de la LCF. Los recursos de este fondo no son entregados directamente a los municipios, sino a los gobiernos de los estados, y son estos quienes se encargan de transferirlos a los municipios (Serna de la Garza, 2004, p. 24). Junto con este fondo y el anterior se encuentran también diversos fondos y bolsas de participaciones establecidas de manera específica en la LCF, que son los siguientes:

- Fondo de Fiscalización y Recaudación.
- Fondo de Compensación.
- Fondo de Extracción de Hidrocarburos.
- Participaciones específicas en el impuesto especial sobre producción y servicios.
- Participaciones en 0.136 por ciento de la recaudación federal participable.
- Participaciones a municipios por los que se exportan hidrocarburos.
- Participaciones a la venta final de gasolinas.
- Participaciones por 100 por ciento de la recaudación del ISR que se entere a la federación, por el salario del personal de las entidades federativas.
- Fondo de Compensación del Impuesto sobre Automóviles Nuevos (e incentivos).
- Fondo de Compensación de Repecos e intermedios.
- Otros inventivos derivados de los convenios de colaboración administrativa en materia fiscal federal.

Por otro lado, la LCF prevé distintas transferencias de recursos federales a las entidades federativas llamadas “aportaciones”, que son definidas en el artículo 25 de la misma ley como “recursos que la federación transfiere a las haciendas públicas de los estados, Distrito Federal y en su caso de los municipios, condicionando su gasto a la consecución y cumplimiento de los objetivos que para cada tipo de aportación establece esta ley”. Los fondos a que se refiere la ley se encuentran en el mismo artículo, se trata de:

- Fondo de Aportaciones para la Nómina Educativa y Gasto Operativo.

- Fondo de Aportaciones para los Servicios de Salud.
- Fondo de Aportaciones para la Infraestructura Social.
- Fondo de Aportaciones para el Fortalecimiento de los Municipios y de las Demarcaciones Territoriales del Distrito Federal.
- Fondo de Aportaciones Múltiples.
- Fondo de Aportaciones para la Educación Tecnológica y de Adultos.
- Fondo de Aportaciones para la Seguridad Pública de los Estados y del Distrito Federal.
- Fondo de Aportaciones para el Fortalecimiento de las Entidades Federativas.

Observamos aquí una distinción elemental entre ambos tipos de recursos, es decir, entre aquellos provenientes de la recaudación federal participable y los que provienen de estos fondos de aportaciones; de acuerdo con el artículo 9º de la LCF se entiende que las participaciones que correspondan a las entidades federativas y a los municipios son para la libre administración y gasto de los órdenes de gobierno beneficiarios, mientras que los recursos provenientes de los fondos referidos se encuentran condicionados en su gasto, de acuerdo con el artículo 26 y subsiguientes, así como el artículo 48 que establece la obligación de las entidades federativas de informar al ejecutivo federal a través de la SHCP sobre el ejercicio y destino de los recursos de los fondos señalados.

Ahora bien, una vez que los montos correspondientes a cada fondo/bolsa participable o fondo de aportaciones son calculados, de conformidad con el artículo 44 de la Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria, el ejecutivo federal por

conducto de la SHCP debe comunicar la distribución de sus presupuestos aprobados a las entidades federativas dentro de los 10 días hábiles siguientes a aquel en que se publique el presupuesto de egresos en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF). Esta comunicación se realiza mediante un acuerdo de la SHCP publicado en el DOF bajo el título Acuerdo por el que se da a conocer a los gobiernos de las entidades federativas la distribución y calendarización para la ministración durante el ejercicio fiscal 2020, de los recursos correspondientes a los ramos generales 28 participaciones a entidades federativas y municipios, y 33 aportaciones federales para entidades federativas y municipios, y comprende en sus anexos las tablas que proporcionan los montos respectivos a cada fondo y bolsa, así como las fechas de entrega de las aportaciones federales.

Similarmente, el artículo 3 de la LCF ordena a la SHCP a que publique en el DOF, a más tardar el día 31 de enero de cada año, el calendario de entrega, porcentaje, fórmulas y variables utilizadas, así como monto y estimados que recibirá cada entidad federativa del fondo general y del fondo de fomento municipal. Esta comunicación se hace mediante un acuerdo de la SHCP publicado en el DOF bajo el título Acuerdo por el que se da a conocer el calendario de entrega, porcentaje, fórmulas y variables utilizadas, así como los montos estimados que recibirá cada entidad federativa del Fondo General de Participaciones y del Fondo de Fomento Municipal. Además, la SHCP publica dos acuerdos con comunicaciones análogas bajo los títulos Acuerdo por el que se da a conocer a los gobiernos de las entidades federativas la distribución y calendarización para la ministración durante el ejercicio fiscal 2019, de los recursos correspondientes al Fondo de Aportaciones Múltiples en sus componentes de infraestructu-

ra educativa básica, media superior y superior y Acuerdo por el que se da a conocer a los gobiernos de las entidades federativas la distribución y calendarización para la ministración durante el ejercicio fiscal 2019 de los recursos correspondientes al Fondo de Aportaciones para la Seguridad Pública de los Estados y del Distrito Federal.

Estos acuerdos servirán de base para extraer las fechas de entrega de recursos federales al estado de Baja California, con tal de proceder a obtener los datos fácticos consistentes en las fechas reales de entrega de los recursos, con la finalidad de establecer una base de contraste de la cual se puedan inferir conclusiones una vez relacionada con otros datos de investigación.

V. PLURALISMO POLÍTICO

Este breve estudio estaría incompleto en su objeto si adicionalmente al estudio de las instituciones jurídico-políticas que explican al federalismo mexicano no se estudian y se explican los fenómenos políticos que condicionan las relaciones entre los diversos órdenes de gobierno y cómo estos se ven afectados financieramente por aquellos, con tal de penetrar con mayor profundidad en las causas que explican los fenómenos resultantes de la práctica política en materia financiera. Entre estos fenómenos se ha elegido investigar acerca del pluralismo político.

Para comenzar a explicar el fenómeno del pluralismo político se debe explicar primero las condiciones necesarias bajo las cuales es posible su surgimiento efectivo. Estas condiciones, para Cordón Aguilar (2018), se resumen en la existencia de la democracia liberal, la cual “garantiza la libertad de opinar, de

actuar, de decidir y de participar, reconocida como derecho a todos, sin distinciones ni privilegios” (p. 153). Un sistema democrático, continúa, para ser tal implica la existencia de garantías para el igual y libre ejercicio de los derechos fundamentales, siendo necesario, a su vez, que se impongan límites específicos a quienes detentan las funciones de gobierno consagrados en la Constitución. De igual manera, según el mismo autor, la idea de democracia liberal demanda no solo elecciones periódicas y libres que aseguren la expresión de la voluntad popular, sino que el ejercicio del poder por parte de los electos se sujete al régimen de legalidad existente, todo en garantía de los derechos y libertades fundamentales; esto es, la democracia entendida como voluntad de las mayorías respeto a las minorías.

Estas condiciones, que son presupuestos para que un sistema político pueda decirse propiamente democrático, y considerando que los individuos y grupos en un determinado contexto social no comparten necesariamente sus anhelos, intereses, propósitos y objetivos (considerado beneficioso para un sistema político), son aquellas que permiten, entonces, la disparidad de opiniones, propósitos y propuestas, incluida la facultad de disentir y oponerse, entendiendo igualmente legítimas todas las opciones, lo cual configura aquello llamado pluralismo político (Cordón Aguilar, 2018, p. 154).

Juan R. Coca y Graciela López (2016) de la Universidad de Valladolid, siguiendo al autor Giovanni Sartori, refieren que “este pluralismo indica una diversificación del poder basada en la existencia de una pluralidad de grupos. Quiere (sic) decir con esto que se tiene que realizar un diálogo con la intención de llegar a un consenso. Este consenso hace referencia a un proceso de ajuste entre mentes e intereses discrepantes”.

El pluralismo político es, entonces, la presencia efectiva de la disparidad de opiniones e ideas, propósitos y propuestas para llegar a un consenso, junto con la facultad de disentir o de oponerse; entendidas todas las opciones propuestas como igualmente válidas en principio, manifestados estos elementos principalmente en la coexistencia permanente de múltiples partidos y actores políticos como fuerzas de oposición y en la administración de los gobiernos de la federación, los estados y municipios. Según la observación y opinión de Ávila Parra (2011, p. 141), el régimen político mexicano ha cambiado de manera significativa en los últimos 40 años, con la excepción de las haciendas públicas y su coordinación. Anteriormente, bajo un sistema de partido hegemónico en el que las decisiones se tomaban de manera centralizada (gobierno federal) era congruente que el mismo gobierno federal fuera el responsable de llevar a cabo la recaudación y el destino del gasto público; sin embargo, cuando por motivo de querer recuperar la legitimidad y la credibilidad del partido político que hasta entonces había sostenido dicha hegemonía, durante la presidencia de Miguel de la Madrid (1982-1988), se iniciaron esfuerzos serios de descentralización política y administrativa, proceso que con el tiempo implicó una transición paulatina no solo hacia un nuevo federalismo (Ávila Parra, 2011, p. 143), sino hacia una democracia que pudiera considerarse como tal.

Este nuevo proceso por diversas otras causas tuvo como resultado no solo la presencia de disparidad de ideas y propuestas por parte de los distintos actores y grupos políticos, sino que incluso comenzaron a ocupar cargos políticos de alto nivel hasta llegar incluso a la misma presidencia. Y este fenómeno no se mostró inconsecuente en la manera de organizarse las estructuras políticas y administrativas, sino que en materia de coordi-

nación fiscal teníamos a la federación bajo la administración de una fuerza política y los órdenes subnacionales bajo otras.

No obstante estos avances, la tendencia centralizadora no ha sido debilitada, sino que parece estar hoy más fortalecida que nunca. Si bien, durante el periodo de 2000-2018, los gobernadores tuvieron bastante poder a su alcance, especialmente por el quebrantamiento de la dependencia con el presidente de la república (por la transición de partidos políticos en el poder), la situación ha vuelto hacia la fuerte centralización de las decisiones con las elecciones de 2018 y el triunfo del partido en el poder en prácticamente todos los órdenes de gobierno. Esto se nota especialmente con el hecho de que cuentan con más de la mitad de los congresos estatales, que “sirve tanto para garantizar la aprobación de reformas constitucionales una vez pasadas por las cámaras federales como para ejercer presión sobre los gobernados de otros partidos” (Cejudó, 2019). Incluso, las tendencias centralistas llevadas a cambio por los cambios políticos han provocado ciertos descontentos entre los estados, que los han llevado a considerar abandonar el Sistema Nacional de Coordinación Fiscal, debido a la considerada desproporción e inequidad en la distribución de los recursos participables federales, la excesiva rigurosidad de las reglas de operación de los distintos fondos de aportaciones federales y, en general, la insuficiencia presupuestaria que ha resultado con el actual sistema.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

Desafortunadamente, la situación de pandemia ha retardado la obtención de datos relevantes para descubrir la relación entre el pluralismo político y las regresiones financieras que se han

suscitado en el estado de Baja California, no obstante se pueden hacer las siguientes observaciones a manera de consideraciones finales:

- Las relaciones jurídico-financieras entre los órdenes gubernamentales federal y local es un claro ejemplo del paradójico carácter descentralizado que tiene el federalismo mexicano.
- Hay poca doctrina mexicana que sistematice la teoría de las relaciones jurídico-financieras entre los órdenes de gobierno federal y local.
- Existen pocos mecanismos por los cuales los estados pueden imponerse frente a la federación en planos equitativos para negociar el resultado de la distribución de recursos federales.
- No existe un recurso legal efectivo previsto en la normatividad en materia de coordinación fiscal especialmente para los casos de incumplimiento de fechas de entrega de recursos por parte de la federación.
- En el primer año que lleva el gobierno estatal de Baja California no se han presentado incidentes mediáticos en relación con problemas financieros causados por falta o demora en la entrega de recursos federales al estado, notando que el gobernador pertenece a la misma fuerza política que el presidente de la república.

FUENTES CONSULTADAS

Arechederra Mustre, Fernando K. (2017). Errores estadísticos en la Ley de Coordinación Fiscal de México: una nota. *Es-*

- tudios Económicos* (32), 2, julio/diciembre. Recuperado de <http://bit.ly/33gHQPY>.
- Ávila Parra, Clemente e Hinojosa Ojeda, Raúl. (2011). Federalismo fiscal mexicano: los conflictos de la democracia participativa. *Revista Cofactor* (II), 4, julio-diciembre. http://cofactor.edomex.gob.mx/sites/cofactor.edomex.gob.mx/files/files/cofactor%204/cofactor_4_pdf_5.pdf.
- Barceló Rojas, Daniel A. (2016). *Teoría del federalismo y del derecho constitucional estatal mexicano*. México: IJ-UNAM.
- Cámara de Diputados. (22 de diciembre de 1978). Ley de Coordinación Fiscal. *Diario Oficial de la Federación*, México.
- Cámara de Diputados. (30 de marzo de 2006). Ley Federal de Presupuesto y Responsabilidad Hacendaria. *Diario Oficial de la Federación*. México.
- Cejudo, Guillermo M. (2019). El federalismo mexicano en 2019: un recuento de cambios e inercias. *Nexos*. Recuperado de <https://federalismo.nexos.com.mx/2019/11/el-federalismo-mexicano-en-2019-un-recuento-de-cambios-e-inercias/>
- Coca, Juan R. & López de la Fuente, Graciela. (2016). Reflexiones sobre pluralismo político y educación intercultural en las sociedades democráticas contemporáneas. *Aposta. Revista de ciencias sociales*, 70. Recuperado de <https://www.redalyc.org/jatsRepo/4959/495952432006/html/index.html>.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. (5 de febrero de 1917). *Diario Oficial de la Federación*. México.
- Cordón Aguilar, Julio César. (2018). Democracia, pluralismo político y partidos políticos. *Revista de la Facultad de Derecho de México*, t. LXVIII (270), enero-abril. Recupe-

- rado de <http://www.revistas.unam.mx/index.php/rfdm/article/view/63653>.
- Espinosa P., Salvador. (2014). Mecanismos informales de negociación presupuestal y el impacto de las participaciones en el gasto de los estados: el caso de Baja California, México. *Gestión y política pública* (23), 1, enero. Recuperado de <http://bit.ly/34qF0rU>.
- Fernández Ruiz, Jorge (2014). *Diccionario de derecho administrativo*. 2ª. ed. México: Porrúa.
- López Arévalo, Jorge & Mayo Mendoza, Baltazar. (2015). Federalismo fiscal. Chiapas y Nuevo León: un análisis comparativo. *Economía UNAM* (12), 34, enero/abril. Recuperado de http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1665-952X2015000100007&lang=en.
- Moreno Ayala, José Gerardo. (2015). Los orígenes contemporáneos del centralismo fiscal en las relaciones intergubernamentales en México (1970-1990). *Revista Facultad de Ciencias Económicas de la Universidad Militar Nueva Granada* (23), 2, julio/diciembre. Recuperado de <http://bit.ly/2PRjPeo>.
- Serna de la Garza, José María. (2004). *Las convenciones nacionales fiscales y el federalismo en México*. México: IJ-UNAM.
- Serrano Migallón, Fernando & Brito Melgarejo, Rodrigo. (2015). *Teoría de la Constitución*. México: Porrúa.
- Tena Ramírez, Felipe. (2011). *Derecho constitucional mexicano*. 40ª. ed. México: Porrúa.
- Uresti Robledo, Horacio. (2016). *Los impuestos en México*. 4ª. ed. México: Tax Editores Unidos.
- Valadés, Diego (2016). *La Constitución y la realidad*. México: Porrúa.

LA PROGRESIVIDAD DE LOS DESCA Y LA POLÍTICA FISCAL EN LATINOAMÉRICA EN TIEMPOS DE CRISIS

Fernando Manuel Castro Figueroa*
Marina del Pilar Olmeda García**

I. INTRODUCCIÓN

El presente trabajo es uno de los productos de una línea de investigación amplia que se realiza en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México en la que participan los autores, sobre los Derechos Económicos,

* Docente de la Universidad Autónoma de Baja California. Maestro en derecho fiscal por la Universidad del Valle de México y maestro en ciencias jurídicas por la UABC. Especialista en justicia constitucional, interpretación y aplicación de la constitución por la Universidad Castilla La Mancha y especialista en derecho con énfasis en constitucional por la UABC. Estudiante del programa de doctorado en derecho del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y del doctorado en estudios sociales del Instituto de Investigaciones Sociales de la UABC. Abogado consultor de la XXIII Legislatura del Congreso del Estado de Baja California. Coordinador general de Academias del Colegio de Abogados de Mexicali, A. C. Abogado certificado ANADE y docente investigador del Centro de Enseñanza e Investigación Superior de Baja California. Ha participado como ponente en distintos congresos nacionales e internacionales, publicación de diversos artículos y capítulos de libro.

** Profesora investigadora de la UABC. Doctora en educación por la Universidad Iberoamericana y estudios de doctorado en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla-La Mancha. Integrante del Sistema Nacional de Investigadores nivel II; del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo y de las Redes Mexicanas e Internacional de Posgrado en Derecho. Responsable del Cuerpo Académico Estudios Sociales y Jurídicos, Derechos Humanos y Seguridad Pública. Es autora de varias obras individuales y colectivas, así como de artículos científicos.

Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA). Su objetivo es reflexionar sobre los desafíos de los DESCAs en el contexto de una crisis, con énfasis en los principios rectores de los derechos humanos que ponga de relieve un panorama sobre la situación en Latinoamérica de los DESCAs frente a esta emergencia sanitaria por Covid-19. El interés es aportar argumentos y orientaciones para el alcance del cumplimiento y progresividad de estos derechos a partir de la política fiscal. Ofrece al lector una reflexión ordenada sobre la trascendencia como derechos humanos de los DESCAs y los desafíos que enfrentan en Latinoamérica, con particular énfasis en la importancia de su cumplimiento en estos tiempos de crisis sanitaria, económica y social.

La metodología aplicada tuvo un tratamiento tanto cuantitativo como cualitativo, con apoyo en el método deductivo, analítico y dialéctico, a través del análisis doctrinal, de insumos estadísticos sin olvidar la revisión de las políticas públicas y acciones gubernamentales, además de experiencias internacionales exitosas. Pretende aportar argumentos y orientaciones para el cumplimiento y progresividad de estos derechos en Latinoamérica en tiempos de la emergencia sanitaria del Covid-19, en aras de proteger a las personas en el límite de su dignidad como seres humanos. Estas necesidades conforman un amplio abanico de derechos fundamentales como la alimentación, el agua, la salud, la educación, el trabajo, la seguridad social, la vivienda, la cultura, el medio ambiente adecuado, etcétera.

II. PLANTEAMIENTO

El Estado tiene la obligación de respetar, proteger y garantizar progresivamente la satisfacción de los DESCA; por su parte, las personas tienen la facultad de exigir su cumplimiento. Los DESCA se constituyen en piezas jurídicas clave para avanzar en el combate contra los riesgos de salud, la desnutrición, el analfabetismo, el desempleo, que se manifiestan a través de la pobreza, la marginación, la desigualdad, entre otros males de la humanidad. No obstante el avance normativo que han alcanzado los derechos humanos, tanto en el ámbito universal como en el derecho nacional, es muy alta la pobreza, las desigualdades, el analfabetismo, indicadores del bajo desarrollo en América Latina y en México en particular. La brecha que separa los principios y los ideales teóricos y normativos de estos derechos, con la realidad social, sigue siendo muy amplia. Se requiere continuar realizando esfuerzos desde el ámbito de las políticas públicas, de los programas gubernamentales y desde la academia para encontrar los mejores caminos, estrategias y acciones que permitan materializar estos derechos con la realidad en el mundo.

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) en un estudio realizado en 2014 demostró que 10 por ciento de la población en la región era propietaria de 71 por ciento de la riqueza total (CEPAL, 2014). Esta cifra convierte a Latinoamérica en la región con mayor desigualdad económica en el mundo. Se calculó también por esta comisión que si la tendencia de concentración continuaba en 2020 uno por ciento de la población tendrá más riqueza que la suma de 99 por ciento restante.

En México, de acuerdo con los datos arrojados por el Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social (Co-

neval), a lo largo de los últimos 10 años el número de personas en situación de pobreza se incrementó de 49.5 millones a 52.4 millones de personas entre 2008 y 2018 (Coneval, 2019). Estos datos demuestran que las políticas públicas de distribución de la riqueza en nuestro país no han sido compatibles con el cumplimiento de la progresividad de los derechos humanos, en particular de los DESCAs.

La situación descrita se agrava por el hecho evidente de que en México existe un gran número de grupos de personas en situación especial de vulnerabilidad, por razón de su condición de salud, edad, género, razón étnica, movilidad, situación económica, ubicación geográfica (periferia de las ciudades), ocupación o posibilidades de trabajo y situación de calle. Así se demuestra por los datos del Coneval (2019).

En efecto, el impacto que tiene la rápida expansión de la pandemia por Covid-19 y las estrategias aplicadas por los Estados para frenar y combatirla plantean la necesidad de formular políticas públicas tendientes a proteger la dignidad humana en el contexto de la emergencia sanitaria. Ante esta situación, el cumplimiento de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales tienen una misión fundamental e indispensable.

El manejo de los recursos financieros para la protección de los DESCAs cobra relevancia en contextos de crisis o de reducción del crecimiento económico como el que atraviesa México. Tradicionalmente en América Latina los gobiernos han respondido a los periodos de crisis económica con la adopción de medidas de austeridad fiscal, caracterizadas por una reducción drástica de los presupuestos destinados a brindar servicios públicos básicos y programas de protección y seguridad social, una subida de los impuestos indirectos regresivos que recaen más sobre las clases

medias y la población más pobre, una disminución en la protección a los derechos laborales y una privatización de los bienes y servicios públicos.

Esto sucede a pesar de la evidencia sobre los efectos contraproducentes de las políticas de austeridad fiscal para superar una crisis económica (Ostry, 2015) y de que existen varias alternativas para expandir el espacio fiscal, por ejemplo, aumentar los ingresos fiscales de forma equitativa, combatir la elusión y evasión tributaria, frenar los flujos financieros ilícitos, repriorizar el gasto público (CEPAL, 2015), medidas que podrían contrarrestar la necesidad o la severidad de la austeridad y proteger de mejor manera los derechos humanos a través del ciclo económico.

Lamentablemente, en el actual contexto de la emergencia sanitaria y la eminente recesión económica en América Latina algunos países han empezado a adoptar medidas de austeridad y otras reformas dirigidas a implementar la receta tradicional, lo que a su vez trae como consecuencia una posible regresividad en la realización, exigibilidad y justiciabilidad de los derechos humanos, específicamente los DESCA. Pese a la inconstitucionalidad e inconventionalidad de esta situación se volverá una realidad frente a la actual emergencia sanitaria que enfrente nuestro país y el mundo.

Desde el ámbito normativo existe una base legislativa y jurisprudencial amplia, que emana del marco jurídico de los derechos humanos en el ámbito universal, así como de las normas regionales de estos derechos, que debe ser observada por los Estados cuando adoptan medidas en respuesta a los contextos de recesión o crisis económica. Estos principios y estándares obligan a los Estados a cumplir los requisitos y condiciones que incluye la realización de una evaluación seria de las alternativas existentes

para recursos financieros dirigidos a evitar la adopción de medidas regresivas y ajustes presupuestales drásticos en materia de los DESCAs. Asimismo, los Estados están obligados a asegurar pisos mínimos de protección social para la población más expuesta a sufrir las consecuencias negativas de la recesión o crisis económica.

La complejidad que enfrenta la humanidad sobre las medidas extraordinarias que está requiriendo la contención de la pandemia por el Covid-19 exige desafíos extraordinarios no solo para proteger el derecho humano a la vida y a la salud, sino de muchos otros derechos humanos que se han visto trastocados en la situación actual como los DESCAs que afectan la vida cotidiana de la persona y la vigencia de estos derechos en el marco de los sistemas jurídicos democráticos.

III. NATURALEZA E IMPORTANCIA DE LOS DESCAs

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente, en palabras de Mario de la Cueva (1969, pp. 9-13), “llegó a ser la primera declaración de derechos sociales de la historia. La grandeza de la acción del Congreso Constituyente de 1917 radica en la circunstancia de que la solución adoptada en la Carta de Querétaro creando los nuevos derechos sociales del hombre en una doctrina propia, que no deriva de ningún pensamiento o modelo extranjeros, sino que es, como diría Georges Burdeau, una nueva idea del derecho, surgida de la historia y de la vida de un pueblo y de sus luchas por la libertad de los hombres y por la justicia social”. En efecto, la carta magna mexicana publicada el 5 de febrero de 1917 y vigente a partir del 1 de mayo de ese año

no solo profundizó en sus principios los derechos humanos que ya contenía la Constitución de 1857, sino que consagró los derechos sociales, imprimiendo con ello el carácter social del nuevo constitucionalismo mexicano.

Se afirma que “a partir de su contenido obligacional puede dilucidarse el contenido del derecho correspondiente, si el Estado tiene una obligación de tomar medidas para que sea efectivo un derecho quiere decir que esa obligación existe... sería absurdo afirmar que el Estado no tiene deber de tomar medidas para que cada persona tenga un nivel de vida digna...” (Adame Goddard, 2002, p. 225). De acuerdo con el Instituto Interamericano de Derechos Humanos (2019), “los DESCAs son derechos subjetivos que propenden por la realización del ser humano en condiciones de dignidad, mediante la satisfacción de mínimos esenciales que salvaguarden esferas como la autonomía, la identidad y los ámbitos materiales de existencia, contribuyendo a la reducción de las brechas de desigualdad en la sociedad”.

En efecto, los DESCAs se integran por una amplia e importante gama de derechos humanos que individualizados en su naturaleza plantean exigencias y constituyen derechos humanos en particular como el derecho a la salud, a la educación, al trabajo, a la sindicalización, la educación, la cultura, el medio ambiente adecuado, por lo que excede en mucho a los límites de este trabajo intentar realizar el análisis particularizado de cada uno de estos derechos. En este sentido, se decidió realizar el análisis en forma integral en cuanto a su agrupación como conjunto de derechos económicos, sociales, culturales y ambientales.

La sistematización de estos importantes derechos que constituyen los DESCAs es abordada por la doctrina con visiones diferenciadas, y en el ámbito normativo tanto convencional como

constitucional se ha dado un amplio desarrollo para su consagración como derechos particulares que interrelacionados e interdependientes constituyen los DESCAs. Julieta Rossi y Víctor Abramovich (2006, p. 49) afirman que “sin pretender agotar en este trabajo la tarea de descubrirlos podemos señalar algunos ejemplos de derechos que con mayor grado de claridad podrían considerarse derivados de los principios establecidos en las normas...”

Para efectos de este trabajo nos apegamos al PIDESC, así como a las observaciones generales del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y a la conceptualización como quedaron consagrados estos derechos en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sin olvidar el Protocolo adicional de esta convención en materia de derechos económicos, sociales y culturales, mejor conocido como el Protocolo de San Salvador.

IV. LOS DESAFÍOS DE LOS DESCAs EN LATINOAMÉRICA FRENTE A LA EMERGENCIA SANITARIA POR COVID-19

En el contexto de la tragedia que la humanidad enfrenta al desafío mayúsculo de una pandemia tan grave como la demostrada por el Covid-19 es necesario partir de una pregunta: ¿Cómo asegurar las perspectivas de protección integral de los DESCAs frente a esta pandemia a la altura de la magnitud del problema? Se ha demostrado que las grandes crisis ponen a prueba la fortaleza humana y la capacidad del ser humano ante la adversidad. El Co-

vid-19 llegó violento, sin avisar y lo hizo globalmente; ninguna nación, ninguna comunidad, ningún ser humano, estaba preparado para su fuerte embestida. La magnitud de esta pandemia exige a la par de los esfuerzos gubernamentales rescatar, extraer, profundizar en los más altos valores del comportamiento humano como la responsabilidad, la solidaridad social, la cooperación y la ayuda.

La humanidad se encuentra frente a riesgos sin precedentes contra una emergencia de salud pública que se define como un “evento fuera de lo común o imprevisto, que exige una intervención o respuesta inmediata y tiene repercusiones graves para la salud pública” (OMS, 2008). Esta situación obliga no solo a los Estados, sino a cada ser humano, como persona y ciudadano, asumir una alta responsabilidad social frente a la tragedia que nos compromete en lo individual y social.

Se reconoce la complejidad que enfrentan los Estados, ya que de acuerdo con datos de la Organización Mundial de la Salud (OMS) la pandemia por el Covid-19 “al 10 de junio había alcanzado más de 7 254 000 contagios y cobrado la vida de 400 mil personas a nivel global, desde que apareció en diciembre de 2019” (OMS, 2020). Habrá que agregar, “este dato supone desafíos extraordinarios desde el punto de vista de los sistemas sanitarios, la vida cotidiana de las personas y para la vigencia de los derechos humanos en el marco de los sistemas democráticos” (CIDH, 2020).

Frente a la magnitud del problema, los Estados realizan esfuerzos importantes en la aplicación de medidas dirigidas a la atención del derecho humano a la salud para el tratamiento de personas contagiadas por el Covid-19 como a su contención. Las organizaciones internacionales especializadas como la OMS, y

particularmente los organismos de derechos humanos, hacen llamados urgentes para que “toda medida que se aplique se apegue a los estándares de protección de los derechos humanos y que estos estándares se verifiquen a través del respeto a las garantías y libertades fundamentales” (CIDH, 2020).

Latinoamérica se caracteriza por un sistema de atención a la salud con grandes carencias en “donde las enfermedades crónicas como la obesidad y la diabetes han puesto en evidencia lo limitado de los recursos existentes para la atención a la salud de la población” (Cano Valle, 2020, p. 20). En materia de educación hay muchos retos que superar como el analfabetismo existente en algunas regiones, la desvinculación de lo que se aprende en la escuela con la realidad, así como carencias de infraestructura, equipo, incapaz de aportar los elementos científicos, tecnológicos y culturales necesarios para contrarrestar las necesidades formativas.

Aunado a lo anterior, nuestro país se caracteriza por sus profundas brechas sociales en el que la pobreza y la pobreza extrema constituyen un problema transversal. Existe un sistema laboral con bajos salarios y deficiencias en el cumplimiento de prestaciones sociales, además de una alta tasa de informalidad laboral, que afecta a un gran número de personas; a esto se suma la falta de vivienda o de hábitat adecuado y las problemáticas de contaminación ambiental. Este contexto caracteriza como más preocupante el impacto socioeconómico del Covid-19, lo que demuestra que las políticas públicas de la distribución de la riqueza no han sido compatibles con el cumplimiento de la progresividad de los DESCA.

El brote epidémico Covid-19 amenaza con acrecentar la problemática socioeconómica, en ese sentido la Organización para

la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE) pronostica “que México caerá este año en una grave recesión que llevará al Producto Interno Bruto (PIB) al registro histórico de 7.5 por ciento en un escenario donde la pandemia del Covid-19 tendrá un impacto único y que las acciones de México para apoyo a distintos sectores ha sido limitado por el alto costo del financiamiento, pues mientras Canadá tiene una tasa de interés de 0.25 por ciento, en el país está en 5.5 por ciento” (OCDE, 2020). Por su parte, el Banco Central alertó que “una mayor morosidad en el crédito al consumo a causa de la pérdida de puestos de trabajo, toda vez que trabajadores independientes y aquellos que se desempeñan en el sector formal están en riesgo de dejar de pagar sus créditos a la banca comercial” (Banco Central, 2020).

Otros factores socioculturales que no pueden dejarse de lado en un diagnóstico sobre el cumplimiento de los DESCA son los altos índices de violencia generalizada, particularmente por razones de género, raza, etnia, la falta de atención y opciones para los jóvenes, así como la persistencia de flagelos tan graves como el narcotráfico, la impunidad y la corrupción. Quedan integrados además en este contexto los actos de vandalismo y la represión al ejercicio del derecho de protesta social, las crisis penitenciarias y el fuertemente preocupante fenómeno de la migración, tanto del desplazamiento interno forzado como de personas refugiadas y apátridas, así como la persistencia de personas y grupos históricamente en situación vulnerable.

Las medidas aplicadas en México para la contención de la pandemia incluyen cuarentena, distanciamiento o aislamiento social, limitaciones de movilidad tanto nacionales como internacionales, así como orientaciones preventivas de higiene personal y comunitaria. Estas medidas, que resultan urgentes y necesarias

para proteger efectivamente a la población, suponen desafíos mayores para un país como México en términos de sus condiciones de desarrollo, de sus políticas públicas, medidas sanitarias, de su estructura y capacidad de respuesta de sus diferentes sistemas de atención a las necesidades económicas, sociales, culturales y ambientales que integran los DESCAs, como los sistemas de salud, educación, trabajo, seguridad social, entre otros.

La pandemia se constituyó en un desafío para los derechos humanos, a los que puede afectar gravemente si no se valora y pondera toda medida gubernamental que se aplique para su contención. Se afirma que “la pandemia de Covid-19 puede afectar gravemente la plena vigencia de los derechos humanos de la población en virtud de los serios riesgos para la vida, la salud e integridad personal que supone el Covid-19, así como sus impactos de inmediato, mediano y largo plazos sobre las sociedades en general y sobre las personas y grupos en situación de especial vulnerabilidad” (OEA, 2020).

En esta situación, la pandemia del Covid-19 presenta para Latinoamérica desafíos aún mayores que las de otras regiones del mundo, tanto en términos de políticas públicas y acciones sanitarias como en capacidades económicas que permita atender las necesidades urgentes, como aplicar las medidas de atención y contención necesarias para proteger a la población, acorde con los principios de los derechos y en particular los que sustentan los DESCAs.

La respuesta de los Estados deberá centrarse con una visión de derechos humanos, en el que el derecho a la salud garantice a todas las personas, sin discriminación, con respeto a la dignidad humana y observancia de los principios fundamentales de la bioética de conformidad con los estándares internacionales,

bases científicas y con apego a las circunstancias generadas por esta pandemia. El derecho a la salud requiere de los siguientes elementos para su efectividad, disponibilidad, accesibilidad, aceptabilidad y calidad.

Las medidas que adopten los Estados no pueden afectar o restringir el goce y ejercicio de los derechos humanos; deben ser limitadas a los objetivos definidos, conforme a criterios científicos, legales, razonables, proporcionales, estrictamente necesarios y limitadas temporalmente. Toda acción dirigida a la reducción de los factores de contagio debe realizarse con estricto apego a los derechos humanos, en específico a los DESCAs, con respeto a nuestras bases constitucionales, así como a sus normas universales y estándares internacionales. En este estado de emergencia, las medidas que se adopten deben realizarse con la mayor racionalidad, con sustentos y criterios científicos y no siempre generales, sino en atención a la intensidad del problema de contagio y salud, tomando en cuenta las circunstancias particulares por regiones, Estados y sectores comunitarios, con estricta observancia de la finalidad de la salud pública. Estas medidas deben tener objetivos definidos, acotadas temporalmente, estrictamente necesarias y proporcionales al fin perseguido.

Debe ser una prioridad la integridad y bienestar de los profesionales de la salud frente a la pandemia. Se deben tomar medidas específicas para su protección y reconocimiento, además de la adopción de protocolos aplicados en el tratamiento y las acciones especiales para la protección y entrenamiento de estos trabajadores de la salud. Esto incluye que las instituciones de salud dispongan de insumos, equipos, materiales e instrumentos que protejan su integridad, su vida y su salud, desinfección de ambientes, así como la garantía de sus derechos laborales y de

seguridad social, que les permitan desarrollar su labor en términos razonables de seguridad y calidad.

Cualquier medida de naturaleza restrictiva o regresiva de los DESCA debe ser adoptada y aplicada en forma transparente, con un cuidadoso análisis de las alternativas existentes. Estas medidas deben estar justificadas desde un enfoque de derechos humanos, con el debido análisis de impacto en los mismos, así como de la utilización más eficiente de los recursos disponibles. Los Estados latinoamericanos, en sus tres ámbitos de gobierno, y las instituciones deberán asegurar el acceso a los mecanismos de denuncia y protección frente a posibles limitaciones indebidas o violaciones de derechos humanos derivadas de las medidas de contingencia, por lo que se deberá garantizar la transparencia, acceso a la información, protección de datos personales, consentimiento informado, acceso a la justicia y debida reparación.

Las empresas como empleadoras en general deben respetar los derechos humanos y asumir un comportamiento ético y responsable, particularmente por los impactos que sufren los trabajadores, los consumidores y las comunidades locales. Debe considerarse especialmente aquellas personas cuya subsistencia peligre al someterse a un régimen de cuarentena por la pérdida de sus ingresos, amenazas a sus necesidades vitales básicas, riesgo de ser desalojadas o ausencia de redes institucionales de apoyo. Particular atención deberá asignarse a los derechos de grupos vulnerables y algunos históricamente vulnerables como niñas, niños y adolescentes, personas con capacidades diferentes, adultos de la tercera edad, mujeres, indígenas, afrodescendientes, personas LGBTI, personas privadas de libertad, desplazadas internas, migrantes, solicitantes de asilo, refugiadas, apátridas y víctimas de trata de personas.

Es de gran relevancia para avanzar en la progresividad de los DESCA el apoyo de la cooperación y solidaridad internacional. La pandemia que vive la humanidad plantea desafíos extraordinarios que deben ser abordados a través del diálogo y la cooperación internacional y regional conjunta y solidaria entre todas las naciones del mundo. El multilateralismo es esencial en la coordinación de esfuerzos mundiales para contener la pandemia.

Además, es necesaria la organización social, la participación a través de grupos comunitarios y profesionales, el compromiso a través de estrategias, esfuerzos colaborativos con responsabilidad social. En materia de libertad de expresión tiene una función medular para transmitir una información objetiva, fidedigna, con orientación confiable para disminuir el camino de la infección, para fomentar mensajes de aliento, ayuda, esperanza y solidaridad social; esto es, ejercer la libertad de expresión con responsabilidad.

V. LA POLÍTICA FISCAL

Constituye un deber ético el cuestionamiento sobre las herramientas más adecuadas para que la pobreza, la desigualdad y la marginación social no continúen en aumento, sobre todo en tiempos de crisis. El sufrimiento y problemáticas actuales son experiencias que nos obligan a mejorar nuestra sociedad. No se trata de embelesarse en meras utopías sin opción de ser implementadas, pero tampoco de resignarse a la mera gestión a corto plazo, que pospone sin término las reformas estructurales o sistémicas sin las cuales es imposible afrontar las nuevas necesidades. Si los umbrales de pobreza y desigualdad antes de

la devastación económica actual eran ya alarmantes previo al embate la pandemia por Covid-19; hoy, las necesidades mínimas vitales de un gran número de ciudadanos exigen programas de asignación de rentas, suficientes y realistas.

De todas las herramientas que se han alumbrado o precisado por los expertos, en la última década, la Renta Básica Universal (RBU) y el Ingreso Mínimo Vital (IMV) son dos políticas que sobresalen en el plano internacional. Ambas iniciativas tienen en común la transferencia de rentas a las personas con la finalidad de garantizarles unos ingresos dinerarios mínimos, pero difieren en gran medida.

El IMV es una prestación que está condicionada a no disponer de ingresos. No es universal ya que no está dirigido a todos los ciudadanos, sino solo a los más vulnerables y puede tener un límite máximo de tiempo para su percepción. Esta es la prestación que se va a implementar en España, con la intención de que tenga un carácter permanente. Se busca beneficiar a los hogares que se consideran en el rango de pobreza severa, con unos ingresos por debajo de 30 por ciento de la renta mediana. Según las estimaciones del Ministerio de Inclusión y Seguridad Social llegaría un total de tres millones de personas (un millón de hogares españoles, de los cuales aproximadamente 50 por ciento serían hogares con niños y 10 por ciento familias monoparentales). El IMV es una prestación que tiene las siguientes características:

- No es universal; es decir no va encaminada a todos los ciudadanos, sino solo aquellos que no superen ciertos niveles de ingresos y patrimonio. En España va dirigida a los menores a 30 por ciento de la renta media y patrimonio inferior a 100 000 euros sin contar la vivienda habitual y estén dentro de los 23 a 65 años.

- Puede ser temporal o permanente.
- La cuantía variable, en función de las personas a cargo del perceptor.
- Incompatible con el cobro de nómina o ingresos por trabajo autónomo. Aunque a veces su diseño permite compatibilizarlo con trabajos de escasa remuneración.
- Impone la obligación de buscar empleo y/o participar en cursos de formación o capacitación.
- Es asistencial y no contributiva, en cuanto no exige que se haya cotizado anteriormente.
- Solo va dirigida a los nacionales o residentes legales, con diferentes requisitos de antigüedad de la residencia.
- Está sujeta a concesión, evaluación y control por la administración pública concedente (*El Economista*, 2020).

Como mecanismos de ingresos mínimos vitales, en España existen ya las rentas mínimas de inserción social en muchas comunidades autónomas que abonan una prestación a las personas en riesgo de pobreza. Destaca, como la de más alto importe y nivel de cobertura de la población en situación de pobreza, la renta garantizada de ingresos (RGI) del País Vasco. La RGI paga cantidades entre 665 euros mensuales para solteros y 1 003 euros para unidades familiares con más de un hijo y cubre a 71 por ciento de las personas en situación de pobreza en el País Vasco (frente a ocho por ciento de media de las rentas mínimas de inserción a nivel nacional) territorial (Escolano, 2020). Entre las ventajas del IMV están:

- Es un instrumento que ofrece protección ante el riesgo de pobreza; se garantizan ingresos mínimos destinados a cubrir o complementar a quien no alcance un nivel determinado de ingresos que permite a las personas vivir dignamente.
- No se exige cotización previa; es una prestación asistencial (no contributiva).

Entre los principales inconvenientes del IMV están:

- Puede ser un desincentivo a querer buscar empleo y un incentivo a trabajar en la economía sumergida. Esto se puede paliar si se permite compatibilizarlo con trabajos de baja retribución (a tiempo parcial, con salario mínimo, etc.).
- Ha de garantizarse que llegue a quien realmente se encuentra en situación de necesidad, porque no siempre ha sido así.
- Tiene asociados unos altos costos de gestión, ya que requiere controlar el cumplimiento de los requisitos para ser beneficiario y el control de que se mantienen a lo largo del tiempo esos requisitos.
- Si su costo estuviera a cargo de los presupuestos de la seguridad social sería un costo más sobre unas cuentas con un déficit importante.

En otro orden de ideas, la RBU es una prestación universal que va dirigida a todo ciudadano, por el simple hecho de serlo, sin ningún tipo de condición ni requisito, ni supone la asunción de obligaciones por parte del beneficiario. Todas las personas

percibirían la misma cantidad, independientemente de su nivel de ingresos, de si trabajan o están en paro. La RBU es una prestación que tiene como características:

- Es básica, por cuanto su cuantía es la mínima para sobrevivir.
- Es universal, ya que se abona a todo nacional o residente legal.
- Es individual; destinada a cada persona con independencia de su situación familiar.
- Es regular; se percibe periódicamente, generalmente mes con mes.
- Es incondicional; no está sujeta a límites de renta y patrimonio, ni implica obligaciones para el perceptor (como buscar empleo) y, por tanto, no requiere concesión, evaluación o control de la administración pública (Confederación Sindical Internacional, 2020).

A lo largo de la historia se han puesto en marcha numerosas iniciativas orientadas a la implantación de una renta básica como la que se define; sin embargo, nunca ha existido un consenso generalizado sobre cómo deben materializarse estas ideas. Las ventajas de la RBU son las siguientes:

- Está concebida como un derecho, y no una prestación, que incrementa la cohesión social, favoreciendo a las personas con menos recursos.
- Llegaría a todos los que la necesitan, mientras que los subsidios de renta mínima actuales solo llegan a una parte de la población de los que viven por debajo del nivel de pobreza.

- Simplifica y reduce los costos administrativos; al no tener que controlar que el subsidio se paga a personas que no tienen derecho, porque todo el mundo tiene derecho a cobrarlo.
- Se evita que las personas no busquen trabajo, porque no pierden el subsidio si trabajan. Se continúa cobrando incluso si se tiene empleo. No obstante, existen riesgos de que, por estar subsidiados, parte de la población en paro no busque trabajo o únicamente busque trabajo temporal o a tiempo parcial.
- Otorga una mayor libertad e independencia a las personas, al darles una mayor independencia económica.

No obstante, los inconvenientes de la RBU serían los siguientes:

- Falta de progresividad. Las personas con ingresos más altos perciben la misma cantidad que los que no tienen nada. Este inconveniente se puede corregir con un sistema de impuestos progresivo.
- Puede provocar indirectamente inflación porque las empresas tiendan a elevar los precios, al percibir que hay más dinero en el sistema.
- Con la RBU existen numerosas pruebas, pero no se ha llevado a cabo su implantación de forma definitiva. El caso más conocido es el de Finlandia, que lo experimentó entre 2016 y 2018.

La Comisión Europea (CE) acordó registrar una iniciativa ciudadana para implementar un ingreso básico incondicional en

toda la unión. De modo que si sus impulsores consiguen en un año un millón de firmas de al menos siete países diferentes, la propia CE deberá tomar en consideración la iniciativa y responder. La iniciativa consiste en que la CE presente “una propuesta de ingresos básicos incondicionales en toda la Unión Europea, que reduzca las disparidades regionales para fortalecer la cohesión económica, social y territorial en la CE, sin reemplazar al Estado de bienestar, que se paga a todos, sin una prueba de medios e incondicional como un derecho humano.

VI. CONSIDERACIONES FINALES

La emergencia sanitaria por Covid-19 representa fuertes desafíos para la humanidad, con miradas y aproximaciones diferentes, que en el caso de los derechos humanos y particularmente de los DESCA muestran la fragilidad de su cumplimiento, su interrelación e interdependencia, como resultado del modelo de desarrollo económico dominante de desigualdad social, política y económica global, en particular de algunas regiones del mundo como Latinoamérica de la que México es parte. Esta pandemia ha hecho también evidente con claridad el abuso de los recursos planetarios y sobre todo la vulnerabilidad de la especie humana.

Tal vulnerabilidad aunque llega a todos se materializa con mayor impacto en algunas personas y en algunos grupos, los de aquellos que viven en condiciones de marginación y pobreza sin servicios básicos para la vida y la salud y mucho menos la posibilidad de acceso a la educación, a un trabajo digno, seguridad social. En efecto, la crisis sanitaria y su emergencia para contenerla alertan sobre la gran importancia de avanzar en la protección de

los DESCAs. La situación convoca a una intervención estatal que visualice acciones para revisar estos derechos, con una visión de inversión más no de gasto, toda vez que este catálogo de derechos se constituye como derechos interdependientes e integrales al derecho a la salud.

Los desafíos de la pandemia por el Covid-19 representan para la población y consecuentemente para los gobiernos resaltan cuidar que cualquier medida de naturaleza regresiva o restrictiva de los DESCAs sea aplicada con el análisis cuidadoso de las alternativas existentes. Estas medidas deben estar justificadas desde un enfoque de derechos humanos con el debido estudio de su impacto y con la mayor utilización eficiente de los recursos disponibles.

Deberán protegerse los derechos de las personas que se vean afectadas por las medidas de contención que se impongan, particularmente las personas cuya subsistencia peligre no solo por los riesgos de contagio, sino por la pérdida de ingresos, las amenazas a sus necesidades vitales básicas o por el riesgo de ser desalojadas, así como la ausencia de redes institucionales de apoyo. Atención especial deberá asignarse sobre grupos en situación de vulnerabilidad, como los descendientes de los pueblos originarios, afrodescendientes, campesinado, grupos sociales de las periferias de las ciudades, grupos económicos desatendidos de seguridad social como los trabajadores del sector informal, personas en situación de pobreza o de calle, personas migrantes y personas privadas de su libertad.

El IMV pudiera ser una respuesta adecuada para Latinoamérica a las necesidades de las personas y familias más vulnerables, pero no deja de ser un programa más de subsidio, con altos costos de gestión, al ser atribuida a una administración pública

posiblemente ya colapsada que ha de dedicar recursos humanos y materiales a la concesión, control y corrección de abusos o errores; es decir, el IMV no supone ni requiere una transformación profunda de los sistemas de subsidios, programas contra la pobreza, tributarios, reforma de las administraciones públicas, ni redefinición del “contrato social constitucional”; tan solo precisa acertar en su diseño para que cumpla los propósitos para los cuales se crea, máxime en el presente con Estados altamente endeudados y con déficits acumulados durante años. Por el contrario, la RBU solo es posible si es acompañada de una profunda redefinición de muchos aspectos que estructuran la sociedad, a fin de dotar de recursos públicos para financiar de modo sostenido en el tiempo el enorme gasto que supone.

Los Estados deberán evaluar políticas públicas y programas gubernamentales tanto nacionales como regionales para dar respuestas eficaces que mitiguen los impactos de la pandemia sobre los DESCA, a corto y mediano plazos, mediante acciones para el alivio de crédito, esquemas de reprogramación y flexibilidad de pago de obligaciones monetarias, mitigación financiera de cargas tributarias, medidas compensatorias, entre otras estrategias.

VII. FUENTES DE CONSULTA

- Adame Goddard, Jorge. (2002). Los derechos económicos, sociales y culturales como deberes de solidaridad. En Carbonell, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado*. México: IJ-UNAM, 225.
- Banco Central (2020), Recuperado de https://www.bcentral.cl/documents/33528/2233873/ipom_marzo2020.pdf/9707c747-8af3-5566-3a59-df05f79a7e79?t=1591999191457
- Cámara de Diputados. (s.f.). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Cano Valle, Fernando. (2020). Principios de derecho y pandemias. En González Martín Nuria, *Opiniones técnicas sobre temas de relevancia nacional. Emergencia sanitaria del Covid-19, reflexiones desde el derecho*. México: IJ-UNAM.
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2014). Recuperado de <https://www.cepal.org/es>
- Comisión Económica para América Latina y el Caribe. (2016). Fiscal Space for Social Protection: Options to Expand Social Investments in 187 Countries. ESS Working Paper No. 48. *Panorama Fiscal de América Latina y el Caribe 2016: Las finanzas públicas ante el desafío de conciliar austeridad con crecimiento e igualdad*. Recuperado de <http://www.cepal.org/es/publicaciones/39939-panorama-fiscal-america-latina-caribe-2016-finanzas-publicas-desafio-conciliar>
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2020). La CIDH y su REDESCA instan a asegurar las perspectivas

de protección integral de los derechos humanos y de la salud pública frente a la pandemia del Covid-19. Recuperado de <http://www.oas.org/es/cidh/prensa/comunicados/2020/060.asp>

Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2020). Resolución N°. 1/2020. Pandemia y derechos humanos de las Américas. Recuperado de <http://oas.org/es/cidh/decisiones/pdf/Resolucion-1-20-es.pdf>,

Confederación Sindical Internacional. (2020). Informe de la CSI de política económica y social: renta básica universal. Recuperado de https://www.ituc-csi.org/IMG/pdf/universal_basic_income_es.pdf

Consejo Nacional de Evaluación de la Política de Desarrollo Social. (2019). Recuperado de https://www.coneval.org.mx/SalaPrensa/Comunicadosprensa/Documents/2019/COMUNICADO_10_MEDICION_POBREZA_2008_2018.pdf

De la Cueva, Mario. (1969). Lo social en la Constitución mexicana de 1917 (1969). Tomado de Ana Luisa Izquierdo y Mario de la Cueva (comps.), *El humanismo jurídico de Mario de la Cueva. Antología*. México: UNAM-FCE, 543-548.

Escolano, Javier. (2020). ¿Renta básica universal o ingreso mínimo vital?, *Periódico económico digital de la región de Murcia*. Recuperado de <https://murciaeconomia.com/art/69796/renta-basica-universal-o-ingreso-minimo-vital>

El Economista. (2020). ¿Qué diferencias hay entre el ingreso mínimo vital y la renta básica universal? Realidad frente a fantasía. Recuperado de <https://www.eleconomista>.

es/economia/noticias/10507861/04/20/Que-diferencias-hay-entre-el-ingreso-minimo-vital-y-la-renta-basica-universal-Realidad-frente-a-fantasia.html

Instituto Interamericano de Derechos Humanos. (2019). Concepto de DESCAs. Recuperado de <https://iidh-jurisprudencia.ac.cr/index.php/que-es-desca>

Organización Mundial de la Salud. (2008). *Guía de la Organización Mundial de la Salud para planificar la comunicación en caso de brotes epidémicos*, Ginebra: OMS, 2008.

Organización Mundial de la Salud. (2020), Panel de la enfermedad de coronavirus de la OMS (Covid-19). Recuperado de <https://covid19.who.int/>

Organización de las Naciones Unidas. (2020). Oficina del Alto Comisionado, 20 Claves para conocer y comprender mejor los derechos económicos, sociales y culturales. 1ª. ed. México: ONU.

Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos. (2020). Recuperado de <http://www.oecd.org/economic-outlook/>

Ostry, Jonathan D.; Ghosh, Atish R. & Espinoza, Raphael. (2015). When Should Public Debt Be Reduced? International Monetary Fund Staff Discussion Note, SDN/15/10 Recuperado de <http://www.imf.org/external/pubs/ft/sdn/2015/sdn1510.pdf>

Rossi, Julieta & Abramovich, Víctor. (2006). La tutela de los derechos económicos, sociales y culturales en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En Martín, Claudia; Rodríguez-Pinzón, Diego & Guevara B., José A. (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México: Fontamara-American University-Universidad Iberoamericana; México: 49.

**PONENCIAS DEL V CONGRESO
INTERNACIONAL ESTUDIANTIL
DE DERECHO ADMINISTRATIVO ***

* V Congreso Internacional Estudiantil de Derecho Administrativo, llevado a cabo los días 8 y 9 de octubre de 2020, en la Universidad Autónoma de Baja California.

APLICACIÓN DE NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

LAS NUEVAS APLICACIONES TECNOLÓGICAS IMPLEMENTADAS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA DEL ECUADOR

Andrés Fabián Almeida Andrade*

INTRODUCCIÓN

La presente ponencia tiene como propósito la descripción, el análisis objetivo y práctico de cómo las nuevas tecnologías inciden dentro de la administración pública de Ecuador, cuáles son sus efectos, beneficios, respaldos normativos y el por qué existe la necesidad dentro de la administración pública para que estas tecnologías sean aplicadas. Va a ir desarrollándose en seis fases, la cuales implican lo siguiente: 1) la introducción, en la que se describe el tema a analizar y a tratar; 2) qué quiere indicar el concepto de gobierno electrónico y la normativa que lo respalda; 3) cuáles son los servicios públicos en los que se relaciona la administración pública y la aplicación tecnológica; 4) qué tipo de accesibilidad tiene esta administración pública en relación con los administrados; 5) cuáles son los beneficios que brinda la aplicación de las nuevas tecnologías en la administración pública, y 6) conclusión personal con base en todo lo expuesto y analizado.

De vital importancia es realizar el análisis y la construcción

* Universidad Estatal Técnica Norte, Ecuador

objetiva sobre la aplicación tecnológica que la administración pública pone en práctica, pues ayuda a comprender y conocer como la administración pública se transforma dentro de un contexto de desarrollo tecnológico y pragmáticamente interactúa con el individuo y Estado para hacer su relación más eficaz, más simple y efectiva. Vivimos en un periodo donde se están revolucionando las costumbres y formas de trabajo gracias a la tecnología; esta facilita la interacción humana y ha demostrado cómo al implementarla en los procesos de interacción humana brinda resultados favorables para la sociedad.

Dentro del contexto latinoamericano, donde se cataloga a la región como países en desarrollo, la tecnología se ha ido insertando en la vida cotidiana de las personas, un poco tarde en relación con el contexto europeo o estadounidense, pero se busca adaptar y acoplar esos desarrollos tecnológicos para facilitar y solventar las necesidades del hombre.

La administración pública y la tecnología es el principal foco de análisis, y cómo estas disciplinas convergen para obtener nuevas formas de interacción entre administrador y administrados en las que la dialéctica tecnológica facilite el trabajo tanto del administrador como el del administrado por medio de los procesos digitales. Antes de ubicarnos en el contexto práctico es menester tomar en cuenta que esta relación entre administración pública y las nuevas tecnologías nacen de las necesidades básicas que tiene el ser humano en relación con los mecanismos de comunicación y procedimientos para ejecutar la administración pública.

La ejecución de la administración pública a lo largo de la historia ha sido con base en la hermenéutica y contexto normativo del ser humano, cómo interpreta las leyes para los procedimientos, cómo se comunica el administrador con sus administrados. Des-

de el punto de vista histórico, la administración pública siempre ha sido tradicional, procedimental, de interacción física y en la gran mayoría de casos, presencial, gracias al desarrollo dialéctico del hombre y su búsqueda de las herramientas para realizar su comunicación.

Estamos en el siglo XXI (la edad contemporánea), la tecnología globalizada es un factor influyente en nuestro diario vivir en los campos políticos, económicos y sociales. Nos centraremos en la modernización tecnológica de los Estados, y como en el Estado ecuatoriano ha incidido esta actualización de forma de vida, cómo la comunicación se ha configurado a los parámetros tecnológicos y todo lo que implica la influencia de la tecnología en la administración pública.

GOBIERNO ELECTRÓNICO

¿Qué es un gobierno electrónico? La respuesta es sencilla; es la modernización de un Estado a los nuevos parámetros que brinda la tecnología y cómo los métodos, además de los procedimientos, experimentan un cambio para la facilidad de la interacción entre administrador y administrados. El gobierno electrónico busca incluir conceptos de carácter social, económico y político, para que haya una plena armonía y comunicación entre la ciudadanía y la administración pública.

Ecuador es un Estado democrático, comprometido con la integración latinoamericana, en la búsqueda de las mejores formas de convivencia ciudadana y entablar esa relación armónica entre sus ciudadanos, el mundo y la naturaleza, tal como se deriva del concepto del “buen vivir”. Se hace un breve paréntesis para ex-

plicar qué es el buen vivir, o conocido como el *Sumak Kawsay*, en lengua quechua ancestral y propia de los indígenas ecuatorianos, se entiende como la cosmovisión e interacción del individuo con el mundo y sus semejantes, un sistema que busca la cooperación y paz social en la vida de cada ser, comunidad o pueblo. El buen vivir también busca la implementación de mecanismos, sean internos o externos, para entablar una comunicación más eficaz y práctica entre los ciudadanos; por ende, la tecnología es un concepto bien recibido en la doctrina del buen vivir y es implementada en la organización del Estado ecuatoriano.

El gobierno electrónico es definido como una gama amplia de servicios, aplicaciones y tecnologías que utilizan diversos tipos de equipos y programas informáticos que a menudo se transmiten a través de las redes de telecomunicaciones, como la Comisión Europea que lo cataloga.

MARCO CONSTITUCIONAL

Ecuador es un Estado constitucional de derechos, en el que la administración pública está obligada y hasta se podría decir atada a la progresión de los derechos constitucionales en beneficio de los ciudadanos ecuatorianos. Dichos derechos implican las facilidades que puede brindar mecanismos de comunicación e interacción humana como las nuevas tecnologías y facilidades para que el ciudadano ecuatoriano pueda realizar sus actividades diarias en armonía.

Todo ecuatoriano tiene derecho a acceder a las tecnologías de la información y comunicación denominadas TIC. Tal disposición está incluida en los artículos 16, 17, 18, 19 y 20 de la Cons-

titución de la República del Ecuador, en las que se relaciona con la instalación de medios de comunicación, uso de frecuencias del espectro radioelectrónico y tecnologías que no representen un riesgo para los ecuatorianos.

La Constitución ecuatoriana deriva este acceso como un derecho a estas formas de comunicación; pueden ser sensoriales, visuales, auditivas, además a las que tienen acceso las personas con discapacidad; se comprende como una integración de las TIC para cualquier persona sin discriminación alguna, garantizando métodos de transparencia e igualdad para todos. Así como el acceso a las frecuencias radioeléctricas para las estaciones de radio y televisión, creación de canales de comunicación y todo lo que implique y brinde la tecnología para facilitar la interacción de los ciudadanos.

La información que se obtenga mediante los mecanismos tecnológicos debe ser verosímil y precisa, pues en los artículos 52, 53 y 66 *ibidem* manifiesta que la ciudadanía tiene derecho a disponer de bienes y servicios de óptima calidad y de información precisa y no engañosa, así como acceder a bienes y servicios públicos y privados con calidad, eficiencia, eficacia y buen trato y a recibir información adecuada y veraz sobre su contenido y características.

Entendiendo entonces la dimensión constitucional que brinda la carta magna ecuatoriana en relación con los derechos del acceso a las nuevas tecnologías y su implementación cabe mencionar que también habla sobre cuáles son los principios que debe guiarse la administración pública para ejecutar una labor correcta, independientemente de los medios o procesos que se utilicen, pues en el artículo 227 manifiesta: “La administración pública constituye un servicio a la colectividad que se rige por los princi-

pios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación” (Constitución ecuatoriana, 2008).

La Constitución ecuatoriana dispone que la administración pública con base en su desarrollo y estructura, tecnológica o no, debe tener en cuenta los principios de eficacia, eficiencia, calidad, jerarquía, desconcentración, descentralización, coordinación, participación, planificación, transparencia y evaluación implementando estos principios a cada uno de los procesos administrativos que están dentro de la normativa ecuatoriana. Al realizar una integración tecnológica, esta integración y procedimientos nuevos deben regirse con base en los principios mencionados; si una tecnología que busque implementarse en la administración pública no cumple con los lineamientos, la Constitución ecuatoriana dispone en que esa implementación, proceso o construcción normativa, sea derogada debido a que se genera una inconstitucionalidad dando como resultado vulneración de derechos constitucionales.

Quiero mencionar, aprovechando este apartado constitucional, que Ecuador es un Estado constitucional de derechos, entiéndase como la evolución de un Estado social de derecho; la normativa ecuatoriana dispone que toda norma, procedimiento o proceso sea acorde con los parámetros y lineamientos constitucionales, pues estos están fundados en principios normativos internacionales como derechos humanos y representan una obligación para que la normativa así como la administración pública obedezca netamente a estos lineamientos, es decir, dentro del Estado ecuatoriano, toda norma, ley, reglamento, acto administrativo, procedimiento o proceso debe ser subordinado a la Constitución, caso contrario se genera una inconstitucionalidad en el que dentro de un Estado constitucional de derechos no puede existir.

La aplicación de las nuevas tecnologías dentro de la administración pública del Estado ecuatoriano ha superado los filtros constitucionales porque representan una progresión y beneficio para los ciudadanos, dando paso a que la tecnología modernice el Estado ecuatoriano, además de contar con un respaldo, ya que al representar una progresión para la aplicación del derecho en este caso la administración pública obtiene un respaldo normativo constitucional que le permite desarrollarse con plenitud e incluso seguir evolucionando los métodos tecnológicos con base en las nuevas necesidades o viejas que existan dentro de la administración pública.

PRESTACIÓN DE SERVICIOS PÚBLICOS

¿Qué son los servicios públicos? Es la manifestación del Estado en reacción a sus obligaciones con sus gobernados; los servicios públicos comprenden cada uno de los servicios que brinda el Estado, como el sistema de justicia, los espacios públicos, la tramitación de jubilaciones. Pero solo nos interesa un servicio en especial: la administración pública; esta se categoriza dentro de la normativa como la interacción entre Estado y ciudadano, administrador y administrado, burocracia, papeleo, permisos sanitarios, permisos de circulación, permisos de construcción, relaciones laborales, etc.; la administración pública comprende todo el eje y contexto de procedimientos administrativos por parte del Estado. Podría decirse que este es el foco de nuestra investigación, pues la administración pública asimila conceptos para interactuar entre administrador y administrado mediante el uso de mecanismos, en este caso, tecnológicos.

La administración pública busca que se haga efectivo el derecho a recibir, intercambiar, copiar, buscar y brindar información contextualizada, legítima y oportuna; acceder con seguridad a la información de las entidades públicas o privadas, y regular los contenidos de los medios de información con fines educativos, culturales e informativos.

Haciendo uso de la tecnología están las solicitudes vía internet, las facturas electrónicas, firmas electrónicas, videoconferencias y mecanismos tecnológicos para agilizar los sistemas de comunicación e interacción de los administradores y administrados, asimismo internamente se establecen sistemas virtuales de registro para tener celeridad y eficacia.

La CEPAL manifiesta que los servicios públicos tecnológicos han generado una economía digital en la que según su grado de desarrollo e implementación determina el nivel de madurez en cada país en la que esta economía digital se mide en los siguientes tres parámetros: 1) la infraestructura de redes de banda ancha, 2) industria de aplicaciones TIC y 3) usuarios finales (CEPAL, 2013).

ACCESIBILIDAD DE LAS TECNOLOGÍAS DE LA INFORMACIÓN Y COMUNICACIÓN

Aquí se analiza cómo se han implementado físicamente las nuevas tecnologías a la administración pública y cómo se ha hecho efectiva esta integración de la renovación de los canales de comunicación de la administración pública en Ecuador. Como antecedente, en 2008 mediante decreto presidencial No. 1014 se hizo obligatorio el uso de software libre en la administración pública central, contabilizando 300 mil usuarios de GNU/Linux en 2010; 90 por ciento de implementación de portales institucionales y

70 por ciento de los sistemas de correo electrónico fueron soportados con software libre, con el fin de agilizar y modernizar la administración pública que estaba atrasada en relación con la época.

El 26 de mayo de 2014 en Ecuador se desplegó el Plan Nacional de Gobierno Electrónico como instrumento de política pública para que el sistema de administración pública pudiera implementar los nuevos desarrollos tecnológicos de comunicación a su estructura interna, dando como origen el nuevo desarrollo de aplicaciones de software para la interacción de la administración pública, generando nuevas plazas de trabajos para especialistas en soluciones de errores en caso de que estos desarrollos e implementación tecnológica experimentaran desfases o percances.

Se crean sistemas tecnológicos denominados como QUIPUX, ESIGEF y ZYMBRA, que sirven como sistema de comunicación interno para las instituciones públicas y estas puedan tener un respaldo digital de cada proceso, procedimiento, acto, hecho administrativo en el que los servidores públicos tengan interacción. QUIPUX nace de una terminología de la lengua quechua, propia de los pueblos indígenas del Estado ecuatoriano. Se entendía ancestralmente por los incas como el sistema de comunicación que ellos utilizaban para enviar información mediante una persona denominada *chasqui*; todo el sistema de comunicación inca se basaba en QUIPUX. Este término es retomado para integrar un nuevo sistema digital de comunicación en las instituciones públicas. Antes de QUIPUX cada funcionario público que realizaba un proceso y requería autorización debía solicitar físicamente la firma de su superior a la persona de la que requerirá dicha autorización. Requería trasladarse al lugar de la otra persona y en algunos casos a otras instituciones. Mediante QUIPUX los

funcionarios públicos tienen la facilidad de redactar su solicitud, firmarla ya sea física o electrónica, para integrar la solicitud al sistema y enviarle a la persona de la que requiera la autorización; la persona al recibir la solicitud puede otorgar aprobación a dicha solicitud sin necesidad de moverse físicamente y tener un respaldo digital verificado. No es lo mismo que usar un correo electrónico, pues estos son susceptibles de alteraciones debido a que el dominio de los correos electrónicos son privados y fuera del país; QUIPUX al ser un sistema de la administración pública está sujeto a regulación y verificación del gobierno electrónico ecuatoriano brindando esa verificación de los procesos dándole legitimidad y fuerza a cada acto normativo.

Los avances realizados por el gobierno ecuatoriano en relación con el progreso tecnológico de otros estados y regiones ha sido lento, pues las innovaciones a pesar de ser buenas para la administración pública han sido pocas, pues según la encuesta sobre Ciudades Digitales de 2013, Ecuador no tiene un modelo de crecimiento ni una planificación basada en la madurez y el desarrollo de gobierno electrónico; por esta razón se evidencian soluciones aisladas y un plan de gobierno electrónico con más de 100 iniciativas, con un presupuesto superior a los 400 millones de dólares, sin un sustento de participación social ni información respecto a su sostenibilidad y factibilidad.

Se han generado dentro de la administración pública los e-servicios que presta el gobierno central en el que este se enfoca a soluciones propias, que aisladamente las instituciones públicas han desarrollado con anterioridad dirigidas solamente a herramientas de control e inversión del gobierno central. A pesar del análisis e implementación de las tecnologías en la administración pública ecuatoriana aún falta por recorrer en el camino del desa-

rollo debido que estamos atrasados en relación con los desarrollos tecnológicos actuales. La gráfica siguiente muestra que en la sociedad latinoamericana el uso de nuevos servicios y aplicaciones alojadas en la nube (web X.0) generan tendencias sociales, económicas, políticas y tecnológicas.

Este desarrollo crea un impacto en los servicios públicos del Estado ecuatoriano influyendo en sus ingresos y egresos, debido a los gastos que implica actualizar a un gobierno electrónico. Para Katz y Callorda (2013), en Ecuador el crecimiento del PIB se estimó en 0.052 por ciento por cada uno por ciento de aumento en la penetración. En Colombia, en 2011, el aumento de uno por ciento de las conexiones de banda impactó en 0.0037 por ciento al PIB; en Costa Rica se demostró que un incremento de uno por ciento de la penetración de la banda ancha implicó un aumento de 2.96 por ciento del ingreso medio en los hogares (Katz R., 2012).

BENEFICIOS

Puede ser que Ecuador no esté al margen de los países en desarrollo en el que su administración pública e integración de la tecnología está unos años más adelante; esta integración tecnológica a la administración pública para el Estado ecuatoriano ha generado grandes beneficios.

El gobierno electrónico es una herramienta tecnológica potencial que fomenta inclusión social, política y económica, no solo de los ciudadanos estándar; existe cierta accesibilidad y privilegio que personas pertenecientes a los grupos vulnerables no gozaban, como las personas con discapacidad, los adultos mayores,

personas con enfermedades catastróficas, mujeres embarazadas, etc. La relación del beneficio para estas personas es relevante, ya que se han creado mecanismos y vías electrónicas para que estos grupos puedan ejercer su derecho al acceso de la administración pública.

Cabe mencionar que en el ciudadano promedio se genere un interés sobre la interacción más cercana de la administración pública, ya que mediante las tecnologías y accesos virtuales que brindan las instituciones el ciudadano tiene una actividad más participativa dentro de la gestión pública. Gracias a esta integración tecnológica se fomenta el progreso laboral creando nuevas plazas de trabajo en el que tanto el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) como Torero & Von Braun mencionan: “Como resultado de las externalidades de las redes, las TIC tienen la capacidad de ayudar a crear sectores de actividad totalmente nuevos y de esa manera generar empleos vinculados directa e indirectamente a estas nuevas actividades” (BID, 2011); “incrementando el contenido de conocimiento de los bienes y servicios e introduciendo, entre otras cosas, productos, usos y medios de subsistencia no desconocidos” (Torero & Von Braun, 2006).

Para el Ministerio de Telecomunicaciones y de la Sociedad de la Información de Ecuador, la importancia del uso y aprovechamiento de las TIC se muestra en el impacto sobre “los niveles de productividad de las empresas, además de mejorar la productividad laboral. Pero los efectos de las TIC sobre el crecimiento no simplemente están asociados directamente en la función de producción, también hay que considerar los que ejercen a través de otras variables que inciden directamente sobre el crecimiento económico de un país. Se puede contemplar sus efectos sobre la inversión, el capital humano, el capital social, el comercio

y finalmente, sobre la innovación y emprendimiento” (Intel, 2014). Según el BID, 10 por ciento en la penetración de servicios de banda ancha en la región lleva asociado un incremento promedio de 3.2 por ciento del producto interno bruto (PIB) y un aumento de la productividad de 2.6 puntos porcentuales, generando 67 016 nuevos puestos de trabajo.

El modelo de economía digital plantea un nuevo ecosistema que es la base para fomentar el desarrollo económico y social en una nación, considerando efectos en el crecimiento económico, empleo y productividad, los servicios públicos, educación, salud, el acceso a la información, la transparencia y participación ciudadana. La aplicación de las tecnologías dentro de la administración pública ha sido gracias a la accesibilidad y apertura que se le ha dado, eso sí faltando un poco más de compromiso e ingresos para estas nuevas formas de desarrollo del gobierno electrónico. Un beneficio, aunque un tanto irrelevante para la administración pública, es el que brinda la integración tecnológica dentro del sistema de administración penal. El Universo Indica (2019): “Una huella, una mancha de sangre, la más pequeña fisura en una bala, un cabello, residuos biológicos, la reconstrucción virtual de un hecho o las marcas de llantas en el asfalto pueden convertirse en pruebas y evidencias para la comprobación de un delito”. Estos indicios, a través de avances tecnológicos, permiten que varias instituciones públicas de Ecuador ayuden a determinar culpabilidades o inocencias en casos de asesinatos, violaciones, agresiones físicas o accidentes viales. En el Servicio Nacional de Medicina Legal y Ciencias Forenses (SNMLCF) se realizan decenas de periciales solicitados por la fiscalía que van desde análisis genéticos hasta la reconstrucción de un asesinato. Paula Venirme, directora de esta institución, afirma que los equipos que

poseen ayudan en los procesos judiciales. En el transcurso de los años hemos adquirido tecnología de calidad, a pesar de que tenemos desventaja con otros países en el aspecto tecnológico; nuestra cultura en aprender y desarrollar nuevas capacidades nos está llevando a importar tecnología más reciente de países del exterior. Las empresas estatales en busca del desarrollo de una mejor atención al cliente se basan en tecnologías capaces de brindar satisfacción.

CONCLUSIÓN

La administración pública no solo en Ecuador sino en varios Estados del mundo busca la progresividad y perfeccionamiento de la interacción entre administrador y administrado; la integración de las nuevas tecnologías dentro de un sistema normativo da acceso a mecanismos, procedimientos y aplicaciones ilimitadas de la normativa en relación con miles de situaciones que se dan en el diario vivir, facilitando sus procesos, solicitudes y todo lo que conlleve la administración pública. De igual manera no solo para la administración pública sino para cada aspecto normativo en el que una persona se involucra con el Estado, la tecnología brinda aplicaciones infinitas, muchas veces estas aplicaciones se ven mal versadas o mal intencionadas en el que debemos seguir y mantener nuestra ética y moral para que dicha aplicación sea correcta y vaya de acuerdo con lineamientos en progresión de los derechos mas no en regresión, pues el derecho no es retroactivo. La tecnología cada día avanza y evoluciona; hay que aceptar el mundo como es, no como quisiéramos que fuera, y hacer lo que se pueda para que el mundo sea mejor; las tecnologías en parte

tienen esa intención, y gracias a los contextos históricos y antecedentes podemos comprender que es lo que le falta al ser humano para una armonía social realizada. La integración tecnológica es un fenómeno inevitable dentro de Ecuador y debido a su Constitución y lineamientos del buen vivir esta interacción se está realizando de forma lenta, pero se realiza.

BIBLIOGRAFÍA

- Asamblea Constituyente de Ecuador. (20 de octubre de 2008). Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449.
- Barragán Martínez, Xavier. (2016). *El gobierno electrónico en Ecuador*: Fabricio Guevara Viejo.
- Minalla C., Cristóbal. (2011). *Avances tecnológicos en Ecuador*. Quito: Universidad Ecotec.

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA ERA VIRTUAL *VERSUS* COVID-19

Alfredo Maciel González Torres*

2020, un año completamente distinto a otros, un año en el cual nos encontramos enfrentando una de las situaciones más complicadas, quizá en nuestras vidas; una situación que seguramente dejará un antecedente marcado a nivel mundial; en un plano difícil frente a un virus, el cual ha resultado letal; que hasta la fecha no se ha podido determinar una vacuna o cura exacta; este virus que la Organización Mundial de la Salud denominó como SARS-CoV-2 (OMS, 2020), con significado por sus siglas traducidas al español como coronavirus tipo 2 del síndrome respiratorio agudo grave; lo conocemos simplemente como coronavirus o Covid-19.

I. INTRODUCCIÓN

El tema va en relación con la gran problemática del Covid-19 en perjuicio de la administración pública, y emanado de ello la aportación que brinda hasta el momento y posibles aportaciones que pudiesen abonar en beneficio la era virtual o digital, es decir, la tecnología. Principalmente para desglosar el título y definir conceptos empezamos por la administración, entendida en palabras del maestro Alberto Vega Hernández (2016) de la Facultad

* Profesor en la Facultad de Derecho Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California.

de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) como aquel conjunto de técnicas sistematizadas para analizar, controlar y estructurar la organización de los medios de producción. Al referirnos a pública, conforme al diccionario de la Real Academia Española (2014) dice que es algo conocido o sabido por todos, que se hace a la vista, accesible a todos, destinada al público y más.

Ahora bien, sobre la administración pública, la cual funge un papel relevante en la vida cotidiana, es imprescindible establecer como Pierre Escoubé (1954) define la administración pública como un conjunto de medios de acción, sean directos o indirectos, sean humanos, materiales o morales, de los que dispone el gobierno nacional para lograr los propósitos y llevar a cabo las tareas de interés público que no cumplan las empresas privadas o las particulares y que determinan los poderes constitucionales, legalmente dedicados a recoger y definir la política general de la nación. De lo anterior, deduce el autor Andrés Serra Rojas (1977) en su libro *Derecho administrativo* que la administración pública es la realización de un interés general por medio de una acción propiamente desinteresada de todo propósito de lucro que se asegura con determinadas prerrogativas que establecen un régimen jurídico exorbitante del privado.

Una vez determinado un concepto de administración pública hablemos de la era virtual o digital, con el fin de salir a pesar de la presente situación ante el virus; la era virtual o digital la define Carlos Zarzalejo (s.f.) como aquel momento histórico de síntesis de información, es decir, aquella búsqueda inalcanzable de descifrar la unidad mínima de información que se puede establecer entre un transmisor y un receptor, básicamente se refiere a la época que vivimos con el avance que ha obtenido la tecnología

en el transcurso del tiempo, la cual ha permitido comunicarnos y acceder a información de manera más rápida.

Cada día queda más claro el gran avance que ha obtenido la tecnología con el paso del tiempo; somos conscientes que los aportes de esta han sido de mucha ayuda; demostró serlo aun en tiempos de pandemia y se puede mejorar; por ello su relación con la administración pública, partiendo de la idea de los aportes que la tecnología ha abonado a esta, tocando los temas en los cuales pudiera mejorar o modificarse y en cuáles situaciones pudiera implementarse.

II. LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y LA ERA VIRTUAL *VERSUS* COVID-19

La administración pública centralizada federal cuenta con su fundamento legal en el artículo 90 de nuestra carta magna y en el artículo 1º de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal, párrafo II, con una estructura amplia, compuesta por la presidencia de la república, las secretarías de Estado, la Consejería Jurídica del ejecutivo y la Procuraduría General de la República. Aquí abarcaré temas en relación con las secretarías de Estado, a las cuales denominaré como sectores, además por la delimitación que debo aplicar tanto por el tiempo como por abarcar más a fondo el tema a exponer; no trataré todas las secretarías de Estado, sino las que considero de mayor importancia en relación con la complejidad, dificultad o por la buena actuación de las mismas frente a la situación presente.

Partiendo desde un plano internacional, esta enfermedad es de carácter mundial, según información de la página web de la Or-

ganización Panamericana de la Salud; la OMS publicó una actualización epidemiológica en la que estableció la enfermedad como nuevo coronavirus (Covid-19), luego de que el 31 de diciembre de 2019 el municipio de Wuhan en la provincia de Hubei dio un informe sobre un grupo de casos con neumonía con una etiología desconocida. Fue en enero de 2020 cuando el Centro Chino para el Control y la Prevención de Enfermedades identificó un nuevo Covid-19 como la enfermedad causante de este brote, al 30 de enero de 2020 con más de 9 700 casos confirmados solamente en China y con 106 casos confirmados en otros 19 países. El director general de la OMS declaró que el brote es una emergencia de salud pública de interés internacional, por lo que acepta los consejos del comité de emergencia del Reglamento Sanitario Internacional (RSI) (Salud, 2020).

Preguntaba sobre cuál sector de la administración pública creían que era el más afectado por el Covid-19, por lógica al saber que la problemática es por una enfermedad se entiende que el quizá el más afectado es el sector salud. La Secretaría de Salud, a cargo de Jorge Alcocer Varela, en su página web da una breve definición de aquella dependencia del poder ejecutivo que se encarga primordialmente de la prevención de enfermedades y promoción de la salud a la población y de la cual sus funciones se encuentran mejor explicadas en el artículo 39 de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. Hugo López-Gatell Ramírez, titular de la Subsecretaría de Prevención y Promoción de la Salud, se ha convertido en uno de lo más destacables, debido a que ha sido el encargado de brindar información a los gobernados desde el comienzo de la pandemia, informes que van desde explicar la enfermedad, sus posibles alcances, medidas de seguridad preventivas, actualización de casos y más. Lamentablemente

demonstró no estar preparado con un plan de antelación para algo como lo que estamos viviendo; se produjo una saturación excesiva en los hospitales y centros de atención médica, que además de traer consigo una carga exagerada de trabajo contrajo un riesgo inminente para los trabajadores, puesto que no se encontraba con las medidas y el equipo para exponerse a realizar su trabajo con pacientes contagiados por dicha enfermedad o personal de este sector que ya contaba con alguna enfermedad y se colocaba en la categoría de grupos vulnerables al ser propensos a contagiarse.

Tal es el caso expuesto hace unos meses; cito algunas partes de la nota proporcionada por el *El Financiero*, de una mujer trabajadora de un hospital de Naucalpan, Estado de México, que expresó y argumentó que no se contaba con las medidas necesarias de sanidad para prevenir el contagio de esta enfermedad. Era tan desfavorable la situación, que esta mujer relataba que como médico tratante solo se les proporcionaron 100 cubrebocas sencillos, los cuales no contaban con el material para prevenir el contagio, además que se instalaron carpas de plástico para atender en especial a pacientes con Covid-19, que ponía más en exposición al virus, ya que se indicó que este sobrevive más tiempo en este tipo de material; mencionó que dicha área jamás fue desinfectada, lo que generó un foco altamente grave. La doctora presentó un amparo obteniendo la suspensión del plan y exponía que mientras no se le proporcionara el material para la realización de sus funciones y no se tomaran las medidas sanitarias para la prevención de contagios por Covid-19 no regresaría a trabajar, agregando que su hijo menor padece de rinitis y tener este padecimiento se vuelve aún más vulnerable; el fin del asunto lo trató Gabriel Regis López, juez del Decimosexto Distrito en materia administrativa de la Ciudad de México, quien se pronunció refe-

rente al principio pro persona, que se encuentra consagrado en el artículo 1° de nuestra carta magna que en palabras concretas establece que deberá interpretarse en la forma más amplia a favor de los gobernados siempre que se trate de derechos humanos. El artículo 4°, en su párrafo cuarto, cita: “Toda persona tiene derecho a la protección de la salud por lo cual el Estado tiene la obligación de proporcionar cómo emitir lo necesario para lograr tal finalidad; en un estudio más a fondo, al tratarse de un tema de salud se entiende que el acto reclamado es por ello, por el impacto al derecho a la salud, pero al tratarse de una enfermedad severa, y un antecedente de vulnerabilidad por parte del menor se está impactando de igual manera en contra del derecho a la vida” (*El Financiero*, 2020).

Lo anterior queda como precedente y ejemplo de no contar con un plan con antelación para este tipo de situaciones, además de ser una situación clara de la falta de inversión y atención por parte del Estado a los trabajadores de este sector. Desde la visión jurídica, nos damos cuenta que seguramente esta doctora no fue la única a quien se le estaban vulnerando sus derechos; se realizó una serie de publicaciones por parte del personal de salud de distintos puntos, en los que desde el comienzo de la pandemia ha denunciado de no contar con cubrebocas, guantes, vestimenta adecuada, mayor espacio, entre otras herramientas y necesidades fundamentales para exponerse y atender a pacientes contagiados con Covid-19; otras situaciones como no encender el aire acondicionado en pleno verano, caso denunciado en Mexicali, especialmente donde se llega hasta a 50° C y se tenía al personal con los trajes especiales trabajando así, además de las jornadas excesivas de trabajo, saturación de pacientes y dormir incómodamente en los hospitales; la mayoría al encontrarse aislada por prevención

de sus familiares, los cuales resultan desagradables y transgresores de derechos humanos. De lo anterior encontramos, consagrado en la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José, que en el artículo 1 establece la obligación de respetar los derechos para todas las personas, en su artículo 4, el derecho a la vida, artículo 5, derecho a la integridad personal, en especial tratándose de menores en el seno familiar, el artículo 19, donde establece los derechos del niño (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969); cito esta normativa de carácter internacional, ya que de no cumplir el Estado con lo estipulado sobre el derecho interno podría convertirse en una situación de carácter internacional con responsabilidad directa para el Estado al incurrir en esta violación de derechos humanos; recapitulando para desarrollar cada numeral, el artículo 1 meramente introductorio se establece que la convención aplica para todas las personas, es decir para todos los seres humanos sin distinción alguna; con ello el artículo 4, que consagra el respeto a la vida hacia todas las personas, que como en el caso práctico de la doctora se atenta contra su vida al exponerla sin protección y medida sanitaria alguna al contagio de esta enfermedad que resulta ser grave; después, el artículo 5 que habla de la integridad personal, en la que se ve atentada la integridad física, psíquica al tener un exceso de trabajo y malas condiciones y moral, y el artículo 19 establece que a los niños deberán otorgársele todas las medidas de protección que requiera, esto por parte de su familia, de la sociedad y fundamentalmente del Estado, que de no proporcionar lo necesario para un sano desarrollo y cumplimiento de los derechos humanos tanto de las personas como de los niños, niñas y adolescentes, sin excepción alguna, desde su normativa interna caería en una responsabilidad interna y subsecuente de ello po-

drán citarse las normativas internacionales a las cuales el Estado sea parte con apego al derecho internacional y buscarse en este ámbito que el Estado cumpla con sus obligaciones asumidas según sea la normativa o normativas y respondiendo a la naturaleza del caso que se presente (Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969).

Comentaré entonces del sector laboral. La Secretaría de Trabajo y Previsión Social tiene el fundamento en la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal en el artículo 40. Enfocándonos a la problemática central hay situaciones en este sector que son importantes; al estar conscientes de la gravedad que estaba presentando este virus se emite un acuerdo publicado en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF), en el cual se modifica las acciones extraordinarias para atender la emergencia sanitaria del acuerdo publicado el 31 de marzo de 2020. En este acuerdo se emite en el artículo primero la suspensión inmediata a partir del 30 de marzo al 30 de mayo de 2020 de las actividades no esenciales para evitar la mitigación y el contagio masivo del virus con el que empresas y negocios catalogados por no ser esenciales tuvieron que cerrar sus puertas durante un mes. En relación con ello, conforme a los artículos contemplados en la Ley Federal del Trabajo, empezando por el artículo 168, que establece que en periodos de contingencia declarada previamente por las autoridades competentes las mujeres en gestación o de lactancia no deberán presentarse a trabajar y no podrán sufrir perjuicio en su salario, prestaciones y derechos, por encontrarse dentro del grupo considerado vulnerable y a quienes se les aplicara la disposición contemplada en el artículo 429, fracción IV de la misma ley. Al respecto, en el artículo 175 en su segundo párrafo, establece que los menores de 18 años no deberán presentarse a

trabajar estando en el mismo supuesto citado y aplicándoseles lo estipulado en el artículo 429, fracción IV de la citada ley, que contempla que en los casos del artículo 427 correspondientes a las causas de suspensión temporal de las relaciones de trabajo en una empresa o establecimiento se establece que la suspensión de labores o trabajos, que declare la autoridad sanitaria competente, en los casos de contingencia sanitaria serán causa suficiente para realizar la suspensión; en el artículo 429, en su fracción IV, establece que el patrón no requerirá una aprobación o autorización por parte del tribunal y está obligado desde la declaración de contingencia sanitaria a pagar una indemnización equivalente a un día de salario mínimo integral vigente; por cada día que dure la suspensión, sin que este pago exceda de un mes; si se excediere, el patrón ya no tiene esta obligación (Ley Federal de Trabajo, 1970). De aquí derivan muchas opiniones, desde la óptica patronal la injusticia de dejar de generar ingresos al cerrar sus puertas, y aun así pagar durante un mes a todos sus trabajadores, y por otro lado desde la óptica de los trabajadores, en la que muchos abogados laboristas, es que se tiene una laguna jurídica perjudicial hacia el trabajador, al no encontrarse en la ley de la materia contemplada la circunstancia que vivimos; van meses desde que se declaró esa suspensión, si bien muchas empresas ya abrieron sus puertas: ¿Qué hubiera pasado si esto no ocurriera? La suspensión de actividades no esenciales duró más tiempo, y después del mes pagado que tenía asegurado el trabajador, ¿qué pudo hacer? La mayoría no le quedó más que renunciar, atentando con ello a su antigüedad, perdiendo su estabilidad de empleo, derecho fundamental en materia laboral y separarse de su trabajo; algunos con el dinero obtenido pusieron un negocio para sobresalir durante la pandemia, otros buscaron trabajo donde pudieran

continuar desde casa y otros simplemente tuvieron que aguantar durante la suspensión, sin saber hasta qué día podrían trabajar; por ello me atrevo a denominar como la laguna jurídica más perjudicial hacia el trabajador. Esto solo es un punto principal en esta materia, pero qué sucedió con todas aquellas empresas, ya sea grande, mediana o pequeña categoría, que en su mayoría tuvieron que cerrar sus puertas; algunas como pudieron han sobresalido, otras tuvieron que traspasar y todo esto sin importar el tiempo que tenían de instalados ni a qué se dedicaba la empresa en sí, además relacionando esta situación con la actuación del Servicio de Administración Tributaria (SAT). El Código Fiscal de la Federación en su artículo 42 dice que la visita domiciliaria es aquella contemplada como un acto de fiscalización para verificar el cumplimiento de las obligaciones fiscales y aduaneras, por parte de los contribuyentes, los responsables solidarios o terceros relacionados, y en su caso determinar las contribuciones omitidas o los créditos fiscales, así como para comprobar la comisión de delitos fiscales y para proporcionar información a las autoridades fiscales (Código Fiscal de la Federación, 1981), esto a pesar de tener conocimiento que las empresas se encontraban cerradas por no ser esenciales.

Se tuvo el caso de empresas que siguieron trabajando, sin importar la declaración de contingencia; se estuvieron observando casos por medio de la red social facebook por parte de trabajadores donde demandaban la situación laboral, ya sea exponiendo cuando los gerentes o patrones les ofrecían un bono extra al sueldo y prestaciones contempladas por no faltar; los tenían en una condición extremadamente expuesta al contagio del virus al no contar con ninguna medida sanitaria aplicada; posteriormente, la Secretaría de Trabajo y Previsión Social comenzó a realizar clau-

suras a empresas que no acataron el decreto de suspensión por declaración de contingencia, argumentando algunas que se consideraban esenciales y otras simplemente negando que seguían laborando.

Ahora bien, adentrándonos al tema de la educación pública se sabe que por la contingencia los estudios son a distancia, unos continúan gracias a la televisión, ya que por ese medio se llevan a cabo las clases grabadas, otros utilizan youtube para ver el video de sus maestros, otros utilizan plataformas como facebook, meet, zoom, skype, o como la mayoría de nosotros classroom o blackboard; queda claro que para continuar estudiando es necesario por lo menos para el rango del kínder a la primaria televisión abierta, de la secundaria en adelante un celular smartphone que soporte este tipo de aplicaciones o en su caso una computadora, ya sea de escritorio o laptop, y fundamentalmente internet. Entonces, qué sucederá con los casos donde no hay acceso a internet por falta de recursos o en los que no se cuenta con televisión o uno de estos aparatos: ¿deben abandonar sus estudios? La respuesta sería conforme a derecho claramente un no, pero la necesidad, la falta de atención por parte del gobierno y la realidad es que lamentablemente sí; respecto a nuestra carta magna en su artículo 3º menciona que toda persona deberá tener acceso a la educación, estableciendo en el mismo ordenamiento que será obligación de la rectoría de la educación del Estado otorgar los medios para que se pueda acceder a esta aclarando que deberá ser gratuita (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, 1917). Desde esta percepción y atendiendo a este ordenamiento queda claro que el Estado no está cumpliendo con dicha función; debería proveer y actuar para atender estos casos para acceder a la educación; queda claro que sin necesidad de irnos muy lejos

como expresan coloquialmente compañeros tuvieron que abandonar sus estudios sin saber hasta cuándo puedan retomarlos. La realidad es que de no ser por programas de apoyo de las escuelas como la Fundación UABC 2020 no se hubiera podido apoyar a esos alumnos a quienes se les brindaron computadoras y quizá de ser 50 por ciento del total de aquellos que no contaban con algún medio para continuar hubiese sido 100 por ciento que hubieran dejado sus estudios a causa de la pandemia.

Una vez abarcados estos tres sectores, referente al tema de la administración pública, vamos a la parte que considero esencial: el tema de la era virtual, empezando por la educación pública, desprendiéndose dos vertientes: la primera es sobre lo perjudicial que ha resultado para aquellos que no cuentan con estos aparatos electrónicos para acceder a sus estudios sobre aquellas escuelas que no contaban con un plan para este tipo de sucesos o simplemente no tenían contemplado llegar a necesitarlos; por ello surge una adaptación a estas plataformas tanto por docentes como por los alumnos, que si bien reconozco a muchos docentes, quienes se prepararon y destacaron a pesar de las dificultades que se les presentaba, pero hubo escuelas en las cuales no se les dio una preparación, no se les aplicó un curso intensivo, no se mostró un interés en capacitar; parto de la idea que día a día se debe pedir una capacitación tanto a académicos como a los alumnos. La segunda son las grandes aportaciones que vinieron a traer las tecnologías en ayuda a este sector de la administración pública para enfrentar esta pandemia, y continuar brindando educación pública a distancia, tales como las redes sociales facebook y whatsapp, otras plataformas para enlazar videollamada como zoom, meet, skype, además de las más utilizadas y con opciones para subir tareas y exámenes como classroom, y otra con las mismas

características como blackboard. Sin ayuda de estas plataformas hubiera sido difícil continuar con una educación lo más allegada a la presencial, desde la básica hasta la superior.

En lo laboral, gracias a estas plataformas generales y otras propias de cada empresa se ha logrado continuar con los trabajos a distancia, es decir, desde casa, que de no ser así seguramente el porcentaje de desempleo hubiera incrementado. La problemática parte desde lo plasmado en el artículo 132, en su fracción III de la Ley Federal de Trabajo, en el que se contempla que es obligación del patrón proporcionar a sus trabajadores los útiles, instrumentos y materiales necesarios para la ejecución correcta del trabajo (Ley Federal de Trabajo, 1970), ordenamiento que en muchas empresas no se llevó a cabo, ya que eran los trabajadores quienes debían proporcionar, comprar las herramientas para seguir trabajando desde casa y pagar la internet de su bolsillo.

En el tema de la salud es claro que no se puede atender a distancia, ya que el médico valora al paciente en un estudio presencial, pero si se pudiera establecer una plataforma quizá para realizar las citas donde pueda atenderse por videollamada a pacientes que no necesitan ir de manera presencial y exponerse al virus por estar dentro del grupo catalogado como vulnerable. Es decir, aquellos pacientes que con un simple test por parte del médico especialista puedan estar constantemente atendidos, que en caso de presentar algún síntoma nuevo o alguna complicación deberán asistir presencialmente. En Mexicali me tocó el caso de un médico cardiólogo, quien por medio de un método que implementó utilizando videollamadas ha atendido a pacientes desde antes de la pandemia, y no solo de Mexicali, o de México. Cuenta con pacientes fuera de la nación que se dirigen con él para una consulta de chequeo preventivo gracias a las aportaciones que brindan las tecnologías.

III. CONCLUSIÓN

Dejo lo anteriormente expuesto a tema de reflexión e investigación de quienes mantengan un interés, con el propósito de crear mecanismos con apoyo de las tecnologías aplicables que sirvan no solo para estos sectores, sino para la administración pública en general y en cualquier situación. Considero que hace falta una serie de reformas a diferentes artículos de los ordenamientos legales de cada sector de la administración pública. Sin duda este es un tema que da mucho de qué hablar, pero solo abarcamos ciertos puntos, e igual es un tema en el ámbito jurídico de debate seguro, emanado y análogo de las percepciones debatibles que suceden entre los iusnaturalistas y iuspositivistas, por lo que es un tema de debate, en especial para aquellos interesados en el área laboral sobre lo estipulado en el artículo 429, fracción IV, donde se indica el pago del salario mínimo diario e íntegro, durante no más de un mes, dejando a su criterio reflexionar e investigar las siguientes interrogantes: ¿Debe reformarse el citado artículo? ¿De qué manera debería estipularse en caso de ser reformado? ¿Dicha estipulación no va en contra de los derechos humanos del patrón?

IV. FUENTES CONSULTADAS

Cámara de Diputados. (1970). Ley Federal de Trabajo. México.
Cámara de Diputados. (1981). Código Fiscal de la Federación.
Cámara de Diputados. (2021). Ley Orgánica de la Administración Pública Federal. *Diario Oficial de la Federación*.
Congreso Constituyente. (1917). Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

- El Financiero. (13 de abril de 2020). Recuperado de <https://www.elfinanciero.com.mx/cdmx/doctora-gana-demanda-para-no-atender-casos-de-covid-19-sin-medidas-de-proteccion-adecuadas>
- Escoube, Pierre. (1977). Derecho administrativo. En Andrés Serra Rojas, *Introducción a la administración pública*, México: Porrúa.
- Gobierno de México. (2020). Recuperado de <https://www.gob.mx/salud>
- Fundación UABC. Recuperado de <https://fundacionuabc.org/hospitalmovil/>
- La era digital. (s.f.). Cómo se define la era digital. Opinión de Carlos Zarzalejo. Recuperado de <https://www.carloszarzalejo.org/p/como-se-define-la-era-digital.html>
- Organización de los Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre los Derechos Humanos. Pacto de San José de Costa Rica.
- Organización Mundial de la Salud. (2019). Recuperado de [https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-\(covid-2019\)-and-the-virus-that-causes-it](https://www.who.int/es/emergencias/diseases/novel-coronavirus-2019/technical-guidance/naming-the-coronavirus-disease-(covid-2019)-and-the-virus-that-causes-it)
- Organización Panamericana de la Salud. (14 de febrero de 2020). Recuperado de https://www.paho.org/hq/index.php?option=com_content&view=article&id=15725:14-february-2020-novel-coronavirus-ncov-epidemiological-update&Itemid=42346&lang=es
- Real Academia Española. (2021). Diccionario de la Real Academia Española. Recuperado de <https://dle.rae.es/p%C3%BABlico>
- Vega Hernández, Alberto. (2016). *Guía de derecho administrativo del maestro*. México: UNAM.

**UN LARGO CAMINO QUE TRANSITAR:
LA REGULACIÓN DEL TRANSPORTE PÚBLICO
Y SU IMPACTO SOBRE EL DESARROLLO DEL
CAPITAL HUMANO EN LIMA METROPOLITANA**

Diana Lucía Manrique Kukurelo*

INTRODUCCIÓN

El sistema de transporte público es uno de los elementos esenciales que posibilitan el desarrollo en las ciudades; así, la movilidad urbana incide directamente en la vida de los ciudadanos y su acceso a servicios básicos como salud y educación. En Lima Metropolitana, el servicio de transporte público es un tema sumamente polémico y complejo de atender por las autoridades, debido a que involucra diferentes niveles de gobierno, lo que dificulta el diseño e implementación de políticas públicas sostenibles a largo plazo. Puesto que los ciudadanos pasan gran parte del día en algún medio de transporte, este servicio público guarda estrecha relación con la oportunidad de desarrollar sus capacidades, conocimientos y preservar la salud de los ciudadanos; esto es, desarrollar capital humano; por ello, es relevante analizar este tema a la luz del derecho público.

* Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica del Perú. Miembro del Círculo de Derecho Administrativo y del Grupo de Sociología y Antropología del Derecho de la misma casa de estudios.

El objetivo principal es analizar la relación que existe entre la regulación del servicio de transporte público y su impacto sobre el desarrollo del capital humano de los ciudadanos de Lima Metropolitana, con el objetivo de poner en práctica una regulación más eficiente, acorde con las necesidades de la población y enfrentar los desafíos de la metrópoli. Es así que el presente trabajo asienta su origen en la siguiente pregunta: ¿Cómo impacta la regulación del servicio de transporte público en el desarrollo del capital humano de la ciudadanía de Lima Metropolitana?

Se sostiene como hipótesis que la regulación del servicio de transporte público en la ciudad es deficiente, puesto que carece de las herramientas regulatorias necesarias para mantener un servicio de calidad que atienda la demanda y favorezca al desarrollo del capital humano de la ciudadanía de Lima Metropolitana. Las consideraciones que permiten advertir la hipótesis estriban en el hecho que determinados factores como la ausencia de un sistema de transporte público integrado y los altos niveles de contaminación constituyen características de una regulación deficiente cuyo impacto es negativo sobre la concepción óptima del desarrollo de capital humano.

Para dar cumplimiento del objetivo, enfocaré el ámbito de la investigación en los estudiantes universitarios, por ser esta la población que más se moviliza dentro de la ciudad de Lima, debido a su necesidad de acudir tanto a los centros de estudios como al lugar en que realizan sus prácticas profesionales (v. g., pasantías). Ahora bien, con el propósito de presentar una explicación completa de los alcances de la investigación se ha considerado dividir su contenido en cuatro secciones. La primera permitirá analizar cómo la regulación del servicio de transporte público se encuentra estrechamente relacionada con el deber general del

Estado de proveer un servicio en óptimas condiciones. En la segunda sección será pertinente realizar una revisión histórica de la evolución de la regulación de este servicio en Perú, enfatizando el momento en que se permitió la libre iniciativa privada en el transporte al inicio de 1990. En la tercera sección se analizará el panorama actual de la regulación del transporte público en Lima Metropolitana, describiendo las características del sistema de transporte público y resaltando las consecuencias que tiene sobre la salud y tiempo de los ciudadanos. En la cuarta se desarrollará el concepto de capital humano a fin de determinar qué papel desempeña en el marco de la regulación del transporte urbano y su impacto sobre los estudiantes universitarios de Lima Metropolitana. Como colofón se expondrán las conclusiones extraídas de este estudio, que permitirán tener una concepción más actual y sólida de la importancia e impacto de la regulación del servicio de transporte público en el desarrollo del capital humano.

LA REGULACIÓN DEL SERVICIO DE TRANSPORTE PÚBLICO EN LIMA

EXCURSUS: ALCANCES CONCEPTUALES SOBRE LA NOCIÓN DE LA REGULACIÓN EN EL SERVICIO DE TRANSPORTE PÚBLICO

El concepto de regulación puede revisarse desde los enfoques provenientes de la economía, sociología, la ciencia política y, ciertamente, el derecho, aunque cada disciplina esboza una noción que se adecúe mejor a sus fines y a la posibilidad de dar una explicación conceptual, regular implica introducir reglas de comportamiento que disciplinen las relaciones establecidas en todo un colectivo de personas. Es posible regular en ámbitos privados

y en ámbitos públicos. En los primeros, los llamados a postular sus directrices y mandatos conductuales son los propios particulares, pero en el ámbito público la regulación supera el control de los privados, ya que su génesis e implementación es monopolizada por el Estado.

La definición de regulación gravita en torno a la idea de establecer un control focalizado y permanente de una agencia pública sobre un determinado ámbito sectorial en el que se desenvuelve una actividad económica investida de esencialidad por estar fundamentada en la satisfacción del interés general (Alza, 2011, p. 317).

Pero la función de la regulación no se agota únicamente en dictar normas de obligatorio comportamiento; también involucra la necesidad de cumplir sus propias reglas (*enforcement*) para lo que el Estado, a través de sus agencias públicas, ejercita sus potestades de control y castigo. Es así que monitorea y fiscaliza, a menudo bajo un enfoque preventivo, el cumplimiento de su regulación (restrictiva o impositiva) e impone castigos a los que inciden en incorrecciones antijurídicas.

Importante es no dejar de mencionar la clasificación en que se ramifica la regulación. A decir de Jara y Vásquez (2012, p. 312) es posible advertir la existencia de una regulación económica, cuya función será en estricto corregir las fallas de mercado por razones de eficiencia económica, pero también la presencia de una regulación social, cuyo sustento se fundamenta en la satisfacción, logro y garantía del interés público que existe en determinadas actividades económicas. Hechas estas aclaraciones se advierte una característica intrincada en el concepto de regulación, que es su ámbito de operatividad. Partimos de la premisa de que se regula una actividad económica por revestir esta importancia para

el interés general. Conocemos que su propia naturaleza la hace tributaria de un *constructo* de reglas, sin las que se vería expuesta a caer en inequidades y perjuicios para los sujetos que participan en esta actividad, independiente del papel que desempeñen.

Así, la introducción de una regulación económica y social para un servicio tan necesario como es el transporte público cobra relevancia. No es menor, por tanto, que el Estado despliegue esfuerzos jurídicos y técnicos para garantizar el uso y acceso de este servicio en términos de calidad y seguridad para los millones de personas que se movilizan diariamente a través de los medios de transporte que ofrece la capital peruana. Esto es amparado por el análisis hecho por Jara y Vásquez (2012, p. 318), para quienes “[...] en el transporte urbano debido a la presencia de fallos de mercado que le son inherentes casi siempre se requerirá una regulación económica, la cual tendrá un efecto —en mayor o en menor grado— sobre los precios del servicio. Lo mismo ocurre para la regulación social donde el Estado incluso no sea económicamente rentable y ciertas condiciones mínimas del servicio en general, no por razones de eficiencia económica sino por razones de índole social”.

El énfasis no se centra en la ausencia de una regulación para el servicio de transporte público en Lima; se fundamenta en la imperiosa necesidad de realizar los ajustes pertinentes al marco jurídico sobre el que se edifica esta regulación para conseguir que realmente cumpla los fines para los que fue formulada: la satisfacción de los usuarios y la garantía de contar con un servicio que abone al mejoramiento de su calidad de vida.

LA ACTIVIDAD DEL TRANSPORTE PÚBLICO EN LIMA

La actividad del transporte público opera como espacio abstracto en el que confluyen rutas, medios de transportes, pasajeros, empresas, agencias públicas y demás *stakeholders* que realizan actuaciones económicas, sociales y regulatorias.¹ Asimismo, cabe anotar que el transporte público posibilita la reproducción de las fuerzas laborales a través del desplazamiento masivo de la mano de obra, “contribuyendo al crecimiento de las grandes economías de escala y la productividad general de las ciudades y en buena cuenta de los países a las que pertenecen y de sus distintas demarcaciones internas” (Huapaya y Soto, 2012, p. 324).

En cuanto a la definición que se tiene del transporte en nuestro ordenamiento jurídico se advierte su categorización como variedad de los servicios de transporte terrestre, los que se distinguen a su vez en el tránsito terrestre. Como señala Poole (2016, p. 20), la primera categoría refiere al tráfico y la circulación vial, mientras que la segunda a los servicios de desplazamiento de personas y mercancías mediante medios motorizados, entre los que se encuentra el transporte público. Esta clasificación hecha por Poole se obtiene de la lectura de la Ley N° 27181, Ley General de Transporte y Tránsito Terrestre, así como del Decreto Supremo N° 017-2009-MTC, Reglamento Nacional de Administración de Transporte. Es en este último instrumento normativo que se

1 Digresión aparte, Bielich sostiene una importante distinción terminológica entre transporte y tránsito. Se entiende por tránsito a la movilización de las personas, al sistema vial instaurado que permite que las personas se movilicen (*transiten*) de un lugar a otro de la ciudad, mientras que al hablar de transporte nos estamos refiriendo al medio que utilizan las personas para moverse; puede ser transporte público o transporte particular (2010, p. 118). Para efectos de nuestra investigación, mantendremos la terminología ya asentada en nuestra cultura jurídica, la misma que refiere al transporte.

advierde en su artículo 3, inciso 60, que el servicio de transporte público se configura como “servicio de transporte terrestre de personas, mercancías o mixto que es prestado por un transportista autorizado para dicho fin a cambio de una contraprestación económica”.

Sobre este particular resulta idóneo manifestar la confusa arquitectura regulatoria existente en torno a la elección de los términos que representa una actividad singular o general del transporte público. De ahí que coincidamos con Cano (2011) y Poole (2016), quienes sostienen que la actividad de transporte público se restringe a los servicios de transporte prestados por cuenta ajena a cambio de una contraprestación económica para el desplazamiento de personas y sus equipajes, dentro de itinerarios preestablecidos y con sujeción a un calendario y horarios prefijados, de forma continua para satisfacer necesidades de carácter estable dirigidos a satisfacer una demanda general, pudiendo ser utilizados por cualquier interesado, realizados mediante vehículos destinados al transporte colectivo, denominado autobuses. A partir de la definición ofrecida por Cano y Poole se pueden advertir determinadas características del servicio de transporte público. La más resaltante es la existencia de una contraprestación económica entre los pasajeros y los operadores que ofrecen el servicio en una determinada vía. Ello evidencia la existencia de roles que desempeñan los actores principales de esta actividad. Aquí concurren las empresas que se encargan de ofrecer el servicio de transporte público en Lima, los usuarios o pasajeros, quienes consumen diariamente este servicio a cambio de pagar una contraprestación, y la agencia pública, quien se encarga de velar por el cumplimiento de las reglas de funcionamiento y operación de la actividad.

Pero lo anterior no sería posible sin la existencia de una infraestructura física que sirva de soporte a este servicio. Hablamos de la infraestructura construida como carreteras, pistas, túneles, *by pass*, etc. Esta infraestructura es necesaria para la prestación del servicio en términos de accesibilidad, pero también de regularidad y calidad. De ahí que tiene relación con el crecimiento urbano y la planificación urbana de las ciudades aglutinantes como Lima.

Así, es claro que el Estado tiene un deber esencial de intervenir en esta actividad. La modalidad que escoja puede variar. Al menos en Perú y en Lima se ha pasado de fórmulas que han ido de la prestación directa a través de empresas estatales al actual esquema en el que la prestación la realiza un particular, previa obtención de un título habilitante para operar, y donde el papel del Estado se limita a garantizar que se cumplan los estándares de calidad en su función reguladora.

Por ello, el Estado tiene que crear las condiciones que permitan el desarrollo integral y la mejora de la calidad de vida de la población como expresión de justicia social y fin supremo. A decir de Huapaya y Soto (2012, p. 323), “entre esas condiciones aquellas que garanticen que la movilidad de las personas sea atendida de manera eficiente a través de una oferta de servicios de transporte y de gestión de la logística urbana de niveles de calidad seguridad suficientes”.

TRANSPORTE PÚBLICO URBANO COMO SERVICIO PÚBLICO

El transporte público en Perú califica como servicio público desde 2018, con motivo de la promulgación de la Ley N° 309000, Ley que crea la Autoridad de Transporte Urbano para Lima y

Callao (ATU). En específico, en su primera disposición complementaria final se expresa la declaración de servicio público en los siguientes términos:

Primera. Declaración de servicio público. Declárese al servicio de transporte terrestre de personas en todos sus ámbitos y modalidades como servicio público (Congreso de la República, 2018).

Mencionar este hito es importante, debido que hasta ese año la actividad de transporte no tenía la consideración de servicio público. Sin la calificación legal de servicio público ninguna actividad adquiere dicha condición bajo el estándar de nuestro ordenamiento jurídico. Antecedentemente, el tribunal constitucional peruano en sus acostumbradas sentencias pedagógicas había desarrollado una jurisprudencia que reconocía la imposibilidad de calificar al servicio de transporte como servicio público, pero sin que ello evite concederle la categoría de actividad económica que reviste un especial interés público (2005, fundamento jurídico 43). Si bien, ambos conceptos se fundan en la necesidad de que el prestador cumpla una serie de obligaciones en beneficio del usuario, formalmente nuestra legislación anterior a la Ley N° 30900 no permitía que las garantías y principios del servicio público irradian sus efectos en la actividad de transporte público.

La noción del servicio público en el ordenamiento jurídico peruano

El servicio público se define como aquella actividad esencial para la comunidad por su alto valor para la satisfacción del interés general en el que la administración pública se reserva su

prestación para sí misma a través de la técnica de la *publicatio* e impone obligaciones de continuidad, regularidad y accesibilidad a los operadores de tales servicios.²

Una definición semejante es ensayada por Cairampoma y Solar (2010, p. 105), quienes además agregan la característica formal de que la actividad debe tener reconocimiento de servicio público en un instrumento legal. Esta es una apreciación que recoge lo desarrollado por Zegarra,³ quien desgrana las características del concepto de servicio público adaptado a nuestro sistema jurídico. Para él, la noción de servicio público en Perú tiene como soporte principal el elemento de la titularidad estatal del servicio, de manera que es el Estado —a través del legislador— el que tiene la capacidad de determinar si se establece una reserva a su favor para la gestión de una determinada actividad (Zegarra, 2005, p. 350). En lo que concierne al régimen jurídico del servicio público se observa la presencia de los principios generales aplicables al servicio público de una serie de prerrogativas de poder público, así como de derechos y de las obligaciones diferentes de aquellas que son utilizadas en las relaciones privadas (Zegarra, 2005, p. 351).

Estas obligaciones y principios a las que refiere el señalado autor son las que el tribunal constitucional ha desarrollado en el expediente N° 0034-2004-PI/TC, donde caracteriza a un servicio

2 A mayor abundamiento, Montaña propone la siguiente definición: “Como un conjunto de actividades con carácter no autoritativo y de interés general prestadas por la administración pública o los particulares, cuyo desarrollo es de responsabilidad de la administración pública y por consiguiente sujetas a un régimen jurídico especial” (2005, p. 177).

3 Sobre el particular, Zegarra (2005, p. 351) señala que una actividad sea considerada servicio público, como se desprende de la legislación revisada, es el legislador peruano el que establece dicha calidad, elemento este último cuyo carácter es evidentemente variable en el tiempo y en el espacio.

público a partir de un conjunto de rasgos y principios como: *a*) su naturaleza esencial para la comunidad; *b*) la necesaria continuidad de su prestación en el tiempo; *c*) su naturaleza regular, es decir, que debe mantener un estándar mínimo de calidad, *d*) la necesidad de que su acceso se dé en condiciones de igualdad (2005, fundamento jurídico 40).

Así, la prestación del servicio público puede realizarse tanto por el Estado, de modo directo, como por el particular a través de una concesión administrativa. Ello no va a significar la pérdida de la titularidad que siempre estará en la esfera del Estado. Al final, lo que se busca que el servicio público sea prestado por quien esté en mejores condiciones para hacerlo en términos de calidad y eficacia (Zegarra, 2005, p. 351).

La compatibilización de la actividad de transporte público dentro de la categoría de servicio público

A la luz de las características de la figura del servicio público reconocido en el ordenamiento jurídico peruano corresponde ahora analizar la compatibilidad de estos elementos con la actividad materia de análisis. En primer lugar, la titularidad de la actividad es del Estado. Aunque la ley no define exactamente quién es el titular se presume que esta recae en la Autoridad Única de Transporte (ATU). Así se cumple el elemento subjetivo. No obstante, la propia ley ofrece esquemas de habilitación vía concesión administrativa. Por ello, la prestación de la actividad recaerá en las empresas operadoras privadas que obtengan la concesión de la actividad focalizando su ejecución en rutas diagramadas en toda la metrópoli de limeña.

Respecto al elemento objetivo, hemos dado cuenta de la esen-

cialidad que reviste la prestación de este servicio. De hecho, su impacto económico y social incide de tal manera que gravita la cotidianidad de las personas que utilizan estos medios para movilizarse de un lugar a otro. En cuanto al elemento formal, la primera disposición complementaria final califica al transporte como un servicio público, categoría que no ostentaba antes; ello le permite irradiar todas las obligaciones y garantías a favor de los usuarios, quienes deben recibir un servicio continuo, de calidad, accesible y en constante transformación y uso de mejoras tecnológicas. Todo ello compatibiliza con el cumplimiento del interés general que representa una obligación y mandato constitucional y principista del Estado peruano.

ANTECEDENTES Y HECHOS RELEVANTES DEL TRANSPORTE PÚBLICO EN LIMA METROPOLITANA

Alrededor de 1960, mediante el proceso de migración interna, gran cantidad de ciudadanos de diversos territorios de Perú, dada la ausencia de servicios básicos al interior del país, se trasladaron a las principales ciudades, especialmente a Lima y Callao, buscando mejorar sus condiciones económicas y calidad de vida. Los migrantes se asentaron en las periferias de Lima, dando origen al crecimiento exponencial de una urbe territorialmente dispersa. Estos ciudadanos se dirigen diariamente a sus centros de trabajo, ubicados principalmente en el centro de Lima, debiendo transitar trayectos sumamente largos (Bielich, 2010, p. 47).

En las décadas siguientes, el transporte público se caracterizó por ser un servicio escaso, poco confiable, con vehículos en estado deplorable e inseguro, ofrecido principalmente por Enatru

(la empresa nacional del transporte urbano de Perú), que operó entre 1975 y 1992. Junto a este servicio operaban autobuses y microbuses privados, colectivos y taxis.

LIBRE INICIATIVA PRIVADA DURANTE EL GOBIERNO DE ALBERTO FUJIMORI

Posteriormente, en 1991, durante el gobierno del expresidente Alberto Fujimori se adoptaron medidas de liberalización del transporte público, otorgándole mayor protagonismo al sector privado. Así, el decreto legislativo N° 651 buscó impulsar el libre mercado disponiendo “la libre competencia en las tarifas de servicio público de transporte urbano e interurbano de pasajeros en todo el país”, con la finalidad de “asegurar la satisfacción de la creciente demanda del servicio” y “mejorar condiciones de calidad, oportunidad y seguridad”.

Asimismo, en 1992 el Decreto Ley N° 25789 permitió la importación de unidades vehiculares usadas con la finalidad de impulsar el crecimiento del mercado de transporte y, en consecuencia, por la ciudad empezaron a circular buses, combis y *coasters* de mucha antigüedad congestionando las vías públicas⁴ (Fernández, 1999, p. 14). Los vehículos grandes fueron reemplazados por la proliferación de unidades menores con capacidad limitada. A pesar de carecer de un adecuado mantenimiento, confort y exceder los límites de velocidad, se convirtieron en el principal medio de transporte, puesto que su demanda se debía a que los

4 Si bien esta norma fue derogada en el año 2009 a través del decreto supremo 017-2009-MTC mediante la cual se dispuso la salida de los vehículos de transporte público si es que exceden los 15 años como mínimo, la inspección no se ha ejecutado de manera adecuada, por lo que el panorama no cambió significativamente.

tiempos de espera se redujeron y la mayoría de orígenes y destinos se encontraban a pocos metros de una unidad vehicular. En suma, si bien la liberalización del transporte público permitió la iniciativa privada aumentando, en cierta medida, la satisfacción de los usuarios a corto plazo, la ausencia de una regulación con mínimos estándares de calidad impactó negativamente en la movilidad urbana a largo plazo.

ANÁLISIS DEL PANORAMA ACTUAL DEL TRANSPORTE PÚBLICO EN LIMA METROPOLITANA

El panorama actual de la actividad de transporte público está muy alejado de una situación ideal en la que confluyan todas estas condiciones descritas en la primera sección de este trabajo. Al contrario, el diagnóstico de la situación de este servicio es desfavorable. En 2008, la Defensoría del Pueblo publicó un informe al que tituló *El transporte urbano en Lima Metropolitana: un desafío en defensa de la vida*, en el que dio cuenta de los problemas que azotan y mantienen la condición caótica de esta actividad. Se identifican los siguientes: guerra por el centavo, donde cada transportista batalla por conseguir un pasajero; precios estables y no competitivos; empleo de subsistencia, y congestión vehicular. Respecto a la guerra por el centavo, la defensoría señaló: “[...] la conducta de los choferes destinada a mitigar la reducción de sus ganancias hace prevalecer en la ciudad la competencia por cada pasajero en la ruta, es decir, la ‘guerra por el centavo’, incluso entre unidades de la misma empresa, lo que finalmente implica no solo una merma en la calidad del servicio prestado, sino en el aumento de los accidentes de tránsito” (2008, p. 179).

Sobre el carácter pétreo de los precios se entendió que esta situación restaba competitividad y eficiencia en términos económicos, porque los transportistas no tenían incentivos para mejorar sus servicios en cuestiones de calidad, ya que de todas maneras estarán limitados a cobrar un precio invariable; ello no contribuía a la competencia ni a la mejora de la calidad del servicio. El empleo de subsistencia se generaba por el hecho de que se había establecido un esquema de subarrendamiento en el que una empresa adquiría una autorización de circulación y con ello incorporaba propietarios que fungían de sus propios jefes (Bielich, 2010, p. 122). Respecto a la congestión vehicular, la defensoría concluyó que esta provoca los siguientes costos:

[...] pérdida de horas-hombre por el aumento del tiempo de viaje, uso ineficiente de combustibles, pérdidas por muertes prematuras, gastos hospitalarios y de salud, pérdida de días laborables debido a enfermedades atribuibles a la contaminación, pérdida de bienestar y calidad de vida, mayores costos de mantenimiento o pérdida del patrimonio monumental de la ciudad, desvalorización de la propiedad inmueble pública y privada a causa de la contaminación del aire y el ruido, entre otros (Defensoría del Pueblo, 2008, p. 179).

Adicionalmente, la congestión vehicular afecta en mayor nivel a los sectores de menores recursos y genera fuertes externalidades negativas.⁵ Ello ocasiona que la calidad del servicio se resienta y se perciba como mala por la población debido al exceso de tiem-

5 De acuerdo con Barbero (2006, p. 274), la organización del transporte público afecta especialmente la movilidad de los sectores de menores recursos: el costo del transporte urbano en un hogar de bajos ingresos llega a 17 por ciento de los gastos mensuales, superando a los otros servicios públicos domiciliarios.

po que toma movilizarse de un lugar a otro usando estos medios de transporte (Barbero, 2006, pp. 273-274).

De acuerdo con el estudio de Martínez sobre la congestión en Lima se ha encontrado que “en promedio por día la influencia de los flujos de buses sobre la velocidad es de 14 por ciento que en el promedio por hora esta influencia es de cerca de 25 por ciento durante las horas pico de las 8 am, 11 am y 6 pm, y que cuando se mide por minuto esta influencia llega a 90 por ciento aunque contados minutos durante las horas pico y que está localizada en zonas céntricas o zonas de escasa infraestructura vial en relación con la demanda de transporte” (2017, p. 68).

Otro aspecto que también condiciona la calidad y el mejoramiento del servicio de transporte público es la deficiente organización institucional, la cual permite advertir la presencia de diferentes agencias con competencias superpuestas. Además de la débil institucionalidad, existe un escaso o nulo planeamiento y una ausencia de sistemas de información y cultura de seguridad vial (Huapaya y Soto, 2012, p. 328). Esto último guarda estrecha vinculación con el surgimiento de un sistema pobremente estructurado en el que la competencia por el pasajero contribuye sustancialmente al desorden del tránsito, los accidentes y la contaminación ambiental (Barbero, 2006, p. 276). Esta problemática se resume perfectamente en el siguiente esquema:



Fuente: Barbero (2006, p. 281).

En síntesis, la situación que enfrenta nuestro servicio de transporte público está muy alejada de alcanzar una situación idónea. La elevada atomización de la actividad y la intensa competencia entre los operadores alimentan a que el servicio se preste en condiciones desventajosas. Ello ha generado un tráfico incontrolable de vehículos particulares y públicos, el incremento de la contaminación ambiental, malestar social y un desmedro desmedido a la calidad de vida de los pasajeros, sobre todo a aquellos de menores recursos (Huapaya y Soto, 2012, p. 325; Poole, 2016, p. 33).

En cuanto a la contaminación ambiental, según especialistas de la Dirección General de Salud Ambiental (Digesa), los estudiantes que radican cerca o en avenidas principales están sobreexpuestos a contaminantes atmosféricos que pueden dañar los pulmones, generar enfermedades respiratorias, irritar los ojos y causar cáncer (2017, p. 5). Según el estudio, en las áreas de Lima Metropolitana más de 70 por ciento de la contaminación ambiental se debe al transporte vehicular ocasionando graves y diversas enfermedades, pero principalmente las que afectan a las vías respiratorias.

Por otra parte, según la última encuesta de Lima *cómo vamos* en 2019 el transporte público es el segundo problema más importante que afecta la vida en la ciudad. Esto es significativamente alarmante puesto que para los estudiantes universitarios los viajes por trabajo o estudios se realizan en transporte público. En total, 65.3 por ciento de limeños usa algún modo de transporte público colectivo para moverse (buses, combis o cúster, colectivos, metropolitano, metro de Lima o corredores complementarios), lo que permite concluir que este es el sector en el que se debe priorizar la inversión en transporte si se desea beneficiar a la mayor cantidad de ciudadanos.

Es pertinente analizar el impacto de las características negativas que posee el transporte público de Lima Metropolitana sobre la vida de los ciudadanos, en especial los universitarios, poniendo énfasis en la contaminación ambiental, como la pérdida de tiempo en el transporte, puesto que son factores que inciden directamente en la formación de esta población.

ROL DEL CAPITAL HUMANO EN LA REGULACIÓN DEL TRANSPORTE COMO SERVICIO PÚBLICO

Históricamente, la medida más utilizada por los índices de desarrollo ha sido el Producto Interno Bruto (PIB), entendido como el valor monetario de los bienes y servicios que una economía produce en un periodo y lugar determinado. No obstante, desde la crisis financiera de 2008 el uso del PIB ha sido muy cuestionado, porque no refleja realmente la riqueza de un Estado, limitándose a mostrar cuántos ingresos económicos ha percibido un país. Es así que los expertos en desarrollo han cuestionado la forma de medir el éxito, expandiendo las variables a considerar, especialmente valorando las capacidades y oportunidades de desarrollo que los ciudadanos tienen en un determinado país (Banco de Desarrollo de América Latina, 2016).

Hablamos del índice de capital humano, un indicador que fue recientemente lanzado por el Banco Mundial y consiste en clasificar a los países en función a cuánto invierten en sus juventudes. Es por ello que en este trabajo se emplea dicho concepto, toda vez que se enfoca primordialmente en el desarrollo de capacidades en la población universitaria. No obstante la utilidad del índice de capital humano, muchos gobiernos están dispuestos a

invertir en proyectos que son rápidamente visibles, a fin de dar la seguridad y apariencia de progreso inmediato, en lugar de proponer metas a más largo plazo. Esto es así porque los resultados del capital humano son visibles recién después de varios cuando los gobiernos que lo impulsaron probablemente ya no estén en el poder.

Es cada vez más evidente que si no se promueven políticas públicas destinadas a fortalecer el capital humano los países no serán capaces de sostener su crecimiento, puesto que carecerán de una fuerza económica debidamente calificada ni podrán competir de manera eficaz en la economía mundial. Los gobiernos deben darse cuenta de que la mejor riqueza del país es el potencial de sus ciudadanos. Y es que el capital humano son los conocimientos, las capacidades y la salud que las personas acumulan a lo largo de su vida y que les permiten desplegar su potencial como miembros productivos de la sociedad. Invertir en las personas a través de políticas públicas y una regulación adecuada es fundamental para generar capital humano (Banco de Desarrollo de América Latina, 2016).

Por ello, la regulación del transporte público desempeña un papel fundamental en proveer un servicio de calidad que no limite la oportunidad de desarrollo de los ciudadanos; es decir, se requiere un transporte público que no perjudique la salud de los universitarios, ni les haga perder tiempo valioso de su día en un transporte deficiente.

BIBLIOGRAFÍA

- Alza, C. (2011). ¿Qué se entiende por regulación? Enfoques y equivocidad. *Revista de derecho administrativo* (2), 10, 317-328.
- Autoridad Única de Transporte Urbano. (s.f.). *Lima-Callao. Trabajos técnicos para la profundización en el modelo de autoridad de transporte urbano de Lima-Callao*. Material orientativo.
- Banco de Desarrollo de América Latina. (2018). *Desafíos para la integración de sistemas de transporte masivo: Manual de buenas prácticas*. Bogotá: Corporación Andina de Fomento.
- Banco de Desarrollo de América Latina. (2016). *Observatorio de movilidad urbana: Informe final 2015-2016*.
- Banco Mundial. (2019). *Proyecto de capital humano. Informe de situación, primer año*.
- Banco Mundial. (s/f). *Cómo desarrollan capital humano los países. Políticas y programas que utilizan y amplían la evidencia empírica*. Recuperado de <https://worldbank.org/humancapital>
- Barbero, J. (2006). Transporte urbano. En Banco Mundial, *Perú, la oportunidad perdida de un país diferente: próspero, equitativo y gobernable* (273-287). Lima: Banco Mundial.
- Belman, D. & Wolfson, P. (2014). Human Capital. En Belman, D. & Wolfson, P., *What does the minimum wage go?* (259-300). Michigan: W. E. Upjohn Institute.
- Bielich, C. (2010). Perdido en el espacio (vial). En M. Tanaka (Ed.), *El Estado, viejo desconocido. Visiones del Estado en el Perú* (pp. 47-114). Lima: IEP.

- Cano, T. (2011). La regulación del transporte público urbano. En Muñoz, S. (ed.), *Derecho de la regulación económica* (pp. 309-361). Madrid: Iustel.
- Cairampoma, A. & Solar, G. (2010). *El régimen legal del servicio universal en telecomunicaciones. El caso peruano del Fondo de Inversión en Telecomunicaciones-FITEL*. Lima: Adrus.
- Congreso de la República del Perú. (2018). Ley que crea la Autoridad de Transporte Urbano para Lima y Callao. Ley N° 30900. Lima, 27 de diciembre.
- Danós, J. (2008). El régimen de los servicios públicos en la Constitución peruana. *Themis* (55), 255-264.
- Defensoría del Pueblo. (2008). Informe defensorial N° 137. *El transporte urbano en Lima metropolitana: un desafío en defensa de la vida*. Lima: Defensoría del Pueblo.
- Fernández, T. (1999). Del servicio público a la liberalización desde 1950 hasta hoy. *Revista de Administración Pública* (150), 57-73.
- Huapaya, M. & Soto, E. (2012). De todos y de nadie: el caso del transporte público en Lima y Callao y la necesidad de un planeamiento común. *Revista de Derecho Administrativo* (1), 12, 323-336.
- Jara, M. & Vásquez, J. (2012). El servicio de transporte público urbano de personas: libre mercado y regulación. *Revista de Derecho Administrativo* (1), 12, 309-322.
- Lima cómo vamos. (2019). *Décimo informe urbano de percepción sobre calidad de vida en la ciudad*. Lima: Conciba.
- Martínez, M. (2017). Transporte público de buses *versus* congestión y contaminación en Lima y Callao. *Economía* (15), 79, 47-86.

- Ministerio de Transportes y Comunicaciones. (marzo de 2019). *Política Nacional de Transporte Urbano PNTU*. Lima.
- Montaña, A. (2005). *El concepto del servicio público en el derecho administrativo*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Poole, E. (2016). *Rectificando las fallas del mercado: Balance del proceso de implementación en Lima del Sistema Integrado de Transporte (SIT) y propuestas para su perfeccionamiento bajo un régimen de servicio público*. [Tesis de licenciatura]. Pontificia Universidad Católica del Perú, Facultad de Derecho.
- Rodríguez, R. (2012). La contaminación ambiental de Lima Metropolitana: un problema sistémico. *Strategia* (25), 42-45.
- Tribunal Constitucional del Perú. (15 de febrero de 2005). Sentencia recaída en el expediente N° 0034-2004-PI/TC. Lima.
- Zegarra, D. (2005). *El servicio público*. Lima: Palestra.

LA DIMENSIÓN JURÍDICA DEL CONCEPTO CORRUPCIÓN EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO A LA LUZ DEL SISTEMA NACIONAL DE COMBATE A LA CORRUPCIÓN

Jorge Cruz Caballero*

I. INTRODUCCIÓN AL ESTUDIO PLANTEADO

El presente estudio sostiene que la semántica desempeña un papel sumamente relevante en el derecho, ya que gracias a ella se explica en principio el objeto y objetivo de las normas formalmente válidas, pero también se puede interpretar la norma de manera adecuada y más importante aún se puede aplicar correctamente. De ahí que sin un uso adecuado de palabras, conceptos y significados, las normas jurídicas pueden traer consecuencias insalvables dentro de un sistema jurídico.

La falta de conceptualización precisa, así como la falta de significado jurídico específico del concepto corrupción dentro del sistema nacional que pretende combatirla, trae aparejada múltiples consecuencias de violaciones a derechos humanos ocasionadas por ilegalidades, actuaciones inconstitucionales e inconvencionales y violaciones a los principios y valores del propio sistema jurídico mexicano y los estándares de carácter internacional que al respecto deben observarse.

En este contexto de inexistencia concreta de un concepto de contenido jurídico de corrupción dentro del orden jurídico na-

* Licenciado en derecho y maestrante en Derecho Constitucional y Administrativo por la Universidad La Salle Oaxaca.

cional es preciso allegarnos de conceptos dogmáticos multidisciplinarios como el propuesto por José Antonio Zarzalejos (en Cortina, et al., 2013), quien señala:

... englobamos en el término “corrupción” dos conceptos distintos aunque convergentes: de un lado, la malversación de fondos públicos, en provecho propio o ajeno, o los delitos conexos —tráfico de influencias, uso de información privilegiada, etc.— efectuados al amparo de las relaciones de poder; de otro lado, la apropiación indebida de recursos privados en las sociedades anónimas mediante grandes operaciones de “ingeniería financiera” que aprovechan la insuficiencia de los controles y los vacíos jurídicos de una legislación insuficientemente adaptada a la complejidad de las modernas relaciones económicas. El fenómeno de la “corrupción”, conforme al uso dado socialmente al término, puede referirse, pues tanto a la acción pública como a la actividad privada.¹

Asimismo, Kofi A. Annan, exsecretario general de la Organización de las Naciones Unidas, menciona:

La corrupción es 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.

1 A. Cortina Orts et al., “Corrupción y ética”, *Cuadernos de Teología Deusto*, núm. 9, 2013, Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto. Disponible en <https://cutt.ly/Qff4UNe>.

Este fenómeno maligno se da en todos los países —grandes y pequeños, ricos y pobres— pero sus efectos son especialmente devastadores en el mundo en desarrollo. La corrupción afecta infinitamente más a los pobres porque desvía los fondos destinados al desarrollo, socava la capacidad de los gobiernos de ofrecer servicios básicos, alimenta la desigualdad y la injusticia y desalienta la inversión y las ayudas extranjeras. La corrupción es un factor clave del bajo rendimiento y un obstáculo muy importante para el alivio de la pobreza y el desarrollo.²

De acuerdo con estas visiones, la corrupción resulta ser un fenómeno universal no circunscripto a los servidores, organismos, órganos o entes públicos y en general no limitativo a la vida pública del país, sino que inmiscuye a todas las personas que conforman las sociedades y que son susceptibles en mayor o menor medida de sus efectos. A pesar de ambas definiciones no podemos considerar que existe propiamente un contenido jurídico que se aplique dentro del orden jurídico nacional ni mucho menos dentro del sistema nacional de combate a la corrupción,³ incluso la segunda de ellas, al estar contenida en el prefacio de un instrumento internacional, serviría únicamente como orientadora para construir una vinculante que emerja de alguna fuente formal del derecho en México, de ahí la importancia del planteamiento del presente estudio.

2 Organización de las Naciones Unidas, Convención de las Naciones Unidas contra la corrupción, Nueva York, 2004, p. 3. Disponible en <https://cutt.ly/Xff4AWv>.

3 En lo sucesivo SNCC.

II. BREVE ESTUDIO DE LOS DOCUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES Y NACIONALES QUE DAN ORIGEN, SENTIDO Y RUMBO AL CONCEPTO “CORRUPCIÓN” EN MÉXICO DE 1996 A 2020

1. *CONSIDERACIONES PREVIAS*

Para Loretta Ortiz Ahlf,⁴ “Los tratados son acuerdos entre sujetos de derecho internacional, regidos por el DIP...”, cabe mencionar que todo documento que reúna tales características sin importar su denominación *per se* debe reputarse como tratado internacional. En el sistema jurídico mexicano los tratados internacionales cobran especial relevancia a luz de los artículos 1º y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, ya que estos forman parte del bloque de constitucionalidad o parámetro de regularidad constitucional,⁵ integrándose como leyes supremas de toda la unión; por tanto, la incorporación de los tratados a nuestro sistema jurídico es automático,⁶ salvo restricción expresa como lo refiere la propia resolución de la contradicción de tesis 293/2011.⁷

4 Loretta Ortiz Ahlf, *Derecho internacional público*, 3ª. ed., México, Oxford, 2004, pp. 11-12.

5 Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011, México, 2011. Disponible en <https://cutt.ly/yff4Bx8>.

6 Ortiz Ahlf, *op. cit.*, p. 37.

7 *Cfr.* Contradicción de tesis 293/2011, *op. cit.*

2. LA CONVENCION INTERAMERICANA CONTRA LA CORRUPCIÓN⁸ Y LA CONVENCION DE LAS NACIONES UNIDAS CONTRA LA CORRUPCIÓN⁹

La Convención Interamericana contra la Corrupción se suscribió el 29 de marzo de 1996 en Caracas, Venezuela, la cual contiene objetivos claros consistentes en la cooperación internacional para combatir y erradicar la impunidad y la corrupción, así como sus alcances y consecuencias; principalmente aquellas que trascienden al ámbito internacional y ponen en riesgo el ejercicio de las funciones públicas, las actividades comerciales y financieras y a las sociedades de los Estados integrantes de la Organización de los Estados Americanos (OEA).¹⁰

Esta convención resulta el primer documento de carácter internacional mediante el cual el Estado mexicano se obliga a una serie de acciones (legislativas y administrativas) para combatir los actos de corrupción a través de la cooperación de carácter internacional y la creación de tipos penales homologados, mismos que principalmente se dirigen a las personas que trabajan en el servicio público.

Por otra parte, la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción suscrita en Mérida, en 2003, resulta el segundo documento de carácter internacional que vincula al Estado mexicano a responder con estrategias diversas frente a las consecuencias de la corrupción. Esta convención cuenta con tres objetivos es-

8 Organización de los Estados Americanos, Convención Interamericana contra la Corrupción, Caracas, 1996. Disponible en <https://cutt.ly/gff4PtY>.

9 Organización de las Naciones Unidas, op. cit. Disponible en <https://cutt.ly/Xff4AWv>.

10 Organización de los Estados Americanos, Convención Interamericana contra la Corrupción, Caracas, 1996. Disponible en <https://cutt.ly/gff4PtY>.

pecíficos: 1) promover y fortalecer las medidas para prevenir y combatir más eficaz y eficientemente la corrupción; 2) promover, facilitar y apoyar la cooperación internacional y la asistencia técnica en la prevención y la lucha contra la corrupción, incluida la recuperación de activos; 3) promover la integridad, la obligación de rendir cuentas y la debida gestión de los asuntos y los bienes públicos.¹¹ De manera novedosa la convención presenta la inclusión del sector privado respecto de las sanciones que el Estado legítimamente pudiese imponer con motivo de la comisión de actos ilícitos que se reputen como actos corruptores.

3. LOS DECRETOS DE LOS AÑOS 2015 Y 2016 EN EL ESTADO MEXICANO

Para dar paso a la implementación del SNCC, el 27 de mayo de 2015 se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de combate a la corrupción.¹² Así, bajo tal panorama, la primera gran reforma estructural que instituyó el SNCC trató de cumplir las obligaciones derivadas de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, dejando pendientes aún algunas de las obligaciones de la primera Convención Interamericana de 1996.

El 18 de julio de 2016 se reformaron diversas leyes secundarias en materia de combate a la corrupción, como el Código Penal Federal¹³ y la Ley de Fiscalización y Rendición de Cuen-

11 Organización de las Naciones Unidas, op. cit., p. 21.

12 *Diario Oficial de la Federación*. Disponible en <https://cutt.ly/dff42Jn>.

13 *Diario Oficial de la Federación*. Disponible en <https://cutt.ly/Rff43FG>.

tas de la Federación;¹⁴ de la misma manera se promulgó la Ley General del Sistema Nacional Anticorrupción, la Ley General de Responsabilidades Administrativas y la Ley Orgánica del Tribunal Federal de Justicia Administrativa.¹⁵ La transformación y reestructuración de nuestro sistema jurídico cuyo origen es de carácter internacional no siguió una lógica social real, ya que invisibiliza realidades que suceden lejos del centro de poder político en México; por ejemplo, no contempla la existencia del “servicio comunitario” que se aleja de la noción de “servicio público” y al igual que este es sujeto de sanciones tanto administrativas como penales y políticas derivadas del SNCC. Otros elementos que muestran esta falta de lógica social real en la implementación y funcionamiento del SNCC son las reiteradas violaciones a los principios constitucionales y convencionales que a raíz de la nula conceptualización del concepto de corrupción suceden dentro del sistema jurídico mexicano.

III. LOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES Y CONVENCIONALES EN TENSIÓN

Al homologar la legislación nacional con el contenido de los enunciados normativos de carácter internacional, el Estado mexicano debe observar los principios jurídicos propios de su sistema. Esta encrucijada no resulta una tarea fácil para el Estado en su conjunto, pues para lograrlo debe asumirse como una “comunidad de principio”, es decir, debe asumir su vida interna como un modelo social donde reconozca la imperante necesidad de exigir

14 *Diario Oficial de la Federación*. Disponible en <https://cutt.ly/Qff44Tt>.

15 *Diario Oficial de la Federación*. Disponible en <https://cutt.ly/Eff45qa>.

que nadie quede fuera y por tanto cada ciudadano respete los principios comunes (principalmente el de equidad y de justicia), aceptando con ello que están gobernados por estos principios sin importar su situación; de modo tal que los ciudadanos acepten asumir y reconocerse recíprocamente derechos y deberes equitativos y justos con la intención de crear una integridad social que parte de la base de condiciones políticas e históricas comunes, legitimando así sus instituciones.¹⁶

Se ha mencionado que a raíz de la implementación y entrada en vigor del SNCC las personas en México son susceptibles de soportar sanciones principalmente en tres ámbitos: el administrativo, el penal y el político; por ello, no podemos dejar de lado que estas sanciones persiguen principalmente los siguientes fines: *a*) reprimir la comisión de conductas ilícitas; *b*) reparar el daño (material, económico o moral) al Estado; *c*) incitar a la no reiteración de tales conductas.

De modo que en cualquiera de estas tres esferas sancionatorias se está inequívocamente ante una facultad punitiva del Estado que la doctrina ha denominado *ius puniendi* y que se actualiza cuando existen los siguientes elementos: *a*) un comportamiento contrario a derecho; *b*) la necesidad del Estado de reprimir la conducta antijurídica, y *c*) un resultado material que repare el daño, que inhiba de su reincidencia y que sancione al infractor por tal conducta.

Casino Rubio (2018) menciona que la sentencia del tribunal constitucional español 48/2003, de 12 de marzo (asunto: Ley de

16 Ronald Dworkin, *El imperio de la justicia*, “De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría práctica”, 2ª. ed., trad. Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa, S. A., 2012, pp. 154-157.

Partidos Políticos) aporta la doctrina más acabada respecto de las sanciones del Estado, criterio doctrinal al que nos apegamos y reproducimos su relevancia:

Para determinar si una consecuencia jurídica tiene o no carácter punitivo habrá que atender, ante todo, a la función que tiene encomendada en el sistema jurídico. De modo que si tiene una función represiva y con ella se restringen derechos como consecuencia de un ilícito, habremos de entender que se trata de una pena en sentido material, pero si en lugar de la represión concurren otras finalidades justificativas deberá descartarse la existencia de una pena, por más que se trate de una consecuencia gravosa [...] No basta, pues, la sola pretensión de constreñir al cumplimiento de un deber jurídico (como ocurre con las multas coercitivas) o de restablecer la legalidad conculcada frente a quien se desenvuelve sin observar las condiciones establecidas por el ordenamiento para el ejercicio de una determinada actividad. Es preciso que de manera autónoma o en concurrencia con esas pretensiones el perjuicio causado responda a un sentido retributivo, que se traduce en la irrogación de un mal añadido al que de suyo implica el cumplimiento forzoso de una obligación ya debida o la imposibilidad de seguir desarrollando una actividad a la que no se tenía derecho. El restablecimiento de la legalidad infringida deriva siempre en el perjuicio de quien con su infracción quiso obtener un beneficio ilícito, del que se ve privado. El carácter de castigo criminal o administrativo de la reacción del ordenamiento solo aparece cuando, al margen de la voluntad reparadora, se inflige un perjuicio añadido con el que se afecta al infractor en el círculo de los bienes y derechos de los que disfrutaba lícitamente.¹⁷

17 Miguel Casino Rubio, *El concepto constitucional de sanción administrati-*

Bajo tales consideraciones, al ser el SNCC un sistema de base constitucional, este y todos sus efectos —incluyendo los relativos a las sanciones— están supeditados a los principios constitucionales y convencionales aplicables a la expresión punitiva del Estado diseñada para garantizar por medio de la represión la supremacía constitucional, el Estado de derecho y el *statu quo* en el Estado mexicano.

Ahora bien, en atención al criterio jurisprudencial constitucional/administrativo emitido por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,¹⁸ en el contexto del sistema jurídico mexicano se debe tener al derecho penal y al derecho administrativo compartiendo sus principios en tanto el segundo no tenga los propios. Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en la jurisprudencia interamericana derivada de la sentencia del caso López Mendoza *versus* Venezuela, párrafo 111 *in fine*¹⁹ ha respaldado la perspectiva de principios comunes ante las expresiones punitivas del Estado. Caso similar se encuentra en la jurisprudencia interamericana en la sentencia del caso Vélez Loor *versus* Panamá dentro del párrafo 170²⁰ y en la jurisprudencia interamericana en la sentencia del caso Baena Ricardo y otros *versus* Panamá dentro de los párrafos 106 y 107²¹ donde se ex-

va, Madrid, Foros y Debates, 2018, pp. 85-86. Las cursivas son propias.

18 Tesis P./J. 99/2006, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, noventa época, t. XXIV, agosto de 2006, p. 1565.

19 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso López Mendoza *versus* Venezuela, fondo de reparaciones y costas, sentencia de 1 de septiembre de 2011, pp. 45-46. Disponible en <https://cutt.ly/zfg6rtg>.

20 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vélez Loor *versus* Panamá, fondo de reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2010, p. 55. Disponible en <https://cutt.ly/Kfg6teA>.

21 Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y otros *versus* Panamá, fondo de reparaciones y costas, sentencia de 2 de febrero de 2001, pp. 84-85. Disponible en <https://cutt.ly/gfg6yTS>.

plica, amplía, motiva y se dan razones jurídicas por las cuales se debe tener a las expresiones punitivas del Estado bajo los mismos principios que el derecho penal ha explorado con mayor amplitud en la historia jurídica de la humanidad pero que actualmente ante nuevas realidades encuentra nuevos ecos de aplicación cuando las sanciones tienen como origen común el ejercicio del *ius puniendi*.

I. PRINCIPIO DE LEGALIDAD

La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos contempla en su artículo 8º la raíz de este principio, mismo que la jurisprudencia administrativa emitida por los tribunales colegiados de circuito esclarecen de modo tal que se entiende al principio de legalidad como el mandato por el cual las facultades de las autoridades deben estar expresamente establecidas en la ley.²² La noción de este principio constitucional sujeta a todas las autoridades del Estado a conducirse con apego a la ley e impone un peso específico al texto de la norma, ya que para el poder público no existe la posibilidad de una interpretación más allá de la exegética, al menos no en sentido formal como sí opera a favor de los administrados o de las personas que se encuentran en una relación jurídica de supra a subordinación respecto del poder público.

De tal suerte que cuando la intención del Estado es reprimir por medio del ejercicio de su potestad sancionadora, todo acto que conlleve a tal fin debe apegarse ineludiblemente al mandato de la ley, ya sea desde el inicio de una investigación hasta la

22 Tesis VIII. 1o. J/6, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, octava época, núm. 54, junio de 1992, p. 67.

imposición de una sanción. En este sentido, el principio de legalidad es el preámbulo a favor de los ciudadanos para exigir concatenadamente los principios de certeza, de seguridad jurídica y de exacta aplicación de la ley entre otros, de ahí que con base en el principio de legalidad las personas en México tienen certeza de los límites en la actuación represiva del Estado, lo que le vale la seguridad de actuar en el marco de lo legalmente permitido.

2. *PRINCIPIO DE PRESUNCIÓN DE INOCENCIA*

El principio de presunción de inocencia en el sistema jurídico mexicano deviene del artículo 20, apartado B fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos del artículo 8 numeral 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos y el artículo 14 numeral 2 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; este principio ha sido interpretado en la jurisprudencia nacional por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación;²³ de tal interpretación jurisprudencial se desprende el reconocimiento de tal principio en favor de todas las personas tratándose de los procedimientos cuyo fin sea la sanción por parte del Estado en ejercicio de su facultad punitiva. Este principio apareja otros factores jurídicos procesales que derivan de su aplicación, dentro de los que destaca la carga de la prueba,²⁴ así también contribuye al garantismo procesal del que gozan las personas sujetas a un proceso cuya finalidad sea la sanción por

23 Tesis P./J. 43/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. I, junio de 2014, p. 41.

24 Tesis PC.I.A. J/159 A, *Semanario Judicial de la Federación*, décima época, 7 de agosto de 2020.

parte del Estado con el objetivo de que no se menoscabe su dignidad humana.

3. *PRINCIPIO DE NON BIS IN ÍDEM*

Este principio se hace devenir del artículo 23 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y se ha expuesto tanto en tesis aislada²⁵ como en criterios jurisprudenciales en materia penal²⁶ dentro del sistema jurídico mexicano. Al igual que el principio antes analizado tiene un origen constitucional de aplicación preponderantemente penal, pero ello no significa que no sea aplicable a otras expresiones del *ius puniendi* del Estado, sobre todo la administrativa sancionadora e incluso que no pueda vérselo como un principio que irradia todo proceso que intente sancionar actos de corrupción o sus efectos a la luz del SNCC.

Ahora bien, el *ius puniendi* del Estado tiene una finalidad represiva, cuyos límites existen en los principios del propio sistema jurídico nacional y en concreto los principios constitucionales y convencionales que impiden que esta potestad sea arbitraria y abusiva en detrimento de las libertades y la dignidad de las personas. Por ello, atendiendo sistemáticamente la realidad de los actos de corrupción y sus efectos y al no existir un concepto definido del vocablo cotidianamente las personas en México a la luz del SNCC enfrentan juicios simultáneos o consecutivos en diferentes vías cuyo fin es el mismo: sancionarle por los mismos hechos.

25 Tesis I.1o.A.E.3 CS, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. III, abril de 2016, p. 2515.

26 Tesis PC.XIX. J/9 P, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. II, octubre de 2018, p. 1706.

De ahí que existe la necesidad de mencionar que encontrarnos ante una cosa juzgada indirecta o refleja,²⁷ sobre todo tratándose de juicios consecutivos donde actúe el SNCC como sistema integrador de múltiples procedimientos, que de manera consecutiva se van hilando en detrimento de una o varias personas. Así lo ya juzgado en diverso juicio —aunque por vía diferente debido a la materia— vuelve a ser juzgado en otro tribunal u órgano resolutor de sanción, con pruebas ya valoradas, sobre hechos ya valorados con la finalidad de reprimir la comisión del ilícito que se denomina de forma diferente según la materia, pero que fácticamente resulta ser el mismo. En este contexto, la *quaestio facti* vuelve a ser revisada a la par del caudal probatorio, sin que sea estrictamente una identidad entre objeto, sujeto y fundamento, pero sí entre sujeto, objeto y finalidad.

Los principios analizados no agotan el catálogo de principios constitucionales y convencionales en tensión que con la falta de significación jurídica del concepto corrupción se vive en el sistema jurídico mexicano, pero sirve para dejar claro que son los tres ejes principales sobre los cuales se cimientan los límites de la facultad punitiva del Estado.

IV. EL ESTADO DE DERECHO FRENTE A LA IMPOSIBILIDAD DE DEFINIR A LA “CORRUPCIÓN” EN EL SISTEMA JURÍDICO NACIONAL A LA LUZ DEL SISTEMA NACIONAL DE COMBATE A LA CORRUPCIÓN

Tom Bingham (2018) señala: “El crédito de acuñar el concepto

27 Tesis 2a./J. 198/2010, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, novena época, t. XXXIII, enero de 2011, p. 661.

‘Estado de derecho’ se le atribuye usualmente al A.V. Dicey, el *vinerian professor* de derecho inglés en Oxford, quien la utilizó en su libro *An Introduction to the study of the law of the constitution*, publicado en 1885”.²⁸ Bajo este orden de ideas el propio autor, citando a Dicey, manifiesta que sobre el Estado de derecho existen tres grandes significados; el primero versa sobre el hecho de que por regla general ninguna persona puede sufrir un menoscabo en su esfera jurídica salvo que este menoscabo se decrete por los tribunales del Estado cuando exista una violación a la ley y que el procedimiento del que deviene la referida resolución se apegue a la ley ordinaria.²⁹

El segundo significado denota como característica propia de un Estado de derecho a aquella en el que ninguna persona está por encima de la ley y que, por el contrario, todas las personas sin distinción están sujetas a la ley y a la jurisdicción del propio Estado.³⁰ El tercer significado es aquel por medio del cual encontramos en la Constitución de los Estados los principios sobre los cuales se construyen las condiciones legítimas, equitativas y justas que sirven de guía para el desarrollo de la vida en comunidad de las personas que lo habitan.³¹

Cuando el Estado mexicano se ve en la imposibilidad de otorgar una dimensión jurídica cierta al concepto de corrupción atenta contra el propio Estado de derecho, al no otorgar las condiciones mínimas indispensables por medio de las cuales sus habitantes encuentren condiciones de certeza y seguridad jurídica en la actuación de los juzgadores del Estado cuando se les imponen san-

28 Tom Bingham, *El Estado de derecho*, trad. Eduardo Medina Mora I. y Marco Tulio Martínez Cosío, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2018, p. 27.

29 *Ibidem*, p. 28.

30 *Ibidem*, pp. 28-29.

31 *Ibidem*, p. 29.

ciones sean de carácter administrativo, penal o político, ya que estas son impuestas de forma arbitraria desde la subjetividad de quien se vuelve la boca de la ley, menoscabando los principios constitucionales sobre los cuales se erige el Estado mexicano.

La arbitrariedad a la que se hace referencia nace cuando nos encontramos tantos conceptos de corrupción como juzgadores hay, ya que cada uno de ellos por medio de sus resoluciones va determinando que sí es y que no es la corrupción en el sistema jurídico mexicano a la luz del SNCC, y al ser sistemáticas las sanciones muchas de las veces bajo los mismos supuestos de hecho se está imponiendo una doble sanción a las personas que deambulando de jurisdicción en jurisdicción con motivo del propio SNCC que así lo permite soportan la carga de un sistema que atenta flagrantemente contra el Estado de derecho al no concebir una noción concreta sobre el concepto de corrupción. Además, sin la existencia de un concepto de corrupción en el sistema jurídico mexicano tampoco es posible definir cuál es el bien jurídico tutelado por medio de las sanciones que se imponen a las personas en el Estado mexicano a la luz del SNCC.

Sobre la base de lo anterior, y siguiendo lo apuntado por Morales Valdés (2020)³² respecto del *funcionalismo jurídico*, el SNCC debe ser capaz de encontrar en su capacidad dúctil los elementos de moral y de utilidad que legitimen el actuar del Estado y en concreto que legitimen la aplicación de las sanciones que de él emanan de modo tal que sean socialmente aprobadas mediante la estabilización de los factores punitivos, de desarrollo, bienestar y paz social que se erigen como fines constitucionales cuya materialización aún no queda del todo claro tratándose de lo permitido

32 Hugo Morales Valdés, *Aproximaciones al bien jurídico como límite al ius puniendi*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2018, pp. 90-91.

sancionar para las autoridades en materia de combate a la corrupción dentro del Estado de mexicano.

V. CONCLUSIONES SUMARIAS

Al ser el origen del SNCC de carácter internacional es posible señalar que dotar de dimensión jurídica al multirreferido concepto es competencia exclusiva de cada Estado miembro, ello en atención a que cada Estado debe adecuar tanto moral como valorativa y normativamente el contenido jurídico de dicho concepto para con su sociedad.

Se señala que en el Estado mexicano los tribunales colegiados de circuito³³ han esbozado los objetivos, motivos y fines del SNCC, sin lograr darle contenido jurídico a tan relevante concepto, orientando medianamente una primera construcción de contenido jurídico de tal concepto que se espera devenga de la jurisprudencia del pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación como máxima intérprete de la Constitución.

Así también, en el Estado mexicano, donde se ha adoptado la tendencia de *administrar sancionando*³⁴ se ha hecho del SNCC la herramienta utilizada por el Estado y la administración pública por medio de la cual la persecución múltiple, el *reciclaje de pruebas*³⁵ y la represión a través de sanciones administrativas, penales y políticas traten de legitimarse por medio del discurso y no de la ley, desestabilizando la construcción del Estado de derecho en México.

33 Tesis I.10°.A.107 A, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. VI, junio de 2019, p. 5361.

34 Véase Alejandro Huerga Lara, *Problemas actuales del derecho administrativo sancionador*, Madrid, Iustel, 2018, pp. 27-28.

35 *Ibidem*, pp. 39-42.

Por último, es verdad que la falta de conceptualización clara del concepto de corrupción no evita la vigencia de las normas que integran el SNCC, pero su falta de existencia ha sido aprovechada por el poder político para que ilegítimamente se sustituya la función de la creación normativa por el del discurso moral y ético que además de resultar arbitrario atenta contra los valores y principios del Estado mexicano pervirtiendo con ello el ejercicio del *ius puniendi* del Estado.

VI. FUENTES DE CONSULTA

- Bingham, Tom, *El Estado de derecho*, trad. Eduardo Medina Mora I. y Marco Tulio Martínez Cosío, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2018.
- Casino Rubio, Miguel, *El concepto constitucional de sanción administrativa*, Madrid, Foros y Debates, 2018.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Baena Ricardo y otros *versus* Panamá, fondo de reparaciones y costas, sentencia de 2 de febrero de 2001, pp. 84-85. Disponible en <https://cutt.ly/gfg6yTS>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso López Mendoza *versus* Venezuela, fondo de reparaciones y costas, sentencia de 1 de septiembre de 2011, pp. 45-46. Disponible en <https://cutt.ly/zfg6rtg>.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Vélez Loor *versus* Panamá, fondo de reparaciones y costas, sentencia de 23 de noviembre de 2010, p. 55. Disponible en <https://cutt.ly/Kfg6teA>.
- Cortina Orts, A. et al, “Corrupción y ética”, *Cuadernos de Teología Deusto*, núm. 9, Bilbao, Publicaciones de la Universidad de Deusto, 2013. Disponible en <https://cutt.ly/Qff4UNe>.
- Dworkin, Ronald, *El imperio de la justicia. “De la teoría general del derecho, de las decisiones e interpretaciones de los jueces y de la integridad política y legal como clave de la teoría práctica”*, 2ª. ed., trad. Claudia Ferrari, Barcelona, Gedisa S. A., 2012.
- Huerga Lara, Alejandro, *Problemas actuales del derecho administrativo sancionador*, Madrid, Iustel, 2018.

- Morales Valdés, Hugo, *Aproximaciones al bien jurídico como límite al ius puniendi*, Ciudad de México, Tirant lo Blanch, 2018.
- Organización de los Estados Americanos, Convención Interamericana contra la Corrupción, Caracas, 1996. Disponible en <https://cutt.ly/gff4PtY>.
- Organización de las Naciones Unidas, Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, Nueva York, 2004. Disponible en <https://cutt.ly/Xff4AWv>.
- Ortiz Ahlf, Loretta, *Derecho internacional público*, 3ª. ed., México, Oxford, 2004.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011, México, 2011. Disponible en <https://cutt.ly/yff4Bx8>.
- Tesis PC.I.A. J/159 A, *Semanario Judicial de la Federación*, décima época, 7 de agosto de 2020.
- Tesis PC.XIX. J/9 P, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. II, octubre de 2018, p. 1706.
- Tesis P./J. 43/2014, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. I, junio de 2014, p. 41.
- Tesis P./J. 99/2006, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, novena época, t. XXIV, agosto de 2006, p. 1565.
- Tesis I.1º.A.E.3 CS, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. III, abril de 2016, p. 2515.
- Tesis I.10º.A.107 A, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. VI, junio de 2019, p. 5361.
- Tesis 2ª./J. 198/2010, *Semanario Judicial de la Federación* y su gaceta, novena época, t. XXXIII, enero de 2011, p. 661.
- Tesis VIII. 1º. J/6, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, octava época, núm. 54, junio de 1992, p.67.

**RESPONSABILIDAD DEL ESTADO POR
PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD.
NATURALEZA Y LÍMITES EN LA REPARACIÓN**

Nathalia Murcia Rojas*

I. NOTA INTRODUCTORIA

Hoy reviste gran importancia los eventos donde se declara la responsabilidad civil extracontractual del Estado por privación injusta de la libertad. En los últimos tiempos, ante la gran cantidad de procesos de esta naturaleza, ha llevado a cuestionarnos el papel de la jurisdicción contencioso-administrativa como competente para conocer la acción de reparación directa, replantear el alcance y los límites de su decisión. En el marco de la responsabilidad del Estado por decisiones tomadas en el curso de un proceso penal se suscitan inconvenientes en cuanto a la naturaleza de la reparación. Esta ponencia tiene por objetivo analizar si el fallo de un juez administrativo puede ir en contravía de una sentencia ejecutoriada, dictada por el juez penal, por lo cual resulta imperioso estudiar el ámbito de competencia de cada jurisdicción, los principios constitucionales y legales, la naturaleza y extensión de la sentencia de reparación, así como realizar un análisis jurisprudencial de las sentencias de unificación de las altas cortes, en las cuales se han resuelto interrogantes respecto del régimen de imputación y causales de exoneración.

* Estudiante de derecho de la Universidad Externado de Colombia

De la misma manera concluirá desde un punto de vista crítico frente a la política criminal que orienta el orden jurídico penal, pues se ha convertido en un sistema reactivo, incoherente y muchas veces desproporcional e irracional, lo que ha llevado al uso excesivo y pocas veces controlado de la medida de privación de la libertad. Esta coyuntura no tiene una consecuencia diferente al actual hacinamiento carcelario y con posterioridad múltiples demandas de responsabilidad del Estado que representan cifras considerables.

II. JURISDICCIÓN Y COMPETENCIA EN COLOMBIA

Para empezar es necesario reconocer y entender cómo está estructurada la rama judicial en Colombia y el reparto de competencias dentro de la misma. La jurisdicción contiene una definición que ha sido ampliamente aceptada por doctrinantes del derecho como una manifestación concreta de la soberanía del Estado para administrar justicia. Esta función, conforme a lo consagrado en la Constitución política colombiana, es pública, realizada por el Estado mediante la rama judicial del poder público (Constitución, 1991, artículo 228). Lo anterior sin perjuicio de sus características preponderantes, a saber su unidad e indivisión. Nuestra carta política contempla desde su capítulo tercero hasta el quinto la existencia de las jurisdicciones: ordinaria, de lo contencioso administrativo, constitucional y especial; regidas por un principio de especialidad, lo cual no implica una fragmentación o división, ya que el poder jurisdiccional del Estado sigue siendo único. En la sociedad moderna, debido a la litigiosidad por la que atravesamos, ha surgido la necesidad de dividir la administración de justicia y reglamentar el ejercicio de la jurisdicción.

La competencia, por otra parte, definida por Adolfo Alvarado Velloso (2015) como “la extensión funcional del poder jurisdiccional, existiendo entre jurisdicción y competencia una relación cuantitativa y no cualitativa, de género a especie”. Nuestra carta magna, en el capítulo segundo de la función pública, señala que no habrá empleo público que no tenga funciones detalladas en ley o reglamento (Constitución, 1991, artículo 122). En el mismo sentido, el estatuto constitucional consagra el principio de legalidad, que consiste en que los servidores públicos responden no solo por la infracción a la ley o la Constitución, si no también por la omisión o extralimitación en sus funciones (Constitución, 1991, artículo 6), por lo cual cuando se administra justicia el juez o magistrado debe acogerse a las competencias que el ordenamiento jurídico le ha otorgado y no sobrepasarlas.

III. PRIVACIÓN INJUSTA DE LA LIBERTAD

FUENTES

Para efectos de entender la coyuntura por la que estamos atravesando actualmente en esta materia es imprescindible acudir a los postulados contenidos en el ordenamiento jurídico colombiano. Por una parte, tenemos como fuente constitucional el artículo 90, que trae consigo la cláusula general de responsabilidad, que reza: “El Estado responderá patrimonialmente por los daños antijurídicos que le sean imputables, causados por la acción o la omisión de las autoridades” (Constitución, 1991, artículo 90), el cual comprende todas las ramas del poder público. Como fuente legal está la ley estatutaria de la administración de justicia, que a partir de su artículo 65 trae actos de responsabilidad causados

por agentes judiciales, donde incorpora la figura de la privación injusta de la libertad (Ley 270, 1996, artículo 65). La fuente más controversial y la que ha presentado posturas diametralmente opuestas en los últimos años es la jurisprudencia. La sección tercera del Consejo de Estado, quien se encarga de asuntos de contratación y responsabilidad estatal por daños ocasionados a las personas, en su sentencia de unificación de 2013 tiene como punto de partida la libertad, donde toda privación es injusta cuando no fue posible probar su autoría o participación en la comisión de la conducta punible, bien sea porque se demostró plenamente su inocencia o en virtud del *in dubio pro-reo*; es decir nos encontramos en un régimen de responsabilidad objetivo, en el que no se hacía un estudio a profundidad de la antijuridicidad.¹ En 2018, la Corte Constitucional aprovecha esta oportunidad para advertir la necesidad de unificar criterios, con la finalidad de suministrar un trato igualitario respecto del reconocimiento y la tasación de los perjuicios. En esa providencia señaló que ya no solo una captura es justa cuando se desvirtúa la presunción de inocencia, sino que también trae un supuesto de ausencia de responsabilidad, que es la culpa exclusiva de la víctima, donde incurre en una conducta defectuosa que a pesar de no ser delictiva levantó alguna sospecha ante el juzgador.²

DEFINICIÓN

Para la Corte Constitucional, la libertad es uno de los pilares del Estado social de derecho. En tanto la misma tiene varias dimensiones; es un valor, un principio y un derecho fundamental, na-

1 Consejo de Estado, sección tercera (17 de octubre de 2013). Sentencia SU 23354. MP Mauricio Fajardo Gómez.

2 Corte Constitucional (5 de julio de 2018). Sentencia SU-072. MP José Fernando Reyes Cuartas.

turalidad que se advierte desde el preámbulo de la Constitución.³ Como todos los derechos fundamentales, a excepción de la dignidad humana, no son absolutos y están sujetos a excepciones, las cuales tienen como base permitir el goce efectivo de los derechos de los demás, el bienestar general y eventos excepcionalísimos; no obstante, la libertad contiene una consagración específica en materia penal en la Ley 906 de 2004, en su título preliminar denominado Principios rectores y garantías procesales, donde consagra la libertad como el “derecho a que la persona no sea privada de ella sino en virtud de mandamiento escrito de autoridad judicial competente, emitido con las formalidades legales y por motivos previamente definidos en la ley” (Ley 906, 2004, artículo 2). En la sentencia de unificación del 17 de octubre de 2013 se sentaron una serie de reglas necesarias para que se configure la responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad (Consejo de Estado, 2013):

- 1) No se restringe a la inexistencia del hecho o la atipicidad del mismo, sino que también se incluye el supuesto de hecho donde hay una medida de aseguramiento con posterior absolución por la aplicación del principio *in dubio pro-reo*.
- 2) De la interpretación del artículo 68 de la Ley Estatutaria de Administración de Justicia se interpretó que en materia de responsabilidad civil extracontractual no se exige la aplicación de un régimen restrictivo, es decir, subjetivo.
- 3) Los dos ítems anteriores no pueden significar una limitación al artículo 90 constitucional, esto debido a que

3 Ibidem.

la carta política cuenta con supremacía dentro del sistema de fuentes. El artículo en mención no contempla restricciones respecto de la reparación o una aplicación exclusiva de un régimen subjetivo.

- 4) Se exige la existencia de errores o fallas, ya sea a título dolo o culpa grave.
- 5) De conformidad con lo consagrado en el artículo 90 constitucional basta con probar la existencia del daño antijurídico. De manera tal que no tiene relevancia la sujeción al ordenamiento jurídico en el trámite de un proceso penal cuando este culminó con sentencia absoluta.
- 6) La libertad está estrechamente relacionada con la naturaleza constitucional y democrática del Estado. De tal manera que su privación es excepcionalísima.
- 7) La aplicación de un régimen subjetivo no es óbice para no verificar la existencia de una causal de ausencia o reducción de responsabilidad del estado.

La Corte Constitucional, en la sentencia SU-072/18,⁴ señaló que será el juez en el estudio de cada caso en concreto quien determina si una medida fue justa o no. Para esto deberá realizar un análisis respecto de la razonabilidad, proporcionalidad y legalidad, de la medida de aseguramiento privativa de la libertad, siendo indispensable el estudio de las circunstancias que rodearon la imposición, con el cual se concluye si existía mérito para resolver en ese sentido.

4 Corte Constitucional, sentencia SU 072/18 del 5 de julio de 2018, M.P. José Fernando Reyes Cuartas.

TIPOS DE PRIVACIÓN DE LA LIBERTAD

De conformidad con los documentos especializados de la Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado⁵ se colige que en el curso de una medida de aseguramiento se pueden presentar los siguientes tipos de privación de la libertad:

- 1) Legal y justa. Es necesario precisar de antemano que esta captura no conlleva a responsabilidad del Estado. Es aquella en la que en principio se dicta una medida de aseguramiento privativa de la libertad, la cual se ajusta a los requisitos de necesidad, proporcionalidad y legalidad; posteriormente, hay condena.
- 2) Ilegal. Es aquella que opera bajo la inobservancia de los requisitos legales para su imposición, ya sea por parte de la policía o el CTI de la fiscalía, bajo el título de imputación de falla del servicio.
- 3) Injusta. Es el evento en el cual la fiscalía no logra demostrar la responsabilidad jurídico penal de la persona. En este tipo de privación puede haber responsabilidad del Estado por el título de imputación falla del servicio o daño especial. Siempre resultará necesario hacer una ponderación de las circunstancias que llevaron a imponer la medida de aseguramiento a efectos de establecer si existía o no mérito para proferir esa decisión en tal sentido.
- 4) Legal e injusta. Consiste en la medida de aseguramiento, en donde si bien para su imposición se cumplió con la totalidad de requisitos fijados en la ley, con posterioridad deviene una sentencia absolutoria.

⁵ Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2013). *Privación injusta de la libertad: Entre el derecho penal y el derecho administrativo*.

a. *Habeas Corpus*

El *habeas corpus*, de conformidad con lo consagrado en la Constitución Política de Colombia, ha sido entendido como una acción y un derecho fundamental, el cual tiene por finalidad tutelar el bien jurídico, libertad personal. Este derecho ha sido expuesto de la siguiente manera: “Quien estuviere privado de su libertad, y creyere estarlo ilegalmente, tiene derecho a invocar ante cualquier autoridad judicial, en todo tiempo, por sí o por interpuesta persona, el *habeas corpus*, el cual debe resolverse en el término de treinta y seis horas” (Constitución, 1991, artículo 30). Traemos a colación esta categoría, puesto que por la jurisprudencia del Consejo de Estado se ha entendido que si una autoridad judicial lo concede se abre paso a una indemnización por parte del Estado. Debido a que hay un reconocimiento en el que la privación de la libertad se realizó bajo la vulneración de los postulados del debido proceso, tanto legales como constitucionales, lo que implica una privación injusta. El *habeas corpus* aplica en los eventos en donde no haya una comunicación escrita por parte de la autoridad judicial competente que la autorice; cuando se carece de las formalidades impuestas por la ley; cuando haya sido por un motivo que no estaba consagrado en la ley penal de manera previa; el evento en el que si bien en un principio fue una privación justa se prolongó de manera indebida.

b. *Título de imputación*

Como ya se advirtió en la tipología, los títulos de imputación utilizados en materia de privación injusta de la libertad, a saber son

la falla del servicio y el daño especial. Falla del servicio, entendida como una acción u omisión que ocasiona el incumplimiento en las obligaciones del Estado, donde se hace indispensable la prueba del nexo causal entre la falla del servicio y el daño, ante lo cual se denota la aplicación de un régimen subjetivo, evento en el que resulta indispensable determinar el comportamiento del Estado como prestador de un servicio. En este caso, el servicio consiste en la administración de justicia, donde se debe probar cada uno de los elementos de la responsabilidad.

Por otro lado, el daño especial es aquel en virtud del cual por una acción u omisión del Estado que si bien es lícita comporta para el ciudadano una carga adicional que no está obligado a soportar en virtud del interés general. En este régimen de imputación no se analiza la conducta del Estado, por lo que estamos en un escenario de responsabilidad objetiva. Por ello, se deberá demostrar en primer lugar que se impone una carga anormal y grave; en segundo lugar, que esa acción u omisión fue en procura de la preservación del interés general, y en tercero la exigencia de una relación causal entre la acción u omisión del Estado y el daño.

c. Causal exonerativa de responsabilidad

Es pertinente partir por la definición de causal exonerativa en el ámbito de la responsabilidad civil extracontractual que ha sido entendida por Héctor Patiño (2011) como “aquella causal que impide imputar determinado daño a una persona, haciendo improcedente, en consecuencia, la declaratoria de responsabilidad”. Teniendo en cuenta esto podemos evidenciar que hay causales que atacan la imputación, como es el caso de la causa extraña;

otras que por su parte atacan el nexo de causalidad, a saber el hecho de la víctima, y otras veces, si bien el demandado sí causó el daño este fue con ocasión de un hecho externo, irresistible e imprevisible.

De conformidad con la jurisprudencia administrativa, en el marco de un proceso de reparación directa por privación injusta de la libertad, cobra especial importancia el hecho de la víctima. Esto debido a que se considera como marco de referencia el artículo 70 de la Ley Estatutaria de la Administración de Justicia. Dicho apartado consagra que “el daño se entenderá como debido a culpa exclusiva de la víctima cuando esta haya actuado con culpa grave o dolo o no haya interpuesto los recursos de ley. En estos eventos se exonerará de responsabilidad al Estado” (Ley 270, 1996, artículo 70). Es decir, que la persona privada de la libertad contribuye de manera contundente y excluyente en la producción del daño. De lo anterior se concluye que el Estado quedará exonerado en los eventos en que el administrado no cumpla con el deber de conducta que le era exigible, incluyendo aún el supuesto en que el ciudadano realice una conducta que, a pesar de no ser delictiva, si llevó al juzgador a un estado de sospecha. Es importante entender que en evento opere una causal de exoneración de responsabilidad extracontractual del Estado no implicará un reproche respecto de la culpabilidad, entendida como elemento de la responsabilidad penal; si no que se limita a un estudio de la culpa grave y dolo en materia de la responsabilidad civil.

IV. INDEMNIZACIÓN

Existe un principio en materia de responsabilidad, que consiste

en que se indemniza el daño y nada más que el daño, el cual según Juan Carlos Henao (1998): “1) Debe ser antijurídico; 2) que se lesione un derecho, bien o interés protegido legalmente por el ordenamiento; 3) que sea cierto, es decir, que se pueda apreciar material y jurídicamente”. La antijuridicidad es entendida como aquello que la persona no tenía el deber jurídico de soportar, de manera tal que el demandante por privación injusta de la libertad entrará a analizar cuáles fueron los perjuicios causados con ocasión del daño. Posteriormente deberá detallar cada uno de los rubros, acompañándolo con el material probatorio que lo sustente, a excepción de aquellos que se presumen. En todo caso la indemnización en Colombia, debido a esta tipología, se rige por aquel postulado convencional, constitucional y legal, denominado reparación integral, lo que implica el reconocimiento de los perjuicios materiales e inmateriales.

d. *DAÑOS MATERIALES*

Estos daños han sido definidos como el detrimento patrimonial en el cual incurre la persona víctima de la privación injusta de la libertad. Dentro de esta categoría se encuentra el daño emergente y el lucro cesante. El primero, entendido como aquellos gastos en los que incurre la persona con ocasión del hecho dañino. El segundo consiste en los rubros que la víctima dejó de percibir durante el periodo de tiempo en el que se le privó de su libertad. Respecto de la modalidad de lucro cesante, para su reconocimiento, resulta indispensable que la víctima acredite que para el momento del daño se encontraba en edad productiva. Lo anterior es importante porque esta corporación, en materia de responsabilidad del Estado, ha aplicado una presunción, que consiste en

que toda persona en edad productiva devenga por lo menos un salario mínimo. A ese valor se le incrementará en 25 por ciento, por concepto de prestaciones sociales. No obstante, al ser una presunción legal admite presunción en contrario, de tal manera que si la persona devenga un salario mayor está en la posibilidad de probarlo.⁶

e. *DAÑOS INMATERIALES*

En sentencia de la sección tercera del Consejo de Estado de 2014 se ha puesto de presente la existencia de una línea unificada en la jurisprudencia donde se presta especial atención a normas de la experiencia. Se entendió que por el hecho que una persona de manera injusta esté privada de su libertad se genera una situación de “dolor moral, angustia y aflicción”. Estos perjuicios radican tanto en la persona que ha visto directamente afectada su libertad como en las personas cercanas a esta, tales como parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Para la acreditación del perjuicio se debe probar el grado de parentesco, con lo cual se presume la afectación moral. Para determinar el monto de la reparación, el juez deberá recurrir al *arbitrium est iudicum*, haciendo una valoración prudente de las circunstancias de cada caso en concreto.

⁶ Consejo de Estado, sección tercera, sentencia del 4 de diciembre de 2006, expediente 13.168.

Cuadro 1. Valores de liquidación por el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad

Reglas para liquidar el perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad	NIVEL 1	NIVEL 2	NIVEL 3	NIVEL 4	NIVEL 5
	Victima directa, cónyuge o compañero (a) permanente y parientes en el 1° de consanguinidad	Parientes en el 2° de consanguinidad	Parientes en el 3° de consanguinidad	Parientes en el 4° de consanguinidad y afines hasta el 2° damnificados	Terceros
Término de privación injusta en meses		50% del Porcentaje de la Victima directa	35% del Porcentaje de la Victima directa	25% del Porcentaje de la Victima directa	15% del Porcentaje de la Victima directa
	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV	SMLMV
Superior a 18 meses	100	50	35	25	15
Superior a 12 e inferior a 18	90	45	31,5	22,5	13,5
Superior a 9 e inferior a 12	80	40	28	20	12
Superior a 6 e inferior a 9	70	35	24,5	17,5	10,5
Superior a 3 e inferior a 6	50	25	17,5	12,5	7,5
Superior a 1 e inferior a 3	35	17,5	12,25	8,75	5,25
Igual e inferior a 1	15	7,5	5,25	3,75	2,25

Fuente: Recuperado de Consejo de Estado, sección tercera (28 de agosto de 2014), sentencia 36149. MP Hernán Andrade Rincón.

El Consejo de Estado ha definido los valores para liquidar el monto del perjuicio moral derivado de la privación injusta de la libertad en la tabla 1, para lo cual acude a la relación del tiempo que estuvo bajo la medida de aseguramiento y divide en cinco niveles que van desde la víctima directa y conforme al grado de parentesco o cercanía con la víctima. Las liquidaciones oscilan desde los 2.25 hasta los 100 SMLMV. Entre más tiempo la persona se haya encontrado privada injustamente de la libertad y entre más cercano sea el grado de parentesco de la persona que reclame la indemnización en esa medida aumentará el valor de esta.

f. BIENES CONSTITUCIONAL Y CONVENCIONALMENTE PROTEGIDOS

El Consejo de Estado, en esta categoría de daño moral, también ha cobijado los eventos en que los bienes constitucional y con-

vencionalmente protegidos han experimentado una vulneración relevante y autónoma. Esto implica que es una categoría que no depende de otras, donde de forma principal hay una indemnización no pecuniaria para la víctima y su núcleo familiar cercano, es decir, a los parientes dentro del primer grado de consanguinidad. De manera excepcional, cuando la medida de satisfacción anterior no resultara suficiente para proveer a la víctima una reparación integral se acudiría a medidas monetarias, la cual es exclusivamente para la víctima directa y con una limitación de cien salarios mínimos; esta cuantía deberá ser proporcional con la naturaleza del daño y la naturaleza del bien afectado; asimismo, el reconocimiento debe estar motivado por el juez en la sentencia.

V. CONCLUSIONES

Cabe resaltar que en el ordenamiento jurídico interno colombiano no se ha regulado esta categoría de responsabilidad de manera profunda. Se debe realizar un análisis sistemático de las normas generales, donde se puede concluir que si bien la libertad goza de protección constitucional y es un pilar esencial en el marco de un Estado social de derecho, puede contener limitaciones que se rijan a los supuestos y formalidades consagrados en la ley, de tal manera que cuando no se cumpla con el rigor normativo será injusta. Cuando el juzgador administrativo declara que una privación de la libertad fue injusta deberá tasar los perjuicios causados con ocasión de esta. Se reconoce la reparación de los perjuicios materiales, inmateriales y aquellos que resulten de la vulneración de los bienes constitucional y convencionalmente protegidos. Reconoce tanto los que son padecidos por la víctima directa

como los padecidos por sus parientes hasta el cuarto grado de consanguinidad y segundo de afinidad. Sin embargo, está vedada de plano la posibilidad de una *reparación in natura*, donde señale si la persona es responsable o no penalmente; o levantar una condena o medida de aseguramiento, si se encuentra en curso, ya que de conformidad con el organigrama de la rama judicial y atendiendo al principio de legalidad es una competencia propia y exclusiva de la jurisdicción ordinaria penal; por tanto, el juzgador administrativo tendrá que limitarse a la declaración del error judicial sobre la sentencia penal, así como declarar la responsabilidad del Estado, usando el régimen de imputación que considere ajustado, de conformidad con las circunstancias del caso en concreto, bien sea falla del servicio o daño especial; entonces podría de manera previa incoar la acción de *habeas corpus*, para que con posterioridad en el proceso de responsabilidad se facilite el sustento probatorio, pues hay un reconocimiento en el que la privación de la libertad se realizó bajo la vulneración de los postulados del debido proceso.

En mayor proporción, las sentencias por este concepto son consecuencia de medidas de aseguramiento que no cumplieron los requisitos sustanciales para la imposición de la medida; es decir que los funcionarios puede que no cumplieran con la estructuración de los indicios, o tal vez hicieron una valoración equivocada de los elementos materiales probatorios o no se cumplía con la finalidad de la medida. Lo anterior no es causa única y exclusiva de la rama judicial. Por un lado, el legislativo no realiza un análisis del por qué y para qué de cada pena o delito, sino que las crea y las aumenta de manera indiscriminada. Asimismo, los conceptos rendidos por el consejo de política criminal no han tenido la importancia, ni el alcance, que debe tener. El ejecutivo,

por su lado, tiene la obligación de una política criminal orientada en el tiempo, por el contrario ha sido utilizado como un tema de campaña y no con la importancia que merece. Pese a no constituirse como rama del poder público, los medios de comunicación han tenido una injerencia indebida en los procesos penales que muchas veces se convierten en asuntos de interés general dada su masificación mediática, lo cual conlleva a realizar un juicio paralelo, el penal y el social, bajo el desconocimiento de la regulación procesal y sustancial y con una deformación de la realidad que afecta la independencia judicial. En muchas ocasiones conlleva a decisiones tomadas por la presión mediática y no con apego al debido proceso.

Desafortunadamente esta problemática parece no tener fin. Cada día se abren más procesos por demandas a la nación de personas que han sido privadas de su libertad injustamente. Así como esto los afecta a ellos y a sus familias también afecta al Estado. Según cifras dadas por la Fiscalía General de la Nación se ha destinado, entre 2011 y 2018, más de un billón de pesos en reparaciones a las víctimas por este motivo (Legis Ámbito Jurídico, 2018). Esta cifra, además de ser alarmante, nos da una idea de la dimensión de las fallas en el ejercicio de la administración de justicia. Asimismo, nos hace cuestionar qué tan vulnerables somos frente a un sistema judicial que condena pese al desconocimiento del debido proceso y bajo la afectación de derechos individuales constitucionales. Es imperativo ser conscientes de la importancia de seguir exponiendo este tema, porque según lo dicho por Martin Luther King: “La injusticia en cualquier lugar es una amenaza para la justicia en todas partes”.

REFERENCIAS

- Agencia Nacional de Defensa Jurídica del Estado. (2013). *Privación injusta de la libertad: Entre el derecho penal y el derecho administrativo*.
- Congreso de Colombia. (15 de marzo de 1996). Artículo 65 [Título VI]. Ley Estatutaria de la Administración de Justicia [Ley 270 de 1996]. DO: 42.745.
- Congreso de Colombia. (15 de marzo de 1996). Artículo 70 [Título VI]. Ley Estatutaria de la Administración de Justicia [Ley 270 de 1996]. DO: 42.745
- Consejo de Estado, Sección Tercera. (17 de octubre de 2017). Sentencia 1996-07459. MP Mauricio Fajardo Gómez.
- Constitución política de Colombia. (1991). Artículo 228 [Título VII]. 2ª. ed. Legis.
- Henoa, J. C. (1998). *El daño* (p. 193). Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Legis Ámbito Jurídico. (11 de julio de 2018). *Unifican jurisprudencia sobre responsabilidad del Estado por privación injusta de la libertad*. Recuperado de <https://www.ambitojuridico.com/noticias/general/administracion-publica/unifican-jurisprudencia-sobre-responsabilidad-del-estado>
- Patiño, H. (2011). Las causales exonerativas de la responsabilidad contractual. ¿Por qué y cómo impiden la declaratoria de responsabilidad? Aproximación a la jurisprudencia del Consejo de Estado. *Revista de Derecho Privado*, 371 a 398.
- Velloso, A. A. (2015). Concepto de competencia. *Jurisdicción y Competencia*.

IMPACTO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LA PRÁCTICA DE EJECUCIONES EXTRAJUDICIALES O “FALSOS POSITIVOS” EN COLOMBIA DE ACUERDO CON EL CASO VILLAMIZAR DURÁN Y OTROS *VERSUS* COLOMBIA DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

Melanie Correa Pereira*

Esta investigación se desarrolla con el fin de analizar cómo el Sistema Interamericano de Derechos Humanos protege los derechos humanos de las víctimas de ejecuciones extrajudiciales denominadas falsos positivos. Este análisis se realiza con base en el precedente judicial que marcó el caso Villamizar Durán y otros *versus* Colombia, donde se declaró por unanimidad en la Corte Interamericana de Derechos Humanos que el Estado colombiano fue responsable de la violación al derecho a la vida, a la integridad personal, a la libertad personal, a la honra y dignidad y a las garantías judiciales, que han sido perpetuadas por agentes del Estado o con aquiescencia de los mismos.

La metodología es de tipo teórico-jurídico, toda vez que para su ejecución es necesario realizar una recolección de información de carácter documental, recurriendo a libros, artículos, ensayos, monografías, tratados, leyes y códigos, ya sean físicos o digitales, los cuales serán seleccionados de fuentes de información confia-

* Egresada de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia-Cali. Integrante del Semillero de Investigación, Procesalismo e Innovación Jurídica de la Facultad de Derecho de la Universidad Cooperativa de Colombia. Coautora del libro *Constitución, justicia y proceso. Compilación de escritos de derecho* (Cali, Colombia).

bles. Asimismo, la investigación tiene un enfoque cualitativo, ya que se enmarca en el estudio teórico referente a las ejecuciones extrajudiciales, con énfasis en el caso Villamizar Durán y otros *versus* Colombia, con el fin de describir, interpretar y comprender el Sistema Interamericano de Protección de Derechos Humanos, en cuanto a la categoría de protección y forma de reparación del derecho a la honra y dignidad frente a las víctimas.

El método de investigación que se aplicará será el hipotético deductivo, ya que se parte de aspectos concretos generales y se desplaza a los particulares, permitiendo hacer un análisis específico frente a la situación planteada. Esta investigación por centrarse en un fallo de carácter internacional permite que se analicen fuentes nacionales e internacionales, donde las primarias serían los tratados y convenios internacionales ratificados por el Estado colombiano y las secundarias serían libros, monografías, artículos, investigaciones, informes y doctrina de autores y corporaciones tanto nacionales como internacionales; por ello se busca dar respuesta al siguiente planteamiento: ¿Cuál es el impacto de los derechos humanos en la práctica de ejecuciones extrajudiciales denominadas falsos positivos, de acuerdo con el caso Villamizar Durán y otros *versus* Colombia?

DESARROLLO

Colombia ha vivido uno de los conflictos armados más largos y complejos. Padilla y Bermúdez (2016) afirman que el conflicto armado interno colombiano ha sido catalogado como uno de los conflictos más largos. Según Álzate, Rico y Maza (2018) manifiestan que este conflicto se ha prolongado por más de 50 años haciendo que se ejecutaran hechos atroces en el territorio colom-

biano y a su vez provocando graves infracciones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario conforme al Informe del Relator especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias en 2010. Por ello, el gobierno colombiano emitió diversos mecanismos para menguar el conflicto y erradicar los grupos armados al margen de la ley como las Fuerzas Armadas Revolucionarias de Colombia-Ejército del Pueblo (FARC-EP), el Ejército Popular de Liberación (EPL), el Ejército de Liberación Nacional (ELN), el Movimiento 19 de Abril (M-19), las Autodefensas Unidas de Colombia (AUC) y los miembros de la población civil que colaboraban o prestaban servicios a tales grupos.

Entre las estrategias del Estado colombiano para erradicar o minimizar la presencia de grupos guerrilleros y paramilitares decidió militarizar varias zonas del país según lo expuesto en el Informe N.º. 41/15 de 2015 de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, provocando constantes enfrentamientos por la disputa que tenían por el territorio y los recursos naturales de las zonas más vulnerables del país y la muerte de militares, guerrilleros, paramilitares y miembros de la población civil.

En cuanto al enemigo señalado por el gobierno en medio del conflicto armado interno colombiano Giordano & Rodríguez (2019) afirman que el objetivo militar no solo eran los grupos guerrilleros, sino que también fueron señalados los miembros de la población civil que iban en contra de las políticas del Estado que buscaban “erradicar” de forma arbitraria el conflicto armado, por ello los miembros de las comunidades indígenas, defensores de derechos humanos, líderes sociales, estudiantes y maestros, fueron señalados como enemigos por ser supuestos “colaboradores de la guerrilla”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos señaló en el Informe N°. 41/15 de 2015 que en la década de 1990 la categoría de “enemigo interno” era aplicada a toda persona que ayudaba o servía de cualquier forma a la guerrilla, sin importar si se encontraban coaccionados o no. Asimismo se señalaba a todo aquel que mostraba oposición o insatisfacción a las políticas económicas y sociales del gobierno.

Una de las múltiples consecuencias de los mecanismos adoptados por el gobierno para acabar con el enemigo interno se conoce como “falsos positivos”, denominación que no se encuentra tipificada en ninguna legislación, es decir que es inexistente a la vida jurídica por ser una denominación que nació de los medios de comunicación, según lo expuesto por Quintero (2016). El uso de la denominación “falsos positivos” no fue exclusivo de los medios de comunicación, pues este empezó a ser utilizado coloquialmente para hacer alusión a los múltiples asesinatos de civiles fuera de combate y que seguidamente habían sido presentados como “bajas positivas”, en medio de un enfrentamiento armado que se presentó sistemáticamente en todo el país según el Movimiento de Reconciliación y la Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos (2014).

Razón por la cual la denominación de falsos positivos se hizo popular en 2006 cuando el gobierno pretendía demostrar la efectividad de las políticas adoptadas con el fin de erradicar y “poner en cintura a la guerrilla, ocultando el lado más siniestro de la política de seguridad democrática” (Giordano & Rodríguez, 2019, p. 27). Asimismo, Rodríguez (2015) afirma que en 2008 la denominación de falsos positivos tomó fuerza con el escándalo donde se señaló a los miembros del ejército nacional de asesinar a “civiles inocentes para hacerlos pasar como miembros de gru-

pos subversivos, de bandas criminales y de delincuencia común abatidos en combate, con la finalidad de presentar resultados positivos a sus superiores” (Rueda, 2012, p. 59); aunque según la Organización de las Naciones Unidas (2010, p. 8) “las pruebas documentales indican que comenzaron a ocurrir con una frecuencia alarmante en toda Colombia a partir de 2004”.

Algunos autores como Rueda (2012) y Giordano & Rodríguez (2019) concuerdan con el informe del Relator especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias en 2010 al señalar que el fenómeno de los falsos positivos se remonta a la década de 1980, cuando el paramilitarismo, la guerrilla y el narcotráfico azotaban gran parte del territorio colombiano conforme a lo expuesto por Arboleda (2013).

De igual forma el Centro de Investigación y Educación Popular/Programa por la Paz (2011) logró recopilar y seleccionar los casos de ejecuciones extrajudiciales que se llevaron a cabo con el patrón de falsos positivos, dando a conocer que el primer caso de falsos positivos fue reportado el 3 de octubre de 1984, con el joven sociólogo Luis Fernando Lalinde Lalinde, quien fue privado de la libertad por miembros de las fuerzas militares, quienes nunca aceptaron haberlo privado de la libertad. Por ello desde el momento de la ocurrencia de los hechos se tuvo como desaparecido y no se supo nada de su paradero hasta después de 12 años cuando se comprobó que Luis Fernando Lalinde había sido dado de baja y presentado como un guerrillero bajo el alias de Jacinto. Desde el reporte del caso de Luis Fernando Lalinde, el Centro de Investigación y Educación Popular/Programa por la Paz (2011) logró registrar un total de 951 casos de ejecuciones extrajudiciales caracterizadas bajo el *modus operandi* de falsos positivos, señalando que esta práctica correspondía a una política de Estado,

ya que “los resultados en las operaciones por los que el gobierno presionaba e incentivaba no eran otros que muertes humanas, consideradas como resultados positivos” (Niño, 2015, p. 54).

Con el pasar del tiempo y con el aumento de esta modalidad de crimen nace la necesidad de dar una categorización jurídica, por ello, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el Informe N°. 41/15 de 2015 hace un estudio de este fenómeno y decide tomar la definición realizada por la ONU en el Informe del Relator especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Philip Alston (Misión a Colombia) en 2010 denomina este *modus operandi* como “ejecuciones ilegales de civiles manipulados por la fuerzas de seguridad para que parezcan bajas legítimas de guerrilleros o delincuentes ocurridas en combate”.

Sin lugar a dudas los hechos que dieron lugar al fenómeno de los falsos positivos llamó la atención de la sociedad y de organismos internacionales, toda vez que la ejecución de civiles inocentes a manos de las fuerzas militares era concebido como un hecho inhumano, pero que posteriormente se recrearan y simularan las escenas de crimen, eliminando todo rastro o evidencia para luego presentarlos como baja positiva en medio de un combate y así acceder a una bonificación o beneficio económico y de estabilidad laboral era un hecho degradante, cruel, desalmado y despiadado, y que solo reflejaba la inhumanidad que se estaba viviendo en Colombia. Esto no solo significaba la pérdida de credibilidad institucional puesto que además de ser un hecho aborrecido por la sociedad se convirtió en viva muestra de deslegitimación del Estado, por ser un acontecimiento que va en contra de todos los principios y valores inculcados en la institucionalidad, siendo esto un hecho sin precedentes a nivel internacional.

Dicho lo anterior, en relación con el patrón de ejecuciones ex-

trajudiciales se infiere que este puede variar dependiendo de los factores que se evidencien en el entorno social, aunque el resultado siempre sea el mismo. Conforme a lo expuesto por Henderson (2006) existen factores claves para identificar si existe o no la práctica de ejecuciones extrajudiciales en situaciones de conflicto armado interno, destacando que el primer factor se refiere a la participación del Estado, el segundo se refiere a la privación arbitraria de la vida de una o más personas y el tercero hace alusión a la existencia de un patrón o *modus operandi*, acentuando que en la práctica de ejecuciones extrajudiciales en situaciones donde se vive un conflicto armado interno hay ejecuciones extrajudiciales selectivas, sistemáticas y generalizadas que contaban con la aquiescencia del Estado o que habían sido diseñadas por el mismo.

Para el caso de los falsos positivos es evidente que se está bajo la categorización jurídica de ejecuciones extrajudiciales, toda vez que se ha comprobado por parte de organismos nacionales e internacionales que el asesinato de civiles en medio del conflicto armado interno colombiano en diferentes ocasiones corresponde a ejecuciones extrajudiciales bajo el *modus operandi* denominado como falsos positivos y que los sujetos que intervienen en este patrón de ejecuciones extrajudiciales corresponde a los combatientes, las personas que participan directamente en las hostilidades y las personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario.

Razón por la cual se infiere que en la práctica de ejecuciones extrajudiciales denominadas falsos positivos se desconoció rotundamente la aplicación del principio de distinción, el cual hace parte de los principios fundamentales del derecho internacional humanitario. Para lo cual Bonilla (2017) destaca que en

Colombia se excluyó la aplicación del principio de distinción en el momento en que la población civil fue vinculada en el conflicto armado con el fin de obtener incentivos económicos para combatir a los grupos al margen de la ley.

Así, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en su tercer informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia de 1999 señaló que las personas que hacen parte de la población civil y participan indirectamente en el conflicto armado interno o que apoyen de una u otra forma indirectamente las hostilidades, ya sea porque no simpatizan con las políticas económicas y sociales del Estado o porque han sido coaccionadas por miembros de grupos armados al margen de la ley o por miembros de la fuerza pública no podrán ser catalogadas como combatientes, puesto que la colaboración indirecta no constituye un acto de violencia o una amenaza inmediata de daño a la contraparte.

Por consiguiente, los “positivos” que fueron ejecutados por los miembros de las fuerzas militares del Estado o con aquiescencia de los mismos y presentados como dados de baja en medio del combate a quienes se les había calificado como “enemigo interno” correspondían en su mayoría a personas protegidas conforme al derecho internacional humanitario, es decir, miembros de la población civil pertenecientes a sectores de escasos recursos, miembros de comunidades indígenas, afrodescendientes, campesinos, estudiantes, defensores de derechos humanos, entre otros, lo cual refleja que la práctica de ejecuciones extrajudiciales bajo el *modus operandi* de falsos positivos constituye una grave infracción a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario, toda vez que a estas personas se les excluyó de la aplicación del principio de distinción.

Conforme a lo anterior, la Comisión Interamericana de De-

rechos Humanos en su segundo y tercer informes sobre la situación de derechos humanos en Colombia decidió realizar un análisis acerca del impacto que tuvieron los derechos humanos en la década de 1990, con énfasis en el patrón de ejecuciones extrajudiciales señalando este patrón con el *modus operandi* de “falsos positivos”. Asimismo mostró que el derecho a la vida era el más lesionado y que llegaba a un nivel inaceptable, ya que este en promedio se vulneraba alrededor de 78 veces por día y que respecto a las ejecuciones propiciadas por los miembros de las fuerzas armadas la mayoría eran ocurridas fuera de combate. Del mismo modo manifestó que según las estadísticas oficiales de los relatores especiales de la ONU, las cifras de homicidio de los 15 años anteriores a 1995 aumentaron de 10 000, en 1980 a 20 000, en 1988, y se aproximaron a 30 000, en 1994, situación que durante el periodo presidencial de César Gaviria no mejoró, ya que según el Relator especial encargado de la cuestión de la tortura informó que cada año se cometieron de 28 000 a 30 000 asesinatos donde se le atribuyó conjuntamente a los miembros de las fuerzas de seguridad del Estado 50.28 por ciento y 18.98 por ciento a los grupos paramilitares, llegando a 69.26 por ciento de las ejecuciones extrajudiciales propiciadas entre 1990 y 1994.

Lamentablemente, el panorama de las ejecuciones extrajudiciales denominadas falsos positivos no mejoró con la entrada en vigor de la política de seguridad democrática, toda vez que esta política perfeccionó el sistema de recompensas e incentivos haciendo que tanto civiles como miembros de las fuerzas armadas militares “buscaran” desesperadamente “positivos” con el fin de recibir el dinero o dádivas que les proporcionaba el gobierno colombiano de manera fácil y efectiva; razón por la cual algunas organizaciones como el Centro de Investigación y

Educación Popular/Programa por la Paz (2011), la Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos y la Federación Internacional de Derechos Humanos. (2012), el Centro Nacional de Memoria Histórica (2013), el Movimiento de Reconciliación y la Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos (2014), han mostrado en diversos informes que la aparición de falsos positivos logró expandirse y constituirse como sistemática, debido a dos factores importantes introducidos por el Estado colombiano: el primero radica en la necesidad del gobierno para mostrar resultados positivos de su política de seguridad democrática y el segundo se funda en el pago de recompensas o incentivos a quienes pudieran presentar resultados positivos o a quienes dieran información sobre miembros de grupos guerrilleros.

Con lo anterior se evidencia cómo el gobierno colombiano en la lucha contra los grupos al margen de la ley en medio del conflicto armado interno ha ejercido presión a los miembros de las fuerzas militares para mostrar resultados positivos que lograran demostrar que se seguía ganando terreno contra los enemigos, situación que en ocasiones obligó a que miembros de las fuerzas militares llevaran a cabo ejecuciones de civiles y los presentaran como “positivos” ante sus superiores. Situación que ha sido reprochada por el Relator especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias en 2010 debido a la arbitrariedad del actuar de los militares, ya que el resultado satisfactorio en medio del conflicto armado debería medirse en resultados efectivos y conforme a los derechos humanos y el derecho internacional humanitario y no en supuestas bajas del enemigo que finalmente terminaban siendo civiles inocentes revestidos de guerrilleros, según Niño (2015).

Respecto a las recompensas otorgadas por el gobierno colom-

biano a informantes, reclutadores o a quienes suministraran información sobre grupos guerrilleros, que al final de cuentas “eran civiles que contribuían a la actividad delictiva atrayendo o *reclutando* a las víctimas con información falsa para luego entregarlas al ejército que se encargaba de la ejecución y de simular la baja en combate” (Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos & Federación Internacional de Derechos Humanos, 2012, p. 9). El relator especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias en 2010 mostró su preocupación por la inexistencia de certeza sobre la supervisión y transparencia de los pagos que se autorizaban mediante las directivas ministeriales de carácter confidencial para regular la política de recompensas o incentivos, lo cual podría constituir una fuente de financiación para que los militares pudieran pagarle a los reclutadores que les proporcionaban información o colaboraban en la comisión de falsos positivos.

En el mismo sentido, la Corte Penal Internacional en 2012 puntualizó su preocupación por la insuficiencia de la actividad procesal y judicial en los casos de asesinatos de civiles inocentes por parte de los miembros de las fuerzas militares bajo el *modus operandi* de falsos positivos, toda vez que la muerte de civiles se llevó a cabo para obtener incentivos económicos por parte del Estado e incrementar el porcentaje de éxito que tenía la política de seguridad democrática que buscaba dar por terminado el conflicto armado colombiano. Al mismo tiempo la Corte Penal Internacional manifestó que conforme al reporte enviado por la Fiscalía General de la Nación para el año 2012 se estarían investigando 1 669 casos de falsos positivos en los que el número de víctimas podría llegar a 2 896 y se había condenado a 207 miembros de las fuerzas armadas por asesinato de civiles y 28

condenas por complicidad y encubrimiento del asesinato de civiles bajo la competencia de la Corte Penal Internacional.

Además el Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 2013 señaló que de acuerdo con los informes del Observatorio de Derechos Humanos y Derecho Humanitario 60 por ciento de las víctimas de ejecuciones extrajudiciales registrado se refiere a personas que se encuentran en lugares vulnerables, donde los niveles de desigualdad son altos, que en su mayoría son campesinos quienes ocupan 47.4 por ciento de las víctimas, así como los indígenas que corresponden a 10.2 por ciento, resaltando que los departamentos de Antioquia, Valle del Cauca, Arauca, Casanare y Meta son los de mayor desigualdad y número de ejecuciones extrajudiciales en el país, acumulando 47.6 por ciento del total de las víctimas reportadas en todo el territorio colombiano.

Debido a la continuidad de la práctica de ejecuciones extrajudiciales bajo el patrón de falsos positivos, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos admitió la solicitud de los casos 12.335, 12.336, 12.757, 12.711. Gustavo Villamizar Durán y otros *versus* Colombia, analizados en el Informe N°. 41/15 de 2015 que posteriormente dio lugar a que en el año 2018 la Corte Interamericana de Derechos Humanos sentara el precedente judicial en materia de ejecuciones extrajudiciales en el marco del conflicto armado colombiano bajo el *modus operandi* denominado falsos positivos con el fallo de la sentencia Villamizar Durán y otros *versus* Colombia.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos declaró por unanimidad que el Estado colombiano fue responsable de la violación al derecho a la vida, a la integridad

personal, a la libertad personal, a la honra y dignidad y a las garantías judiciales. Del mismo modo el Estado colombiano reconoció parcialmente su responsabilidad ante este tribunal internacional respecto a aquellas vulneraciones que se derivan de los sentimientos de angustia, dolor e incertidumbre que han tenido que padecer los familiares de las víctimas ejecutadas.

Consecuente a esto, Rubio (2011) precisa que las ejecuciones extrajudiciales denominadas falsos positivos perpetuadas por los agentes del Estado colombiano deben ser analizadas como parte del conflicto armado interno y como parte de la política de Estado que propició el fenómeno de los falsos positivos. Para lo cual Rodríguez (2015) resalta que este *modus operandi* consiste en un método de cooperación entre la población civil y la fuerza pública cuyo resultado recaía en la sistematicidad de la conducta de ejecuciones extrajudiciales.

En concreto, se hace evidente que el impacto de los derechos humanos en la práctica de ejecuciones extrajudiciales denominadas falsos positivos tiene un alcance multilateral, toda vez que la violación causada por parte del Estado colombiano abarca aspectos y factores tanto relevantes como determinantes en los seres humanos como lo es la vida y el pleno desarrollo de la misma. Por ello se hace necesario que se proteja el derecho a la vida tal y como se ratifica en los diferentes tratados internacionales en los que se ha plasmado la necesidad de proteger de diversas formas el derecho a la vida, brindando garantías y sancionando todas las formas de vulneración o impedimento al goce de este derecho.

El derecho a la vida goza de una extensa protección, por ser el derecho humano más importante, puesto que sin este es casi imposible tan siquiera hacer efectivos los demás derechos humanos, por ello la necesidad de salvaguardar la vida se hace obli-

gatorio en el Estado social de derecho, haciendo que el amparo sea permanente e ininterrumpido. De igual forma se resalta que la vulneración del derecho a la vida no puede entenderse siempre en el mismo sentido, ya que “algunas violaciones del derecho a la vida son consideradas como graves violaciones a los derechos humanos, por lo que no deben ser objeto de amnistías y otros excluyentes de responsabilidad” (Henderson, 2006, p. 283).

Las ejecuciones extrajudiciales se enmarcan dentro de esas graves violaciones a los derechos humanos, toda vez que estas son en su esencia una manifestación de violencia y menosprecio por el derecho a la vida materializado por agentes del Estado. Consecuentemente Araujo-Cuauro (2020) sostiene que en la actualidad no existe una reglamentación jurídica internacional o regional para las ejecuciones extrajudiciales y por ello se hace necesario hacer el análisis de las mismas desde el alcance inagotable que goza el derecho a la vida, entendiendo que este es un derecho humano fundamental y que al mismo tiempo es un prerequisite para la enajenación de los demás derechos humanos.

Por lo anterior, la privación del derecho a la vida se debe analizar con amplitud, toda vez que este derecho es susceptible de todo tipo de menoscabo e igualmente puede ser vulnerado en busca de un ataque sistemático donde se configure un crimen de lesa humanidad. Asimismo Rueda (2012) y Niño (2015) afirman que cuando las desapariciones forzadas, las torturas y los asesinatos se dan de manera sistemática y a gran escala estos son catalogados como crímenes de lesa humanidad, tal y como ha sucedido con las ejecuciones extrajudiciales denominadas falsos positivos en el Estado colombiano. Así Rojas y Benavidez (2017) resaltan que en 31 de los 32 departamentos de Colombia se perpetraron ejecuciones extrajudiciales y que en su mayoría estas fueron eje-

cutadas por agentes del Estado colombiano, lo cual en su esencia constituye una sistematicidad y afectación a la población civil. Por ello, es pertinente resaltar que el derecho a la honra y dignidad regulado en el artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos comprende aspectos relevantes que complementan la vida y su libre desarrollo, puesto que este es el que le da valor a una persona ante la sociedad y por ello debe protegerse de igual forma. Asimismo este derecho guarda una estrecha relación con el derecho humano a la vida, toda vez que se encuentra estrictamente ligado al derecho a la vida y el pleno desarrollo de la misma.

Con el precedente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos marcó en el año 2004 con el fallo del caso de los hermanos Gómez Paquiyauri *versus* Perú se abrió la puerta para que en adelante este tribunal considerara realizar un análisis más exhaustivo en los casos donde se pedía la protección del artículo 11 de la Convención Americana de Derechos Humanos, lo que posteriormente dio lugar a fallos más relevantes en la protección de la honra y dignidad en relación con la vida y el quebrantamiento de la reputación y el honor de las personas. Refiriéndose posteriormente según Zelada (2019) en los casos Tristán Donoso *versus* Panamá, Manuel Cepeda Vargas *versus* Colombia y Velásquez Paiz y otros *versus* Guatemala.

Del mismo modo en 2018, la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Villamizar Durán y otros *versus* Colombia se pronunció en el mismo sentido respecto al derecho a la honra y dignidad, pero esta vez sin hacer un análisis exhaustivo y limitándose a verificar el reconocimiento parcial que había realizado el Estado frente a este derecho ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, desconociendo en cierta

medida aquellos actos y señalamientos realizados por miembros y agentes del Estado colombiano que iban dirigidos a estigmatizar, deshonrar y terminar con la reputación de las víctimas de ejecuciones extrajudiciales denominadas falsos positivos.

Aunque en el caso Villamizar Durán y otros *versus* Colombia se dictan lineamientos frente a las manifestaciones o pronunciamientos públicos de las autoridades no se profundizó en los hechos y señalamientos infundados que proporcionaron los miembros de las fuerzas de seguridad del Estado cuando dieron a conocer ante la prensa y el público los “positivos miembros de grupos al margen de la ley”, dados de baja en medio del combate, los cuales no eran más que ejecuciones extrajudiciales bajo el *modus operandi* de falsos positivos.

Debido a la incidencia por la flagrante infracción de los derechos humanos por parte del Estado colombiano se ha generado gran controversia a niveles nacional e internacional respecto a las ejecuciones extrajudiciales bajo el *modus operandi* falsos positivos, toda vez que las víctimas de “una de las formas más atroces de violación de derechos humanos” (Palencia & Murillo, 2015, p. 87) se han visto estigmatizadas y perseguidas por las supuestas acusaciones o señalamientos que se hicieron en su contra y que han afectado a sus familiares aun después de su muerte.

La producción sistemática en el territorio colombiano de las ejecuciones extrajudiciales denominadas falsos positivos concibe una afectación general de carácter moral, que incluso puede ser más grave que aquellos que son cuantificables, ya que la vulneración de este derecho no solo afecta a una o varias personas en particular sino a toda una población. Esta situación ha sido contemplada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual se ha ido desarrollando jurisprudencialmente en los casos

de la masacre de Pueblo Bello *versus* Colombia, masacre de las Dos Erres *versus* Guatemala, masacres de Ituango *versus* Colombia, entre otros.

Asimismo, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha determinado que es el Estado el encargado de adoptar las medidas necesarias para garantizar y evitar que hechos similares vuelvan a ocurrir en el futuro, así como de tomar las acciones necesarias para que la colectividad se sienta resarcida adecuadamente. Teniendo en cuenta que en el momento de la ocurrencia de los hechos las víctimas fueron despojadas de su vida y a su vez de la vida digna a que tenían derecho de gozar, por ello no existe reparación *per se* que permita resarcir en totalidad aquellas afectaciones a la moral.

Actualmente, las ejecuciones extrajudiciales denominadas falsos positivos siguen perpetrándose en el territorio colombiano según los informes y evidencias de Casey (2019) en *The New York Times*, Miranda (2019) en BBC News Mundo (2019) y *Semana* (2020), quienes reflejan que el *modus operandi* de falsos positivos a medida que pasa el tiempo ha logrado perfeccionarse, estableciendo un bajo perfil, haciéndose un poco más reservado ante la sociedad e incluso mejorando las técnicas empleadas en la comisión de este delito para lograr la impunidad. Por ello se hace necesario que organismos internacionales sigan velando por el esclarecimiento de los hechos en busca de la verdad, la justicia, la reparación y la no repetición de la violación de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario con la comisión de ejecuciones extrajudiciales denominadas de falsos positivos.

Asimismo, se resalta que las cifras reales de ejecuciones extrajudiciales denominadas falsos positivos son inciertas según Rojas & Benavidez (2017) debido a la falta de denuncia de las

víctimas, amedrentamiento por parte de las fuerzas militares, tácticas militares y de poder e incluso aspectos ideológicos; razones que han sido obstáculo para garantizar el derecho a la memoria, el cual según el Centro Nacional de Memoria Histórica (2013) permite esclarecer hechos, establecer los motivos, intereses e intenciones de quienes ordenaron, ejecutaron y materializaron los hechos atroces que terminaron en el asesinato de miles de civiles inocentes, ocasionando graves daños e impacto en sus vidas y en sus derechos humanos.

En la legislación colombiana no existe un tipo penal exclusivo para las ejecuciones extrajudiciales, por ello los casos que han sido investigados y judicializados se han hecho bajo el tipo penal de *homicidio en persona protegida*, tipificado en el artículo 135 del código penal colombiano. En general se puede evidenciar la trascendencia y algún tipo de regulación que tienen las ejecuciones extrajudiciales en algunas normas y documentos de organizaciones internacionales, aunque estos han servido para verificar y regular estas actuaciones, los instrumentos no son suficientes para regular eficientemente las ejecuciones extrajudiciales, sumarias y arbitrarias a nivel internacional.

CONCLUSIÓN

A manera de conclusión se expone que en el territorio colombiano se sigue ejerciendo la práctica de ejecuciones extrajudiciales denominada con el *modus operandi* de falsos positivos. A pesar del esfuerzo y colaboración de la Jurisdicción Especial para la Paz (JEP) en pro de esclarecer los hechos ocurridos durante el conflicto armado interno colombiano, esto no es suficiente, de-

bido a que muchas de las víctimas aún temen denunciar o acudir a las autoridades, lo que refleja la falta de credibilidad hacia los agentes del Estado, ya que en la mayoría de los casos fueron estos quienes propiciaron los hechos de angustia, dolor y sufrimiento que generaron graves lesiones a los derechos humanos y al derecho internacional humanitario de las víctimas.

Asimismo, se destaca que el precedente judicial en el caso Villamizar Durán y otros *versus* Colombia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos es de gran relevancia, puesto que este demarca el inicio del reconocimiento internacional de los hechos atroces que han sido perpetuados por el Estado colombiano o con aquiescencia del mismo en gran parte del territorio colombiano. Hecho que aunque marca una luz en el camino no significa que finiquite con los hechos o se minimicen los daños que se desprendieron de los señalamientos y estigmatizaciones proporcionados por el gobierno colombiano a las víctimas de ejecuciones extrajudiciales denominadas falsos positivos.

Del mismo modo, se vislumbra que el alcance de protección que goza el derecho a la *honra y dignidad* en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos, tiene gran importancia, toda vez que en el desarrollo jurisprudencial de la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha protegido este derecho desde la concepción de vida y el pleno desarrollo de la misma, señalando que toda afectación a la vida privada, el domicilio y el entorno familiar son indicadores que afectan gravemente la honra y dignidad de los seres humanos.

Se concluye que el derecho a la vida es el más vulnerado en la práctica de ejecuciones extrajudiciales denominadas falsos positivos y que en la misma medida se ha vulnerado el derecho a la honra y dignidad, causando graves quebrantamientos en el buen

nombre, la reputación y el honor de las víctimas y sus familiares. Por ello a todas las víctimas de ejecuciones extrajudiciales denominadas falsos positivos se les debe reconocer las violaciones al goce y disfrute del derecho a la vida y las afectaciones que generaron actos de persecución y estigmatizaciones vulnerando el derecho a la honra y dignidad.

REFERENCIAS

- Alzate, M.; Rico, D. & Maza, M. (2018). Dimensiones socioemocional e instrumental de la reconciliación social en el conflicto armado colombiano. *Revista de estudios sociales*, Bogotá: Universidad de los Andes.
- Araujo-Cuauro, J. (2020). Ejecuciones extrajudiciales. Su tipificación como delito independiente del homicidio simple en el ordenamiento penal venezolano. *Gaceta internacional de ciencias forenses* (35), 1, 6-30.
- Arboleda, P. (2013). Aproximación teórica al estudio de la violencia política en Colombia durante el siglo XX. *Revista Academia & Derecho* (5), 8, 119-135.
- BBC News Mundo. (7 de noviembre de 2019). Renuncia el ministro de Defensa de Colombia: Guillermo Botero dimite en medio de la polémica por la operación militar en que murieron varios menores. Recuperado de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-50326172>
- Bonilla, A. (2017). “Falsos positivos”, diez años después: discursos antagónicos y límites teóricos. [Tesis de maestría]. Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Casey, N. (18 de mayo de 2019). Las órdenes de letalidad del

ejército colombiano ponen en riesgo a los civiles, según oficiales. *The New York Times*. Recuperado de <https://www.nytimes.com/es/2019/05/18/espanol/america-latina/colombia-ejercito-falsos-positivos.html>

- Centro de Investigación y Educación Popular/Programa por la Paz. (2011). *Colombia, deuda con la humanidad 2: 23 años de falsos positivos (1988-2011)*. Bogotá: Códice Ltda.
- Centro Nacional de Memoria Histórica. (2013). *¡Basta ya! Colombia: Memorias de guerra y dignidad. Informe general grupo de memoria histórica*. Bogotá: Imprenta Nacional.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1993). Segundo informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (1999). Tercer informe sobre la situación de los derechos humanos en Colombia.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2013). Verdad, justicia y reparación: Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia.
- Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2015). Informe N°. 41/15, casos 12.335; 12.336; 12.757; 12.711. Informe de fondo. Gustavo Villamizar Durán y otros *versus* Colombia.
- Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos & Federación Internacional de Derechos Humanos. (2012). *La guerra se mide en litros de sangre. Falsos positivos, crímenes de lesa humanidad: Sus más altos responsables en la impunidad*. Bogotá: Códice Ltda.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (8 de julio de 2004). Caso de los hermanos Gómez Paquiyauri *versus* Perú.

- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (31 de enero de 2006). Caso masacre de Pueblo Bello *versus* Colombia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (1 de julio de 2006). Caso de las masacres de Ituango *versus* Colombia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (27 de enero de 2009). Caso Tristán Donoso *versus* Panamá.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (24 de noviembre de 2009). Caso masacre de las Dos Erres *versus* Guatemala.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (26 de mayo de 2010). Caso Manuel Cepeda Vargas *versus* Colombia.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (19 de noviembre de 2015). Caso Velásquez Paiz y otros *versus* Guatemala.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (20 de noviembre de 2018). Caso Villamizar Durán y otros *versus* Colombia.
- Corte Penal Internacional. (2012). Situación en Colombia. Reporte intermedio.
- Giordano, V. & Rodríguez, G. (2019). Luchas memoriales y estrategias de poder de las derechas en América Latina hoy. *Universitas, Revista de ciencias sociales y humanas de la Universidad Politécnica Salesiana del Ecuador* (31), 19-36. Recuperado de <http://doi.org/10.17163/uni.n31.2019.01>
- Henderson, H. (2006). La ejecución extrajudicial o el homicidio en las legislaciones de América Latina. *Revista IIDH* (43), 1, 281- 298.
- Miranda, B. (20 de mayo de 2019). Falsos positivos: cómo regresó a Colombia el fantasma de las ejecuciones extrajudiciales de civiles. BBC News Mundo. Recuperado

de <https://www.bbc.com/mundo/noticias-america-latina-48344919>

- Movimiento de Reconciliación y la Coordinación Colombia-Europa-Estados Unidos. (2014). *Falsos positivos” en Colombia y el papel de asistencia militar de Estados Unidos, 2000-2010*. Bogotá: Linotipia Bolívar.
- Niño, J. (2015). *Sistematicidad en ejecuciones extrajudiciales 2002-2010*. [Tesis de maestría]. Bogotá: Universidad Nacional de Colombia.
- Organización de los Estados Americanos. (1969). Convención Americana sobre Derechos Humanos. San José, Costa Rica.
- Organización de las Naciones Unidas. (2010). Informe del relator especial sobre las ejecuciones extrajudiciales, sumarias o arbitrarias. Philip Alston (Misión a Colombia).
- Padilla, A. & Bermúdez, A. (2016). Normalizar el conflicto y desnormalizar la violencia: retos y posibilidades de la enseñanza crítica de la historia del conflicto armado colombiano. *Revista colombiana de educación* (71), 219-251.
- Palencia, R. & Murillo, M. (2015). Protocolo de Minnesota. ¿Tiene carácter vinculante para el Estado colombiano? *Criterio Jurídico Garantista* (9), 14, 86-103.
- Rodríguez, M. (2015). *Análisis de las ejecuciones extrajudiciales en Colombia en un contexto de seguridad democrática*. Bogotá: Universidad Colegio Mayor de Nuestra Señora del Rosario.
- Rojas, O. & Benavidez, F. (2017). *Ejecuciones extrajudiciales en Colombia, 2002-2010. Obediencia ciega en campos de batalla ficticios*. Bogotá: Universidad Santo Tomás.
- Rubio, M. (2011). *Las ejecuciones extrajudiciales en el gobier-*

- no de Álvaro Uribe Vélez (2002-2010) en términos de garantías de no repetición y ausencia de castigo.* Bogotá: Pontificia Universidad Javeriana.
- Rueda, M. (2012). *Los “falsos positivos” y el tratamiento de la cuestión de las ejecuciones extrajudiciales en Colombia en el sistema interamericano de derechos humanos.* Medellín, Colombia: Universidad de Medellín.
- Semana. (25 de junio de 2020). *Henry Torres, el primer general que cambió su verdad sobre los falsos positivos.* Recuperado de <https://www.semana.com/nacion/articulo/falsos-positivos-henry-torres-general-que-acepta-responsabilidad-ante-la-jep/688992>
- Quintero, J. (2016). *Las desapariciones forzadas y los “falsos positivos”: Del derecho internacional al derecho administrativo colombiano.* Bogotá: Universidad del Rosario.
- Zelada, C. (2019). Artículo 11. Protección de la honra y de la dignidad. En Steiner, C., Fuchs, M. (ed.) y Uribe, P. (coord.), *Convención Americana sobre Derechos Humanos. Comentario segunda edición.* (pp. 349-372). Bogotá: Fundación Konrad Adenauer.

GLOBALIZACIÓN Y DERECHO ADMINISTRATIVO: HACIA UN POSTULADO GLOBAL DE BUENA ADMINISTRACIÓN

Juan Diego Riaño Garzón *

NOTA INTRODUCTORIA

Desde el acaecimiento de las revoluciones liberales se ha entendido al derecho como una proyección de la soberanía que le es propia a los Estados; sobre esa base dogmática jurídico-política se erigieron los principios fundamentales del derecho administrativo. En la historia de la humanidad tuvieron que presentarse, al menos, dos hitos, uno político y otro jurídico, para que se dieran las condiciones mínimas que permitieran la estructuración del derecho administrativo.

Desde el punto de vista político, a instancias de importantes teóricos como Locke (García, 2002) y Montesquieu (Anselmino, 2016) se construyó la teoría de la separación del poder público en tres ramas, desde la lógica de diseñar un sistema de frenos y contrapesos (*checks and balances*) que erradicara toda práctica de arbitrariedad en el ejercicio de las funciones que confiere el poder público, esto porque las funciones torales del Estado estarían radicadas en órganos distintos y separados, incluyendo por supuesto el poder ejecutivo. Por otra parte, desde el punto de vista jurídico y como una derivación directa del principio democrático nace la idea de que los poderes públicos debían sujetarse a la

* Derecho Universidad Externado de Colombia. Miembro Activo de la Red Iberoamericana Juvenil de Derecho Administrativo - Capítulo Colombia.

voluntad soberana del pueblo, manifestada en la ley emanada del parlamento como cuerpo de representación, conocida como el principio de Estado de derecho o de legalidad. Sin los anteriores presupuestos no sería posible que históricamente se erigiera una disciplina jurídica que fuera el régimen jurídico de la administración pública.

En ese contexto, la soberanía nacional le entregaba a los Estados la prerrogativa de autodeterminación de la estructura interna de su administración, pero también la definición de los parámetros axiológicos y operativos de su función administrativa, considerando al derecho administrativo como una de las más importantes expresiones del derecho público interno de cada Estado, de conformidad con su modelo constitucional.

No obstante, debido a la ocurrencia de la globalización “y otros acontecimientos socioeconómicos ocurridos en las últimas décadas” (Campanelli Espíndola, 2019) se han replanteado y matizado los principios tradicionales de sujeción del Estado a su derecho interno y, por el contrario, es posible constatar que en el siglo XXI las administraciones públicas globales adecuan su estructura y funcionamiento a postulados que se enmarcan más allá de las fronteras de su Estado. Esto como consecuencia de tres transformaciones actualmente inacabadas, pero tangibles. En primer lugar, el proceso de internacionalización del derecho administrativo; en segundo lugar, la cesión de competencias administrativas a entes supraestatales, que conduce a su necesaria “administrativización” y, por último, la creación, consolidación e influencia de organizaciones internacionales de composición pública, mixta o privada.

Las nuevas realidades socioeconómicas han llevado a un cambio transversal en la relación entre los ciudadanos y el Estado,

seguido de una profunda transformación de las relaciones entre este y otros Estados: la globalización. Pues bien, la globalización no solamente es susceptible de ser avizorada como un proceso económico o tecnológico (Bodemer, 1998), es, en igual sentido, un proceso rodeado de un profundo sentido jurídico. Numerosos tratadistas y teóricos de la ciencia del derecho administrativo denominan este fenómeno “derecho administrativo global” entendiendo que los parámetros a los que se sujeta la administración se extienden más allá del Estado de derecho tradicional (Schmidt-Assmann, 2006). Son numerosas las materias en las que el derecho administrativo interno se ve permeado por regulaciones internacionales, verbigracia, el desarrollo sostenible, la contratación pública y más recientemente el gobierno electrónico (Stringhini, 2018). Por ende, el presente escrito, pretende demostrar porqué es necesario y pertinente enmarcar el estudio del derecho administrativo en este proceso, puesto que implica un “cambio de perspectiva conceptual de la administración pública [...] el redescubrimiento de [...] postulados, cláusulas, principios e incluso derechos” (Campanelli Espíndola, 2019).

En tal ambiente se encuadra la investigación, pues se expondrá cómo el postulado de la buena administración (en su contenido tripartito),¹ es una construcción endémica del derecho administrativo global que surgió en el seno de la compleja red de relaciones que se entrelazan por la constitucionalización del derecho administrativo, los procesos de integración económica y la cesión de competencias administrativas (Tremolada Álvarez, 2014). Con tal pretensión dividiré este escrito en tres partes.

1 “La buena administración, en un sentido moderno, se reconoce como principio general y también como deber de la administración y un derecho de los administrados” (Campanelli Espíndola, 2019).

Una primera, en la que abordaré sucintamente el proceso de globalización o internacionalización del derecho administrativo, los mecanismos e instrumentos jurídicos internacionales a través de los cuales se produce dicho proceso y las características principales de su funcionamiento. Una segunda, dedicada al estudio del postulado de buena administración, su triple connotación y el proceso histórico de su consolidación en el seno de organizaciones supraestatales tales como la Unión Europea y la OCDE, y una tercera parte, la incidencia del postulado de buena administración en el contexto legal colombiano, que pasa por la superación de la endógena creencia de circunscribir las fuentes del derecho a un ámbito estrictamente nacional transitando a uno global. Lo anterior con el objeto de reconocer cómo en la actualidad la buena administración debe ser entendida como un auténtico postulado transversal a un derecho administrativo de corte global.

INTERNACIONALIZACIÓN DEL DERECHO ADMINISTRATIVO

RELACIONES ADMINISTRATIVAS INTERNACIONALIZADAS

Como lo reconoce Schmidt-Assmann (2006), el dilema de la separación y proximidad del derecho internacional y el derecho administrativo no es nuevo, se remonta al siglo XIX. La doctrina de aquella época para diferenciar teóricamente ambas disciplinas jurídicas concibió al derecho internacional como aquel que regía la cooperación entre Estados y el segundo, es decir, el derecho administrativo como aquel resultante de una concepción ampliada de la soberanía. Esta importante construcción teórica surgida

a instancias de Jellinek (1882) fue lastimosamente sepultada tras las dos guerras mundiales en Europa. Sin embargo, en la segunda posguerra, como consecuencia de la consolidación de una serie de relaciones administrativas cada vez más internacionalizadas fueron retomadas y profundizadas.

Para explicar de manera ilustrativa el proceso de internacionalización de ciertas competencias administrativas traeré a colación el que, a mi juicio, es el ejemplo por antonomasia de la rigidez territorial de la soberanía de los Estados; esto es, el principio según el cual está proscrita toda forma de intromisión extranjera en los asuntos internos de una nación; por ende, la protección de la integridad territorial, la seguridad y el monopolio del uso de la fuerza han sido las proyecciones más importantes de la soberanía estatal; de hecho, su desconocimiento había sido causa justa² de guerra a lo largo de la historia de la civilización *ius ad bellum* (Vela Orbegozo, 2012). Pues bien, desde la segunda mitad del siglo XX y, con tendencia expansiva, los Estados desde una lógica de cooperación internacional han permitido que sus fronteras sean más permeables a la intervención de autoridades policiales extranjeras, entendiendo que se deben aunar esfuerzos para la lucha contra la criminalidad en aras de proteger la paz y seguridad internacionales.

Como esta han sido múltiples las relaciones o competencias administrativas que se han internacionalizado, es decir, su planeación y puesta en marcha rebasa el aspecto territorial de la administración o han sido concebidos por entes que se enmarcan

2 Circunstancia que llegó a su fin con la firma de la Carta de San Francisco, constitutiva de la Organización de Naciones Unidas en la que los Estados parte renunciaron al uso de la fuerza como mecanismo para tramitar sus diferencias y mantener la paz y seguridad internacionales.

por fuera de su espacio territorial. Con el paso del tiempo, las relaciones administrativas que han trascendido a escala internacional se ocupan de diversas materias, tales como asuntos de cooperación policial,³ cooperación fronteriza, seguridad social, tributos,⁴ relaciones fluviales, ciencia, tecnología e innovación⁵ y gobierno electrónico.

Ahora bien, la proximidad de las relaciones administrativas en el concierto internacional ha provocado una proliferación de normativas internacionales en las cuales se regulan temáticas o asuntos típicamente administrativos, relacionados tanto con la estructura con la que cuenta el Estado para el cumplimiento de su función administrativa como con la forma como esta última debería cumplirse. Dicha normatividad compuesta por postulados, principios y reglas proceden de los más diversos centros de producción normativa que incluso traspasa las fronteras entre lo público y lo privado (Rodríguez, 2013).

CENTROS DE PRODUCCIÓN DE NORMATIVA ADMINISTRATIVA GLOBAL

Como se ha dicho, el proceso de internacionalización del dere-

3 Véanse los numerosos acuerdos de cooperación internacional de la Organización Internacional de Policía Criminal (Interpol) con Naciones Unidas y varias de sus agencias especializadas: Europol, la Corte Penal Internacional, la Unión Africana, la Organización de los Estados Americanos (OEA). Disponible en <https://www.interpol.int/es/Quienes-somos/Marco-juridico/Acuerdos-de-cooperacion>.

4 Véanse los numerosos convenios modelo de la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE). Recuperado de

5 Véase la resolución No. 72/228 de la Asamblea General de Naciones Unidas sobre ciencia, tecnología e innovación para el desarrollo, A/RES/72/228, aprobada el 20 de diciembre de 2017. Recuperado de <https://undocs.org/es/A/RES/72/228>.

cho administrativo es un proceso tangible, pero inacabado; fundamentalmente porque sus dinámicas corresponden a procesos complejos que tienen que ver con el desarrollo de actividades económicas, tecnológicas, sociales, culturales y políticas, a tal punto que, no puede hablarse de un proceso de internacionalización homogéneo y mucho menos irreversible, máxime si se tiene en cuenta que en el último lustro, que paradójicamente ha sido el de mayor proliferación del derecho administrativo de corte global, al mismo tiempo en todas las naciones surgen expresiones cada vez más radicales que constituyen una nueva ola de soberanismo estatal que reivindica ciertos valores y principios nacionales que en su leal saber y entender se han menoscabado por dicha internacionalización.

En este entendido, partiremos de dos premisas fundamentales; la primera, el proceso de internacionalización del derecho administrativo va a ser más o menos profundo dependiendo de las relaciones internacionales de cada Estado y, la segunda, es posible observar de la experiencia internacional que ha habido diferentes ciclos o fases en el proceso de internacionalización de derecho administrativo que repercuten en los diversos centros de producción de normativa administrativa global que pasaremos a esbozar y que han sido identificados de manera magistral por el tratadista colombiano (Rodríguez, 2013, p. 5).

TRATADOS O CONVENIOS INTERNACIONALES

Desde el punto de vista histórico, el primer paso para superar la concepción tradicional de derecho administrativo atado a la soberanía estatal fue la suscripción de tratados o convenios inter-

nacionales sobre materias administrativas; es decir, lo que en el siglo XIX Jellinek (1882, p. 111) entendió como derecho administrativo, en el contexto de las relaciones entre Estados; esto es, como una proyección de su soberanía. Efectivamente, un tratado internacional no es más que un acuerdo de voluntades entre sujetos del derecho internacional, principalmente entre Estados y que debido a su suscripción de acuerdo con las normas constitucionales y legales de cada Estado lo obliga —*pacta sunt servanda*—, de modo que un tratado internacional sobre asuntos típicamente administrativos es una proyección de la soberanía estatal y es obligatorio tanto para la administración como para los particulares que acudan a ella. Este centro de normativa internacional se acompasa perfectamente con la definición que reivindica Schmidt-Assmann (2006, p. 32): “Por derecho administrativo internacional debe entenderse el derecho administrativo contenido en normas de derecho internacional público; como tal comporta procesos de transformación del derecho nacional y de reformulación del derecho internacional similares, en cuanto a sus estructuras (no así en cuanto a sus mecanismos) a la europeización”.

Ahora bien, el asunto de la eficacia jurídica del derecho internacional en el ámbito interno no ha sido pacífico; es de recordar el álgido debate entre el monismo y dualismo que no se pretende soslayar. No obstante, a pesar de dicha discusión jurídica, el derecho contemporáneo acepta de manera más o menos pacífica el carácter vinculante de los tratados o convenios internacionales. De ahí que la ciencia jurídica administrativa acepte que los tratados internacionales son fuente imperativa del derecho administrativo y, por ende, “son actos normativos que pueden imponer reglas de conducta aplicables a las relaciones jurídico-administrativas internas”, porque dicha normativa procede directamente de la voluntad de los Estados (Rodríguez, 2013).

ORGANIZACIONES INTERNACIONALES

Capítulo aparte merecen aquellos organismos u organizaciones internacionales que constituyen agrupaciones voluntarias de Estados constituidas mediante tratados o convenciones internacionales que cuentan con órganos permanentes, dotados de subjetividad internacional a los cuales los Estados parte otorgan una serie de competencias legislativas, judiciales o administrativas, capaces de tomar decisiones que son vinculantes para los mismos (Sobrino Heredia, 2006). Estos organismos internacionales, con personalidad jurídica propia para el derecho internacional, tienen vocación de permanencia y no están sometidos al derecho interno de los Estados parte; por el contrario, su único régimen jurídico es el derecho internacional compuesto principalmente por su acto de constitución y aquellos que lo modifiquen, adicionen o complementen.

Son varios los ejemplos de este tipo de organizaciones internacionales; pueden ser clasificadas desde el punto de vista de la finalidad u objetivo de las mismas, entre los cuales hay organizaciones con fines generales (Organización de Estados Americanos, el Consejo de Europa o la Liga Árabe) u organizaciones con fines particulares de protección de los derechos o intereses de un determinado grupo (Organización Internacional del Trabajo o la Organización de Países Exportadores de Petróleo). Mientras que otro criterio de clasificación puede ser su ámbito de aplicación, entre las que encontramos aquellas organizaciones de carácter universal que tiene jurisdicción a lo largo y ancho del planeta (Organización de las Naciones Unidas o Autoridad Internacional de Fondos Marinos) y de otro lado las de carácter regional cuyo ámbito de aplicación se restringe a un determinado continente o

región planetaria (Foro para el Progreso de América del Sur o la Comunidad del Caribe).

Dentro de las organizaciones internacionales también se encuentran aquellas organizaciones comunitarias que si bien cuentan con los elementos mencionados precedentemente se insertan dentro de una lógica de integración regional. Como lo reconoce la doctrina (Dromi, 1995) hay una dificultad semántica consistente en la inexistencia de una terminología técnica depurada y bien establecida en la bibliografía especializada sobre el concepto de integración económica. El proceso de integración pasa por diversas etapas, que van desde vínculos tenues entre los Estados miembros hasta las más profundas instancias en las que incluso se puede llegar a dar una integración política. De igual forma no existe un límite máximo o mínimo bien definido entre los diversos niveles de integración, ya que puede haber incluso organismos supranacionales encargados de fijar, preparar y coordinar normas comunitarias, pero estar en presencia de una integración inmadura. Para Dromi (1995, p. 114), entre los niveles de integración se encuentran las zonas de libre tránsito o de libre comercio, la unión aduanera, el mercado común, la comunidad económica y la unión monetaria.

El ejemplo paradigmático sobre un proceso de integración regional sumamente profunda y sistemática es el de la Unión Europea en la que están suprimidos los obstáculos de cualquier naturaleza (impositivos, técnicos y burocráticos) que se opongan o impidan u obstaculicen la libre circulación de bienes, servicios, personas, mano de obra y capital; además, los Estados miembros han delegado en organismos internacionales gran parte de su soberanía para determinar sus políticas comerciales, financieras, de servicios, de transportes, de contratación pública, prestación de servicios y demás temáticas propias de la función administrativa

del Estado. Ahora bien, el modelo europeo es tan profundo que hay unión monetaria, es decir, hay una banca central encargada de emitir la moneda de curso legal común a todos los países de la llamada zona Schengen (Comisión Europea, 2020) y de fijar el tipo de cambio.

Para efectos de la presente ponencia es menester anotar que las comunidades económicas surgidas por el ejercicio del derecho a la integración cuentan con órganos independientes y sistemáticamente regulados que obtienen competencias otorgadas por los Estados y en tal virtud sus decisiones judiciales, regulaciones generales y reglamentos administrativos son de obligatorio cumplimiento dentro de los ordenamientos jurídicos de los Estados miembros, tanto para la administración como para los particulares.

ORGANIZACIONES INTERNACIONALES CUYA NORMATIVA NO ES VINCULANTE

Paralelamente, dentro del amplio catálogo de organizaciones internacionales se encuentran algunas cuya naturaleza jurídica es diametralmente opuesta a las organizaciones que caracterizamos *ut supra*. Habitualmente se trata de organismos intergubernamentales o cuerpos colegiados que surgen de tratados o convenios internacionales, pero que su finalidad u objetivo no es otro que diseñar y comentar políticas públicas, hacer recomendaciones o emitir conceptos que en principio no son vinculantes para los Estados, pero que debido a su reputación y prestigio son tomadas en cuenta por las administraciones e implementadas incluso con un mayor rigor que otros instrumentos internacionales que sí son vinculantes (Campanelli Espíndola, 2019).

Si apelamos a algunos ejemplos podríamos encuadrar a notables organizaciones internacionales como El Banco Mundial, el Fondo Monetario Internacional, el Banco Europeo de Inversiones, el BID, la ONU u OCDE. Respecto a esta última organización nacida en 1961 con el fin de reconstruir Europa tras la segunda guerra mundial, a lo largo de los años se ha ido consolidando como el club de las buenas prácticas que acumula experiencia de los Estados miembros y ha ido ganando terreno y prestigio como sede de rigurosos análisis sobre las más diversas y pertinentes temas, tales como empleo, educación, salud, ciencia, tecnología e innovación, impuestos, medio ambiente, corrupción y todas aquellas problemáticas de la vida actual.

Lo interesante de estas organizaciones es que desplazan los centros de impulso político y jurídico de los Estados a instancias técnicas supraestatales que no tienen ninguna clase de control y que las más de las veces tiene que ver con materias que inciden directamente con la estructura y funcionamiento de la administración pública. Mencionaré sucintamente dos ejemplos, de un lado las recomendaciones que realiza la OCDE en materia de organización administrativa como cuando en el año 2016 le recomendó a Chile la creación de una agencia para la digitalización que hace parte aún de la agenda pública del país y, de otra parte, lo reglado en el artículo 20 de la Ley 1150 de 2007, según el cual los procesos de selección de contratos financiados total o parcialmente con recursos de organismos de crédito multilateral deberán efectuarse aplicando normas o políticas de adquisiciones de dichos organismos, subordinando las normas de contratación estatal a normas de organismos de financiación, advirtiendo el papel que ocupan dichas organizaciones en el concierto internacional y la influencia directa.

ÓRGANOS INTERNACIONALES DE CARÁCTER MIXTO O ENTERAMENTE PRIVADOS

Dentro de esta caracterización se encuentran dos grupos de órganos internacionales que son centro de normativa administrativa, los de carácter mixto y los privados (Rodríguez, 2013). En primer lugar, aquellos órganos que corresponden a lo que la doctrina llama administración híbrida privada-intergubernamental que son integrados tanto por actores estatales como por privados, pero que adoptan recomendaciones e incluso decisiones vinculantes en el ámbito administrativo. Como es el caso de la Comisión del Codex Alimentarius que adopta estándares de seguridad alimentaria o la Internet Corporation for Assigned Names and Numbers (ICANN), encargada de regular y asignar las direcciones de la internet.

En segundo lugar, una posición *sui generis* dentro del derecho administrativo global para aquellas organizaciones puramente privadas que no cuentan con ninguna clase de participación al menos indirecta de los Estados, pero que sus regulaciones tienen un alcance internacional y particularmente sobre la administración pública muy importante. Como ejemplo se encuentra la Organización Internacional para la Estandarización (ISO) que adopta estándares de calidad en diferentes áreas como la producción, el procesamiento y la gestión documental y agencias de calificación de riesgos para la inversión de Standard & Poor o Fitch Ratings, que tiene importantes efectos prácticos en la manera como empresas públicas desempeñan sus funciones.

De lo anterior es posible llenar de contenido aquella afirmación con la que iniciamos el presente estudio, según la cual es posible constatar que en el siglo XXI las administraciones públicas glo-

bales adecuan su estructura y funcionamiento a postulados que se enmarcan más allá de las fronteras de su Estado, pasando por las normativas típicamente administrativas contenidas en tratados internacionales, en determinaciones vinculantes provenientes de organizaciones internacionales de disímil composición, llegando incluso a encontrar ejemplos de profunda eficacia e incidencia en la administración de organizaciones mixtas y privadas; circunstancias que por sí solas revalúa o matiza ampliamente la posición doctrinal que afirma que el derecho administrativo es por antonomasia derecho público interno derivado a la soberanía y principio democrático del Estado.

SURGIMIENTO Y CONSOLIDACIÓN DEL CONCEPTO DE BUENA ADMINISTRACIÓN

Muchas páginas se han escrito y otras faltan por escribirse sobre el concepto jurídico e interdisciplinario y trascendencia para el derecho administrativo de la buena administración. A mi modo de ver, la buena administración es al derecho administrativo lo que la buena fe es al derecho privado. Su correcto entendimiento constituye un avance en la concepción democrática, pluralista, cívica y procedimental de la administración pública. La buena administración constituye, en ese sentido, el tamiz por el cual debe pasar toda decisión del Estado que comprometa la estructura y funcionamiento del gobierno y la administración.

Ahora bien, el postulado de buena administración tiene su origen en una interpretación hecha en 1987 por el Tribunal de Justicia de la Unión Europea, pero que subyace en muchos aspectos a normas imperativas del derecho internacional, a tal punto que se

consolida como un postulado del derecho administrativo global que tiene una triple dimensión normativa, pues es un principio general del funcionamiento y un deber de la administración pública y un derecho fundamental de los ciudadanos.

En 1987, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se apresó a solucionar el emblemático caso Heylens y determinó que cuando en un Estado miembro de la Unión Europea supedita el acceso a una profesión asalariada a la posesión de un diploma nacional o extranjero convalidado el principio de la libre circulación de trabajadores establecido por el artículo 48 del tratado fundacional exige que la decisión por la que se niega a un trabajador nacional de otro Estado miembro la convalidación del diploma expedido por el Estado miembro del que es nacional sea susceptible de un recurso de carácter jurisdiccional que le permita verificar su legalidad en relación con el derecho comunitario y que el interesado pueda tener conocimiento de los motivos en que se basa la decisión (Caso Heylens y otros, 1987).

Para el sector de la doctrina (Aprile, 2017), el caso Heylens es el primer resquicio de lo que más adelante se consolidaría como el postulado de buena administración; en dicha oportunidad el Tribunal Europeo consideró contrario a derecho que se pretendiera limitar la libre circulación de trabajadores con base en consideraciones de orden procedimental frente a la convalidación de títulos y, desde ese momento, se estableció que cualquier determinación desfavorable a los administrados contenida en un acto administrativo debía ser motivada.

Luego de una seguidilla de aportes jurisprudenciales, la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea suscrita en el año 2000, dio positivo el derecho fundamental a una buena administración, detallando un alcance y contenido concreto del

mismo. En efecto, el artículo 41 del mencionado compendio normativo dispone:

1. Toda persona tiene derecho a que las instituciones, órganos y organismos de la Unión traten sus asuntos imparcial y equitativamente y dentro de un plazo razonable. 2. Este derecho incluye en particular: *a)* el derecho de toda persona a ser oída antes de que se tome en contra suya una medida individual que la afecte desfavorablemente; *b)* el derecho de toda persona a acceder al expediente que le concierna, dentro del respeto de los intereses legítimos de la confidencialidad y del secreto profesional y comercial; *c)* la obligación que incumbe a la administración de motivar sus decisiones. 3. Toda persona tiene derecho a la reparación por la Unión de los daños causados por sus instituciones o sus agentes en el ejercicio de sus funciones, de conformidad con los principios generales comunes a los derechos de los Estados miembros. 4. Toda persona podrá dirigirse a las instituciones de la Unión en una de las lenguas de los tratados y deberá recibir una contestación en esa misma lengua.

CONTENIDO Y ALCANCE TRIPARTITO DEL POSTULADO DE BUENA ADMINISTRACIÓN

Como ya lo mencioné, el postulado de buena administración tiene una triple dimensión normativa, pues es un principio general del funcionamiento de la administración pública, un deber de la administración pública y un derecho fundamental de los ciudadanos, en el presente acápite expondré el contenido y alcance señalado para cada una de estas categorías por Campanelli Espíndola

(2019). El postulado de buena administración en su dimensión de principio supone que es el “soporte estructural” de todo el sistema jurídico del derecho administrativo y, en consecuencia, su contenido debe irradiar, ser parámetro de interpretación y marco de acción de toda normativa que tenga que ver con la estructura y funcionamiento de la administración. Por su parte, el postulado de buena administración implica la obligación del Estado de desplegar su actuación de tal forma que cumpla de su función administrativa de manera proba, recta, oportuna, imparcial, de tal manera que se materialicen los derechos de los asociados y prevalezca el interés general. Asimismo, este sustenta el deber constitucional de todas las autoridades de respetar la vida, honra, bienes, derechos y garantías fundamentales de todos los ciudadanos y abstenerse de causarle daños, porque los derechos fundamentales de los ciudadanos no pueden resultar amenazados o lesionados por la organización pensada para su protección: el Estado. Por tanto, cuando se irroga un daño a un particular este debe ser dejado indemne patrimonial y extrapatrimonialmente por el Estado.

Incluso, estudios importantes señalan que el postulado de buena administración impone un deber ético de los funcionarios de contar con una especial sensibilidad social frente a los ciudadanos, de promover la participación democrática ante las decisiones que comprometan su vida diaria y de entender al ciudadano no solamente como el destinatario ciego del poder público, sino su fundamento (Cabezas, 2019).

La buena administración como derecho fundamental implica que los ciudadanos sean titulares de las garantías descritas y tengan mecanismos judiciales y administrativos para hacer exigible su derecho, de lo contrario se tornaría nugatorio. En lo jurídico

puede decirse que el ordenamiento normativo consagra una serie de mandatos de la administración que se acercan bastante al contenido normativo de la buena administración como los principios de igualdad, moralidad, eficacia, economía, celeridad, imparcialidad y publicidad que consagra la Constitución política de 1991 en su artículo 209. No obstante, la correcta proyección de este postulado para por un entendimiento de que el servicio a la comunidad es el fin último del Estado y fuente de toda autoridad (Delpiazzo, 2014).

CONCLUSIÓN

En el siglo XXI, el derecho administrativo debe ser entendido no solamente como una derivación directa de la soberanía y autorregulación estatal, sino que la estructura y funcionamiento de la administración se sujeta normativamente a postulados y regulaciones que se enmarcan por fuera de las fronteras de su Estado, esto por el proceso de internacionalización del derecho administrativo, por la pertenencia a organizaciones supranacionales y el ejercicio del derecho a la integración y por la pertenencia a instituciones que por su especial conocimiento técnico, prestigio y rigor, constituyen un faro ético para el desempeño de políticas y funciones públicas.

Además, en ese creciente universo de relaciones internacionales se ha tejido una estela tan fuerte que deriva de su entramado integral una serie de postulados que paulatinamente son entendidos como verdaderos principios, deberes y derechos por los Estados globales. Tal es el caso del postulado de la buena administración, sobre cuyo cumplimiento se sustenta la legitimidad

y la confianza que tienen los ciudadanos en su administración. El postulado de buena administración sintetiza no únicamente los mandatos jurídico-administrativos del Estado para con sus administrados, sino que constituye un parámetro ético que dota de credibilidad al Estado que impone el deber de adecuar el ordenamiento jurídico a una serie de mandatos de probidad, rigurosidad, celeridad, imparcialidad y cumplimiento estricto del ordenamiento jurídico y, a la vez, es un deber de Estado abstenerse de actuar de tal forma que lesione los derechos y garantías legítimos de los ciudadanos, cuyo único límite es el cumplimiento de los fines últimos de toda organización estatal que no son otros que alcanzar la igualdad y la justicia material.

REFERENCIAS

- Anselmino, V. (2016). La división o separación de poderes (de la teoría clásica a lo que ocurre en la realidad). *Revista Anales de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales*, 188-203.
- Aprile, N. (2017). El derecho a una buena administración como un derecho fecundo en Latinoamérica. *Derecho administrativo: reflexiones contemporáneas*, 6-7.
- Bodemer, K. (1998). La globalización. Un concepto y sus problemas. *Nueva Sociedad*, 54-71.
- Cabezas, N. (2019). 470. La buena administración como visión multidisciplinaria y sistemática de las garantías ciudadanas. *Revista digital de derecho administrativo*, 453-470.
- Campanelli Espíndola, M. J. (2019). El derecho administrativo tradicional en el Estado posmoderno: globalización, buena administración y supranacionalidad (el caso OC-DE-Colombia). *Revista digital de derecho administrativo*, 201-2019.
- Comisión Europea. (26 de agosto de 2020). *Europa.eu*. Recuperado de https://ec.europa.eu/home-affairs/sites/homeaffairs/files/e-library/docs/schengen_brochure/schengen_brochure_dr3111126_es.pdf
- Delpiazzo, C. (2014). La buena administración como imperativo ético para administradores y administrador. *Revista de Derecho UCU*, 46.
- Dromi, R. (1995). *Derecho comunitario, sistemas de integración, régimen del Mercosur*. Buenos Aires: Editorial Ciudad Argentina.
- García, M. A. (2002). John Locke: la división de poderes y la tradición democrática contemporánea. *Tópicos*, 9-15.

- Jellinek, G. (1882). *La doctrina de las relaciones de los Estados*. Viena: Hölder.
- Rodríguez, L. (2013). El derecho administrativo transnacional o global: un nuevo capítulo del derecho administrativo. En *Derecho administrativo, en homenaje a Jorge Fernández Ruiz* (pp. 453 y ss). Ciudad de México: UNAM y Asociación Mexicana de Derecho Administrativo.
- Schmidt-Assmann, E. (2006). La ciencia del derecho administrativo ante el reto de la internacionalización de las relaciones administrativas. *Revista de Administración Pública*, 7-34.
- Sobrino Heredia, J. M. (2006). Las organizaciones internacionales: generalidades. En M. Díez de Velasco, *Las organizaciones internacionales*. Madrid: Tecnos.
- Stringhini, A. (2018). Administración pública inteligente: novedades al ecosistema normativo digital de la República Argentina. *Revista Eurolatinoamericana de Derecho Administrativo*, 199-215.
- Tremolada Álvarez, E. (2014). ¿La Alianza del Pacífico facilita la inserción de Colombia en la región Asia-Pacífico? *Revista Papel Político*, 721-752.
- Tribunal de Justicia de la Unión Europea. (15 de octubre de 1987). Caso Heylens y otros, asunto 222/86.
- Vela Orbegozo, B. (2012). *Lecciones de derecho internacional. Tomo I*. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.

LA LIMITACIÓN A LOS DERECHOS POLÍTICOS Y EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD EN COLOMBIA: NECESIDAD DE REESTRUCTURAR LA POTESTAD DISCIPLINARIA DE LA PROCURADURÍA GENERAL DE LA NACIÓN EN EL CASO DE LOS SERVIDORES PÚBLICOS DE ELECCIÓN POPULAR

Saúl Felipe Malagón Maldonado*

I. NOCIONES INICIALES Y EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

El artículo 93 y el artículo 4 de la Constitución política colombiana aparentemente se contradicen. Esta contradicción radica en la jerarquía que tiene el texto de la Constitución como norma de normas, pues los dos textos no se ponen de acuerdo para solucionar qué va primero si los tratados internacionales en temas de derechos humanos o el texto de la Constitución. Esta contradicción si bien ha sido resuelta en varias sentencias de la Corte Constitucional, hoy 25 años después de su primer reconocimiento expreso sigue causando tensiones no resueltas.

La figura del bloque de constitucionalidad en Colombia, traída desde el derecho francés (Corte Constitucional Colombiana, 1995) a partir de la sentencia C-225 de 1995 significó una innovación en la tradición jurídica colombiana (Uprimny, 2005, p. 1). Así, la incorporación de determinados tratados con fuerza constitucional por un lado pudo darle una primera solución al

* Graduado de derecho y estudiante de la Maestría en Derecho con profundización en constitucional de la Universidad Nacional de Colombia

problema aparente de la primacía de determinados tratados (Corte Constitucional Colombiana, 1995) y por otro permitió superar la interpretación que dio en su momento la Corte Suprema de Justicia durante la vigencia de la Constitución de 1886 en que la que no consideraba que la vulneración de una norma de algún tratado de derechos humanos fuera suficiente motivo para declarar inexecutable alguna norma del ordenamiento interno (Uprimny, 2005, p. 10).

El concepto del bloque de constitucionalidad afirma que existen normas que son parte de la Constitución aunque no hagan parte del texto constitucional (Uprimny, 2005, p. 1), de esta forma se entiende que dichas normas son entendidas como unidad con la Constitución. De esta manera, una infracción de alguna ley a las disposiciones del bloque implica una infracción a la Constitución política por lo que será razón suficiente para que una ley sea retirada del ordenamiento jurídico.

Así, el bloque de constitucionalidad se convirtió en la forma cómo se articulaban y armonizaban los postulados de la Constitución y de los tratados de derechos humanos para convertirlos en textos de los cuales no debía caer ninguna contradicción, pues en el punto teórico era imperativo que hubiera unidad. Sin embargo, esta figura dentro de su aplicación en la Corte Constitucional Colombiana ha pasado por ciertas dificultades, las cuales no están exentas de que haya fallos contradictorios y antinómicos (Castro, 2019, p. 1). Estas dificultades pueden referirse a varios temas concretos y a varias preguntas que a través de los años se han generado; se enuncian algunas de ellas:

- ¿Solo los tratados internacionales pueden entrar al bloque de constitucionalidad?
- ¿Cuáles son los tratados que entran al bloque de constitucionalidad?

- ¿Los documentos que interpretan ciertos tratados que entran al bloque de constitucionalidad también entran en el bloque de constitucionalidad?
- ¿Las decisiones que desarrollan ciertos contenidos de tratados que entran al bloque de constitucionalidad también entran al bloque de constitucionalidad?
- ¿Los documentos de derecho blando o *soft law* también entran al bloque de constitucionalidad?

Las respuestas a estas interrogantes han generado que la Corte Constitucional en una primera fase cree algunas categorías que permitan organizar mejor este bloque de constitucionalidad. Así, la sentencia C.358 de 1997 crea la diferencia entre el bloque de constitucionalidad en sentido estricto y en sentido lato (Corte Constitucional Colombiana, 1998). En este aspecto esta figura resulta útil para determinar cuáles normas son parte del bloque, tanto de la regulación internacional y nacional. Así el bloque en sentido estricto queda condensado por los tratados de derechos humanos, en especial aquellos que versan sobre derechos que no se pueden limitar en Estados de excepción y al bloque en sentido lato se le agregan las leyes estatutarias y las leyes orgánicas.

Esto quiere decir que en esta primera fase, la posición de la corte es que no todos los tratados internacionales hacen parte del bloque de constitucionalidad, y esto resulta lógico por varias razones. En primer lugar porque el artículo 93 de la Constitución política habla sobre la inclusión de tratados sobre derechos humanos, distinguiendo entre los derechos intangibles y todos los demás derechos humanos. En segundo lugar, porque no todos los tratados internacionales tienen fuerza constitucional en tanto la regulación de los temas que tratan no desarrollan disposiciones

constitucionales (Corte Constitucional Colombiana, 1999); y en tercer lugar, como consecuencia de lo anterior, el que un tratado internacional no tenga fuerza constitucional dentro del ordenamiento interno no quiere decir que el carácter de la obligación sea menos intenso, pues en virtud del principio *pacta sunt servanda* el Estado colombiano seguirá obligado por estas disposiciones en tanto no haya hecho el trámite para denunciar el tratado (Consejo Superior de la Judicatura & Uprimny, 2008, p. 51).

A su vez, respecto a la duda que genera la inclusión de las disposiciones de *soft law*, las decisiones de los organismos que controlan los tratados de derechos humanos que no son jurisdiccionales las decisiones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) y la de la Comisión Americana de Derechos Humanos. La Corte Constitucional por medio de la sentencia C-291 de 2007 dividió las funciones del bloque en un sentido interpretativo y un sentido integrador. El sentido integrador se refiere a que las distintas normas del bloque son parámetros de constitucionalidad en ausencia de disposiciones expresas que ayudan a interpretar el alcance de las otras normas. El sentido interpretativo se refiere a que ciertas disposiciones sirven como parámetro guía en la interpretación del contenido de cláusulas constitucionales (Corte Constitucional Colombiana, 2007); no obstante, la posición no ha sido pacífica en este punto.

Sobre esto hay que tomar cierta acotación. En relación con la interpretación de la Convención Americana de Derechos Humanos (CADH), las decisiones de la Corte IDH contra Colombia son de total obligatoriedad y vinculatoriedad, por lo que las recomendaciones y órdenes hechas al Estado colombiano son de obligatorio cumplimiento (Corte Constitucional, 2010). De esta manera esas decisiones al ayudar a interpretar las obligaciones

internacionales de Colombia en materia de derechos humanos cumplen con la función integradora del bloque constitucional. También son obligatorias las decisiones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos que vinculan al Estado colombiano, pero no las hace parte del bloque (Consejo Superior de la Judicatura & Uprimny, 2008, p. 66), por lo que se podría concluir que dichas disposiciones hacen parte de la función interpretativa del bloque. En este sentido la Corte Constitucional pudo constituir una posición clara de la cual se podrían desprender varias conclusiones:

1. El bloque de constitucionalidad está dividido en un sentido estricto y en un sentido lato. Esta distinción sirvió para incluir normas nacionales que si bien no tienen supremacía constitucional si sirven como parámetro que las leyes ordinarias deben tener en cuenta.
2. Solo los tratados que desarrollan derechos humanos están incluidos en el bloque de constitucionalidad. De esta forma, los tratados de derecho internacional humanitario, los tratados de derechos humanos y los tratados de la OIT que el Estado ha ratificado son parte del mismo. No se puede predicar esto de los demás tratados que desarrollan temas diferentes a los contenidos en la parte material de la Constitución.
3. Las decisiones de la Corte IDH que vinculan a Colombia son de obligatorio cumplimiento.
4. Los documentos de *soft law*, las decisiones de la Corte IDH que no vinculan a Colombia y la interpretación que dan los distintos comités sobre el tema de sus respectivos tratados constituyen un criterio hermenéutico relevante, por lo que ayudan en la función interpretativa del bloque.

No se puede perder de vista que esta figura ha tenido demasiados problemas en su aplicación. Problemas que siguen siendo vigentes y que ha hecho que la reciente jurisprudencia sobre la figura pueda ser contradictoria, pueda dilucidar las figuras del bloque e incluso pueda ampliar su sistema de fuentes hacia otros tratados que originalmente no hacen parte del bloque (Castro, 2019, p. 5). Entre estos problemas se puede clasificar la dificultad de la corte al momento de caracterizar los documentos de *soft law*, su papel como juez de convencionalidad respecto a la jurisprudencia de la Corte IDH y el papel de la jurisprudencia de la Corte IDH cuando el Estado involucrado no es el colombiano (Castro, 2019, pp. 3-6).

Un tema donde estas dos últimas dificultades se reflejan plenamente es en el modo como la Corte Constitucional ha analizado los derechos políticos por la confrontación con el artículo 23.2 de la Convención Americana de Derechos Humanos con el ordenamiento constitucional colombiano. El tema resulta ser relevante por dos razones. En primer lugar, la sentencia SU-146 de 2020 que concedió el derecho a la doble conformidad a Andrés Felipe Arias implica un modo diferente de pensarse el bloque de constitucionalidad para determinar hasta qué punto la jurisprudencia de la Corte IDH y las disposiciones de *soft law* que interpretan las disposiciones de un tratado pueden obligar a un cambio estructural en el ordenamiento constitucional colombiano; y en segundo lugar (y es lo que ha obligado a modificar el enfoque de la presente ponencia) porque la reciente sentencia Petro Urrego contra Colombia proporciona unas consideraciones al momento de sacar al Estado como responsable de la vulneración de sus derechos políticos.

II. FUNCIONES SANCIONADORAS DE LA PROCURADURÍA Y LA JURISPRUDENCIA CONSTITUCIONAL

En párrafos anteriores se realizó una breve caracterización del bloque de constitucionalidad, en el que se incluyeron ciertos consensos a los que ha llegado la corte en todos estos años y se explicaron brevemente las clasificaciones que ha realizado la jurisprudencia constitucional sobre el mismo; también se expusieron algunas dificultades que se han generado a través de varias sentencias que la corte ha realizado.

El diseño institucional colombiano habilita que en el marco de un proceso disciplinario se sancione a los funcionarios públicos por cometer faltas disciplinarias. Constitucionalmente se ha entendido que es una de las expresiones del *ius puniendi* estatal (Corte Constitucional, 2005; Corte IDH, 2001, párrafo 106) por lo que no resulta desproporcionado ni irrazonable. Para centralizar esta función se le ha encargado a la Procuraduría General de la Nación que lleve los distintos procesos disciplinarios contra los servidores públicos, incluyendo los que son elegidos popularmente, pero excluyendo a los aforados.¹ La Contraloría, entre otras, tiene a su vez la función de declarar fiscalmente responsables a las personas, y una sanción subsidiaria es aquella por medio de la cual a las personas responsables fiscalmente se les apli-

1 Los aforados son un grupo de ciudadanos a los que por sus cualidades especiales dentro del ordenamiento jurídico colombiano se les permite ser juzgados de manera diferenciada y especial por sus actos. En la Constitución política hay varios fueros constitucionales diferenciándose de quienes los juzgan, son dos de ellos: 1) el fuero constitucional “reservado” que es para el presidente de la república, los magistrados de las altas cortes y el Fiscal General de la Nación a quienes los juzgan políticamente el Senado de la República y en lo criminal la sala de casación penal de la Corte Suprema de Justicia. 2) El fuero constitucional que cobija a los congresistas a quienes solo lo pueden juzgar e investigar la Corte Suprema de Justicia por delitos.

ca una inhabilidad de presentarse a cargos públicos, incluyendo aquellos que son de elección popular. Si bien esta inhabilidad no tiene un carácter sancionatorio (Corte Constitucional Colombiana, 2018) si implica una limitación de los derechos políticos, por lo que es importante hacer un símil con la labor de la Procuraduría.

La Corte Constitucional ha declarado que disciplinar a funcionarios públicos elegidos por elección popular está dentro de las funciones de la Procuraduría General. Así, las sentencias C-057 de 1998, C-996 de 2001, C-181 de 2002, C-948 de 2002, C-977 de 2002, T-544 de 2004, C-028 de 2006 C-026 de 2009, SU-712 de 2013, C-500 de 2014, SU-355 de 2015, C-086 de 2019, C-111 de 2019 y T-433 de 2019 han establecido un precedente que acepta estas facultades de la Procuraduría en un proceso disciplinario. Si bien algunas de estas sentencias estudiaron el choque que había entre esta interpretación y el artículo 23 de la CADH, los pronunciamientos posteriores a 2011 agregaron un acápite donde explicaron por qué los supuestos fácticos y jurídicos del caso López Mendoza contra Venezuela eran diferentes a la realidad institucional colombiana, por lo que no era válido aplicar esta decisión para hacer un cambio en la arquitectura constitucional (Corte Constitucional Colombiana, 2018).

Respecto a las facultades de inhabilitación y suspensión que también tiene la Contraloría como consecuencia de los procesos de responsabilidad fiscal, la Corte Constitucional las ha declarado constitucionales. Estas facultades han sido analizadas por las sentencias C-651 de 2006, C-077 de 2007 y C-101 de 2018. Si bien la C-077 estudió la vulneración por la aplicación de la CADH, al igual que en el caso de la Procuraduría la C-101 de 2018 incluye un acápite que incluye el motivo por el cual no se aplica la sentencia del caso López Mendoza, introduciendo una

figura que es bastante problemática, el margen de apreciación. Así que si bien esta ponencia no se va a concentrar en esta facultad de la Contraloría el estudio de la anterior sentencia va a ser sumamente importante, pues sus postulados se reiterarán analizando la figura en el caso de la Procuraduría.

Este caso de la Corte IDH ha generado tanto revuelo dentro del ordenamiento nacional porque condena al Estado de Venezuela por la vulneración de los derechos políticos de Leopoldo López Mendoza tras la inhabilitación que sufrió por medio de una decisión administrativa que dio la Contraloría de ese país en el marco de dos procesos disciplinarios. Entre los considerandos de la Corte IDH para condenar por este motivo el principal tiene que ver con que el órgano que inhabilitó a López Mendoza ni era un juez, ni hubo condena por medio de un proceso penal (Corte IDH, 2011, párrafos 106-109) por lo que no se cumplían los requisitos del artículo 23.2 de la convención con los que sí se pueden limitar los derechos políticos.

Se podría interpretar entonces que si bien la Corte IDH reconoce que como muestra del *ius puniendi*, los procesos disciplinarios, la única manera de limitar derechos políticos es que se haga por medio de un juez competente en el marco de un proceso penal. Como esta interpretación generó tanto ruido en la Corte Constitucional debido a las demandas de inconstitucionalidad que empezaron a llegar sobre el tema y en razón a las tutelas que pedían extender los efectos de la sentencia de López Mendoza al ordenamiento colombiano, la jurisprudencia constitucional mantuvo la postura anterior y argumentó que conforme al bloque de constitucionalidad no se vulneraron los derechos políticos de las personas.²

2 Línea jurisprudencial reiterada en las sentencias SU-712 de 2013, C-500 de 2014, SU-355 de 2015, C-086 de 2019, C-111 de 2019 y T-433 de 2019.

La jurisprudencia que ha sacado la corte en este aspecto concreto resulta muy problemática. Por un lado, se presenta el riesgo de que se le esté dando fuerza constitucional a distintos tratados internacionales que originalmente la tienen. Esto implica que para no modificar la estructura constitucional se está sacrificando la idea de supremacía constitucional al pelear por valores tan amplios como “evitar la corrupción”; por otro lado se está debilitando la idea del bloque de constitucionalidad, pues al no interpretar la CADH como su intérprete autorizada lo hace válidamente se podría concluir que en últimas la contradicción entre el artículo 4 y 93 no desapareció, y en aquellos casos donde no es posible conciliar la convención con la Constitución se le da más prevalencia al texto constitucional.

Las sentencia C-101 de 2018 y la sentencia C-111 de 2019 son ejemplos de estas dos problemáticas que se señalan. Las dos sentencias adoptan la figura del “margen de apreciación” como una categoría mediante la cual, siguiendo la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, los Estados tienen libertad para regular el ámbito de aplicación de un derecho, aunque eso implique protegerlo a un menor estadio que el que lo protege la convención (Corte Constitucional Colombiana, 2018). De esta manera se logra ponerle nombre a esa forma de armonizar los contenidos de determinado tratado con los de la convención, aunque la Corte Constitucional dicha práctica la haya adoptado desde antes de 2018.³

Ambas sentencias recalcan el papel de los tratados internacionales en materia de corrupción. Específicamente la sentencia

3 Un caso emblemático es la sentencia C-442 de 2011 donde la Corte Constitucional no usó el estándar fijado por la Corte IDH en el caso Kimmel contra Argentina.

C-101 de 2018 dice que en tanto la lucha contra la corrupción constituye una finalidad válida en el ordenamiento colombiano, y en tanto se tienen ciertas obligaciones internacionales a la luz de la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción, la limitación de los derechos políticos por razones de corrupción resulta ser válido a la luz del ordenamiento colombiano (Corte Constitucional Colombiana, 2018). La sentencia C-111 de 2019 continuó esta posición, pero con otros matices adicionales. En primer lugar dijo que el artículo 23 de la CADH debe interpretarse de manera coherente con otros tratados internacionales suscritos, haciendo énfasis en la Convención de las Naciones Unidas contra la Corrupción y la Convención Interamericana contra la Corrupción (Corte Constitucional Colombiana, 2019).

Haciendo un alcance de esta argumentación, lo que la corte dijo en esa ocasión es que un tratado de derechos humanos que hace parte del bloque de constitucionalidad debe ser interpretado conforme a otro tratado que no es de derechos humanos y por ende no hace parte del bloque de constitucionalidad. Se puede sostener válidamente que la Corte Constitucional considera que un tratado internacional que no es de derechos humanos puede dar más parámetros de interpretación de un tratado de derechos humanos que el intérprete autorizado de ese tratado de derechos humanos. Incluso se puede concluir que las convenciones contra la corrupción también hacen parte del bloque de constitucionalidad, pues son determinantes para interpretar una disposición del bloque. Se podría decir que la jurisprudencia interamericana es un parámetro de interpretación que resulta menos vinculante para el ordenamiento jurídico que las convenciones contra la corrupción.

Dichas interpretaciones son problemáticas por las razones que ya he mencionado. Pero hay una razón particular que me va a

permitir atar estos dos problemas en uno. Estas interpretaciones que se han dado van en contra del principio *pro homine*, pues el juez constitucional ante dos interpretaciones igualmente válidas no está aplicando la norma más favorable a los derechos humanos, ni por jerarquía (primer problema) ni por contenido (segundo problema). Esto va en contra de la jurisprudencia constitucional en la materia que ha sostenido que entre dos normas que consagren o desarrollen los derechos humanos, el intérprete debe preferir aquella que sea más favorable al goce de los derechos (Consejo Superior de la Judicatura & Uprimny, 2008, pp. 84-86). Sin embargo, la Corte IDH promulgó la sentencia en el caso Petro Urrego contra Colombia donde entre otras condenas se reconoció que el Estado colombiano había vulnerado los derechos políticos de Gustavo Petro (Corte IDH, 2020, pp. 61); algunos de estos problemas aún siguen vigentes y de cierta forma otros se profundizan. La sentencia en el caso Petro no solo sirvió para mostrar lo inconvenientes que son las facultades disciplinarias de la Procuraduría para destituir servidores públicos electos popularmente (Corte IDH, 2020, párrafo 113). También expresamente sostuvo que la jurisprudencia desarrollada por la Corte Constitucional colombiana debe cumplir con los estándares del artículo 23 de la CADH reiterados en ese caso (Corte IDH, 2020, párrafo 117) y que la disposición constitucional que regula la función disciplinaria de la Procuraduría debe ser interpretada en el sentido de que no vulnere los derechos políticos de los servidores públicos elegidos popularmente (Corte IDH, 2020, párrafo 112).

Surgen muchas más preguntas sobre el tema, pero la siguiente es algo que tiene el objetivo de condensar las dudas que pretendo dejar en las personas: ¿Cuál es la fórmula más adecuada para armonizar el contenido del artículo 23 de la CADH con el texto de

la Constitución política en lo que tiene que ver con las facultades de inhabilitación y sanción de la Procuraduría en los casos de servidores públicos elegidos popularmente? A esta interrogante intentaré dar respuesta.

III. CONSECUENCIAS DEL CASO PETRO EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO COLOMBIANO: UNA PROPUESTA PARA ARMONIZAR LOS CONTENIDOS DEL ARTÍCULO 23 DE LA CADH CON LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA

Luego de mostrar una caracterización del bloque de constitucionalidad donde se describieron sus problemas y pudo hacerse su aplicación a un caso concreto corresponde ahora exponer la hipótesis que se propone. Las fórmulas que pueden usarse para armonizar los contenidos del artículo 23 de la CADH y el texto de la Constitución política son variadas. No se hablará en este acápite del instrumento que se tiene que usar para lograr dichas fórmulas, solo se van a mencionar las fórmulas mediante las cuales se podría hallar cierta concordancia. Todas surgen de una limitación a las labores de la Procuraduría en la sanción e inhabilitación de servidores públicos elegidos popularmente y pueden ser por estas vías:

- 1) Que haya una prohibición constitucional de investigar disciplinariamente a los servidores públicos elegidos popularmente o en su defecto, que la disposición constitucional que lo regula sea interpretada en el sentido de que no se pueda hacer con servidores públicos de elección popular.

- 2) Que se permita la investigación disciplinaria, la inhabilitación y la sanción de servidores públicos elegidos popularmente, pero esta solo cobre efectos en dos situaciones: (i) cuando la decisión no sea recurrida ante la jurisdicción de lo contencioso administrativo y (ii) cuando el juez competente la ratifique, y dicha ratificación obtenga fuerza ejecutoria.⁴

Estas dos hipótesis salen de un estudio de las preocupaciones que se han dado en el marco de la reciente jurisprudencia constitucional sobre la materia. Debido a que el Estado colombiano fue condenado por este caso, las funciones de la Procuraduría General de la Nación se tienen que replantear, pues la jurisprudencia de la Corte IDH que vincula al Estado colombiano ha sido interpretada como de obligatorio cumplimiento.

Por esto considero que las dos hipótesis anteriores son plausibles, pero no son definitivas. La primera hipótesis que se desprende del estudio de la sentencia Petro Urrego contra Colombia hoy se presenta como la más plausible, pero deja sueltas ciertas cuestiones frente a las cuales la sentencia de la Corte IDH no se refiere. ¿Hasta qué punto es posible disciplinar a los servidores públicos de elección popular? ¿Cuáles podrían ser sanciones adecuadas desde un punto de vista disciplinario? ¿Qué pasa con la jurisprudencia expedida en el tema y que avalaban desde un punto de vista constitucional y legal las facultades de inhabilitación y suspensión provisional del cargo que tiene la Procuraduría? ¿Qué pasa con los servidores públicos de elección popular que durante estos años fueron disciplinados por la Procuraduría General? ¿En

4 Esta idea surge del salvamento de voto del magistrado Alejandro Linares a la sentencia C-101 de 2018.

cabeza de quién estaría la posibilidad de disciplinar a los servidores públicos electos? Estas interrogantes son sin duda importantes, pues ha operado una modificación del ordenamiento jurídico colombiano.

Esta posibilidad vendría manejada de forma similar de cómo está siendo tratada la pérdida de investidura de los congresistas, es decir, por medio de unas salas especiales de decisión de pérdida de investidura en el Consejo de Estado para que se resuelvan las correspondientes investigaciones. En el caso de los servidores públicos electos se podrían crear unas salas mediante las cuales tengan las funciones de disciplinar a estas personas, después de una investigación que adelante la Procuraduría, pues una de las críticas que hacía la sentencia en el caso Petro es que el mismo órgano que investigaba era el mismo órgano que juzgaba (Corte IDH, 2020, párrafos 129-130).

La segunda hipótesis implicaría un ajuste menor al andamiaje jurídico colombiano y se justificaría en razón a la necesidad de una interpretación del artículo 23 de la CADH donde se incorpore el principio *pro homine*; sin embargo, no respondería al requerimiento del proceso penal que hace el artículo 23, pues la Corte IDH no hace ninguna claridad al momento de determinar hasta qué punto se están vulnerando los derechos de Petro, simplemente se limita a analizar que la Procuraduría no es un juez penal competente para restringir los derechos políticos (Corte IDH, 2020, párrafo 132).

Resulta duramente criticable que la Corte IDH no se haya atrevido a pronunciarse hasta qué punto el artículo 23 requiere de la intervención de un juez penal, pues deja en entredicho que haya otras causas distintas a las penales por medio de las cuales se puedan restringir los derechos políticos a los servidores públicos

electos popularmente, y si los problemas de imparcialidad que generaba la concentración de estas facultades en la Procuraduría también se aplicaban para otros jueces. Así deja en entredicho que aquellas acciones que se desarrollan en la jurisdicción contenciosa administrativa, cuyo efecto útil también es la limitación de derechos políticos,⁵ se puedan entender o no como acordes con la CADH.

Considero que esta hipótesis puede ser altamente plausible, pues si bien implicaría *per se* no quitar las funciones de acción disciplinaria que tiene la Procuraduría quitaría la posibilidad de apartar del cargo al servidor público electo mientras dure su proceso, y dejaría la decisión final al juez de la jurisdicción contenciosa administrativa competente. Este juez tampoco tendría la potestad de apartar del cargo a la persona disciplinada, pues esta capacidad, incluso como medida previa, solo estaría permitida a los jueces penales en los casos en donde proceda como medida preventiva.

IV. CONCLUSIÓN

La propuesta anterior puede ser un punto de partida que puede analizarse y estudiarse. Hay muchas preocupaciones y aspectos por resolver. Ya el Estado colombiano fue condenado una vez por la vulneración de derechos políticos y en la próxima regulación que salga sobre el tema está la posibilidad de tener una

5 Concretamente hablando del medio de control de nulidad electoral, que puede ir en contra de cualquier servidor público electo y del procedimiento sancionatorio de pérdida de investidura cuya legitimación por pasiva recae contra los congresistas.

regulación acorde con la convención. Al menos ya se empieza a dilucidar el panorama y la observancia de las obligaciones de Colombia para el respeto de los derechos políticos puede ser un factor para ayudar a desenvolver este enmarañado jurídico en el cual nos hemos envuelto desde nuestra historia constitucional reciente. Las facultades que tiene la Procuraduría de control disciplinario son necesarias en un sistema democrático. Su formulación, sus amplios poderes y competencia tienen la potencialidad de vulnerar los derechos políticos.

El hecho de que la Corte Constitucional no reconociera este riesgo por medio de su amplia jurisprudencia sobre el tema implica unas consecuencias más amplias derivadas de su mención especial que le hace la corte en la sentencia del caso Petro. Básicamente obliga a modificar su jurisprudencia para que sea acorde con el artículo 23 de la CADH. Debido a que la sentencia de la Corte IDH no establece unas reglas claras sobre la intervención judicial, una de las principales llamadas a resolver esta ambigüedad es la propia corte en las futuras demandas que se adelanten en contra del código general disciplinario por las facultades de la Procuraduría.

Pero el llamado realmente a regular el tema es el Congreso de la República, al poder legislativo le corresponde expedir una regulación acorde con la convención, que de reglas claras pero que siga un enfoque que si bien le quite potestades y poderes a la Procuraduría pueda ir adelante con la regulación de la convención reconociendo que otros jueces, por medio de un procedimiento determinado, pueden disciplinar o confirmar sanciones en casos que involucren servidores públicos elegidos popularmente.

V. BIBLIOGRAFÍA

- Castro Novoa, L. M. (2019). 25 años del bloque de constitucionalidad en Colombia: discusiones sobre su contenido y alcance en la jurisprudencia reciente. En Barraza, Cecilia (ed.), *Tendencias actuales de los derechos humanos y el derecho internacional humanitario en Colombia*. Bogotá: Ediciones USTA.
- Consejo Superior de la Judicatura & Uprimny Yepes, R. (2008). *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*. Bogotá: Imprenta Nacional de Colombia.
- Corte Constitucional Colombiana. (1995). Sentencia C-225 de 1995. MP. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional Colombiana. (1998). Sentencia C-191 de 1998. MP. Eduardo Cifuentes Muñoz.
- Corte Constitucional Colombiana. (1999). Sentencia C-582 de 1999. MP. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Constitucional Colombiana. (2005). Sentencia C-401 de 2005. MP. Manuel José Cepeda.
- Corte Constitucional Colombiana. (2005). Sentencia C-818 de 2005. MP. Rodrigo Escobar Gil.
- Corte Constitucional Colombiana. (2011). Sentencia C-442 de 2011. MP. Humberto Antonio Sierra Porto.
- Corte Constitucional Colombiana. (2014). Sentencia C-500 de 2014. MP. Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional Colombiana. (2018). Sentencia C-101 de 2018. MP. Gloria Stella Ortiz.
- Corte Constitucional Colombiana. (2018). Sentencia C-139 de 2018. MP. Antonio José Lizarazo Ocampo.
- Corte Constitucional Colombiana. (2019). Sentencia C-086 de 2019. MP. Luis Guillermo Guerrero Pérez.

- Corte Constitucional Colombiana. (2019). Sentencia C-111 de 2019. MP. Carlos Bernal Pulido.
- Corte Constitucional Colombiana. (2013). Sentencia SU-712 de 2013. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Constitucional Colombiana. (2015). Sentencia SU-355 de 2015. MP. Mauricio González Cuervo.
- Corte Constitucional Colombiana. (2018). Sentencia SU-123 de 2018. MP. Alberto Rojas Ríos & Rodrigo Uprimny Yepes.
- Corte Constitucional Colombiana. (2001). Sentencia T- 1303 de 2001. MP. Marco Gerardo Monroy Cabra.
- Corte Constitucional Colombiana. (2010). Sentencia T-367 de 2010. MP. María Victoria Calle Correa.
- Corte Constitucional Colombiana. (2012). Sentencia T-653 de 2012. MP. Jorge Iván Palacio Palacio.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). Caso Baena Ricardo y otros *versus* Panamá. Sentencia de 2 de febrero, fondo, reparaciones y costas. Serie C, N°. 72, párrafo 106.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2001). Caso López Mendoza contra Venezuela. Sentencia de 1 de septiembre, fondo, reparaciones y costas. Serie C., N°. 233.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (2020). Caso Petro Urrego contra Colombia. Sentencia de 8 de julio, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas. Serie C., N°. 406.
- Uprimny Yepes, R. (2005). *El bloque de constitucionalidad en Colombia. Un análisis jurisprudencial y un ensayo de sistematización doctrinal*. Bogotá: Dejusticia. Recuperado de <https://www.dejusticia.org/el-bloque-de-constitucionalidad-en-colombia-un-analisis-jurisprudencial-y-un-ensayo-de-sistematizacion-doctrinal/>

ÍNDICE

Prólogo, Jorge Vargas Morgado.....	7
El acto administrativo, Jorge Fernández Ruiz.....	13
El sustento ético como elemento fundamental de la administración pública, Marina del Pilar Olmeda García.....	31
El estado de derecho y su relación con la justicia administrativa, María Guadalupe Fernández Ruiz.....	57
PONENCIAS DEL FORO DE JÓVENES ADMINISTRATIVISTAS MEDIO AMBIENTE Y ADMINISTRACIÓN PÚBLICA.....	75
Dimensión y alcance subjetivo y objetivo de la responsabilidad ambiental de los estados en la aplicación de los principios de proporcionalidad, confianza legítima, seguridad jurídica, eficacia y carga de la prueba, Carlos Fernández-Espinar Muñoz.....	77
Biodiversidad y cambio climático en Perú: criterios para una evaluación de impacto ambiental exitosa, Juan Alexander Carranza Aybar.....	99
Responsabilidad administrativa de los servidores públicos ante el tratamiento de residuos biológicos y la protección integral del medio ambiente, Jesús Roberto Hernández Juárez.....	121

La legalidad y el derecho humano al medio ambiente sano en las sentencias, Luis Alberto Bautista Arciniega y Bertha Theresia Seufert Garcia..... 139

Gestión pública ambiental: retos y realidades en México, Marina Gisela Hernández García..... 159

LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA EN TIEMPOS DEL COVID-19

Análisis de los bonos económicos otorgados por el Estado peruano durante la crisis del Covid-19: una reflexión sobre la naturaleza de las subvenciones y subsidios, Luis Felipe Tantaruna Bedón..... 181

El retiro por desempleo en tiempos de pandemia, Elizabeth García Espinoza..... 203

La fuerza mayor y su aplicabilidad frente al pago de servicios públicos, Santiago Albán..... 221

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHOS HUMANOS

Evolución del derecho a la protección de datos personales. Perspectiva europea e interamericana, Daniel Humberto Núñez Valadez..... 245

Control y controles: derechos humanos, Alfonso Mendoza-Juárez..... 263

La justiciabilidad de los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales (DESCA) y su relación con el derecho humano a una buena administración pública, Xelha Montserrat Brito Jaime..... 279

APLICACIÓN DE NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Las innovaciones tecnológicas implementadas en el procedimiento administrativo de ejecución en México, ¿son accesibles a todos los sectores de la población?, Emigdio Julián Becerra Valenzuela..... 295

Ley de transformación digital del Estado de Chile y procedimiento administrativo electrónico: ¿hacia una mayor eficiencia, eficacia y control de la actividad de la administración?, Matías Villarroel Flores..... 323

ADMINISTRACIÓN PÚBLICA Y DERECHO TRIBUTARIO

Influencia del pluralismo político en el federalismo hacendario mexicano: caso Baja California, Gabriel Alejandro Ibarra Torres y Emigdio Julián Becerra Valenzuela..... 351

La progresividad de los DESCAs y la política fiscal en Latinoamérica en tiempos de crisis, Fernando Manuel Castro Figueroa y Marina del Pilar Olmeda García..... 371

PONENCIAS DEL V CONGRESO INTERNACIONAL
ESTUDIANTIL DE DERECHO ADMINISTRATIVO..... 397

APLICACIÓN DE NUEVAS TECNOLOGÍAS EN LA ADMINISTRACIÓN PÚBLICA

Las nuevas aplicaciones tecnológicas implementadas en
la administración pública del Ecuador, Andrés Fabián
Almeida Andrade..... 399

La administración pública y la era virtual vs Covid 19,
Alfredo Maciel González Torres..... 415

SERVICIOS PÚBLICOS

Un largo camino que transitar: la regulación del trans-
porte público y su impacto sobre el desarrollo del capital
humano en Lima Metropolitana, Diana Lucía Manrique
Kukurelo..... 431

CONTRATACIÓN PÚBLICA Y CORRUPCIÓN

La dimensión jurídica del concepto corrupción en el sis-
tema jurídico mexicano a la luz del Sistema Nacional de
Combate a la Corrupción, Jorge Cruz Caballero..... 453

DERECHOS HUMANOS

Responsabilidad del Estado por privación injusta de la li-
bertad. Naturaleza y límites en la reparación, Nathalia
Murcia Rojas..... 473

Impacto de los derechos humanos en la práctica de ejecuciones extrajudiciales o “falsos positivos”, en Colombia, de acuerdo al Caso Villamizar Durán y otros vs. Colombia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, Melanie Correa Pereira.....	491
Globalización y derecho administrativo: hacia un postulado global de buena administración, Juan Diego Riaño Garzón.....	515
La limitación a los derechos políticos y el bloque de constitucionalidad en Colombia: necesidad de reestructurar la potestad disciplinaria de la Procuraduría General de la Nación en el caso de los servidores públicos de elección popular, Saúl Felipe Malagón Maldonado.....	537

Los retos del derecho administrativo en contextos ordinarios y extraordinarios. Una visión de la juventud iberoamericana, de María Guadalupe Fernández Ruiz, Emigdio Julián Becerra Valenzuela y Antonio Rosalío Rodríguez Berrelleza (coords.), fue impreso en marzo de 2022, en los talleres de Editorial Artificios (Perú 451, Col. Cuauhtémoc Sur, Mexicali, Baja California, 21200). El tiraje consta de 100 ejemplares.

Las leyes, así se trate de un producto dictatorial o de uno democrático, son textos imperfectos, carentes de visión sistémica, de lógica, de lingüística jurídica competente, todo lo cual nos impone la disciplina de su estudio y, fundamentalmente, su crítica [...] De ahí la relevancia del V Congreso Internacional Estudiantil de Derecho Administrativo, celebrado en la Facultad de Derecho de la UABC, en octubre de 2020 y del Foro de Jóvenes Administrativistas, que se llevó a cabo simultáneamente.

Los ensayos incluidos en la presente edición son el producto de la investigación científica jurídica de un conjunto de jóvenes inquietos y creativos de Iberoamérica que han dado cauce a las dudas y a las consecuentes preguntas acerca del Derecho administrativo, que llevan como propósito la construcción de un Derecho sistematizado.[...]

En esa dirección, el Congreso convocado por las Facultades de Derecho de la UNAM y UABC; por la Red Iberoamericana Juvenil de Estudiantes de Derecho Administrativo y por la Asociación Mexicana de Derecho Administrativo, desahogó un compacto programa de ponencias de estudiantes de Derecho que expusieron el fruto de sus investigaciones, en ponencias que fueron metodológicamente dictaminadas, alcanzando un nivel técnico muy alto, contribuyendo a la mejor y más útil comprensión de distintos retos del apasionante ámbito del Derecho administrativo.

ISBN: 978-1-947921-87-0



Aditorial
Artificios



Facultad de Derecho de Mexicali
U. A. B. C